

Febbraio 2014

La finanza ponte nei concordati uccisa da un emendamento?

Fabrizio Dotti e Andrea Sparano, Simmons & Simmons

L'emendamento alla legge di stabilità

Un emendamento approvato dalla Camera (il comma 3-quater dell'art. 11) al disegno di legge di conversione del decreto-legge "destinazione Italia", ha stabilito un singolare principio, trasformando la prededuzione nei preconcordati in una "success fee"; le conseguenze di tale "mutazione" potrebbero essere devastanti.

La legge fallimentare oggi prevede che i crediti dei terzi che danno corso a certe categorie di operazioni durante una procedura di concordato con riserva ex art. 161, sesto comma L.F., godano – a certe condizioni - del beneficio della prededucibilità, in caso di successivo fallimento del debitore insolvente.

Perché questo trattamento di favore?

Perché è evidente che è molto rischioso fare credito ad una società in crisi, che ha addirittura depositato una domanda propedeutica alla proposta di concordato. Se le cose vanno male, con la prededuzione il creditore ha quantomeno maggiori garanzie di recuperare i propri soldi.

Dato che i creditori ai quali questo beneficio si applica sono solitamente fornitori strategici e banche, ciò permette alle imprese che presentano domanda di preconcordato di offrire loro un incentivo, per avere ciò che consente all'impresa di sopravvivere durante la fase preconcordataria. Senza materie prime e senza fidi per il circolante, l'impresa in crisi muore per asfissia prima ancora di poter depositare la proposta concordataria.

Ora però, l'emendamento approvato ha aggiunto una ulteriore condizione: la prededuzione scatta solo se la domanda di concordato preventivo è stata successivamente presentata e se questa è stata ammessa dal Tribunale.

Recita infatti l'emendamento: *“i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperto ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, del medesimo regio decreto n. 267 del 1942 sono prededucibili alla condizione che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo siano presentati entro il termine eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai*

sensi dell'articolo 163 del medesimo regio decreto senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi dell'articolo 161, sesto comma."

Che incentivo dà questa nuova previsione a un creditore (sia esso fornitore o banca), che vuole sostenere l'impresa in crisi nella fase di preconcordato?

La domanda è ovviamente retorica, e la risposta non può che essere: è un disincentivo, non certo un incentivo.

Una ipotetica banca alla quale l'impresa in crisi richiede finanza per "scavallare" il periodo di preconcordato assume di fatto un rischio "pieno", nel caso di insuccesso del debitore. Se il debitore non presenta il piano concordatario o si vede rigettata la proposta e viene quindi dichiarato fallito ex art. 162 L.F., la banca si troverà ad avere aumentato... la perdita, dato che il credito aggiuntivo verrà soddisfatto in moneta fallimentare.

La stessa cosa succederà a fornitori e ai consulenti della società per i crediti relativi ai beni e servizi erogati; i consulenti della società di fatto si troveranno – poveri loro – a legare indissolubilmente la loro sorte a quella dell'imprenditore, con buona pace, per esempio, per l'indipendenza di giudizio dell'attestatore ex art. 161, terzo comma, L.F.. Il tutto, si badi, in dipendenza di un fatto che non è nel controllo di tali soggetti.

Per limitarci alle banche, è abbastanza evidente che, in questa situazione, ben pochi saranno gli istituti di credito disposti a rischiare il tutto per tutto per supportare una società. E' prevedibile che il rischio di erogare soldi "buoni", per poi trovarsi a raggranellare qualche spicciolo dal fallimento dell'impresa, costituirà un ostacolo troppo forte.

Centum castigabis, unum emendabis

In effetti, la ricaduta pratica dell'emendamento, ove davvero divenisse legge, sarebbe paradossale e rischierebbe di vanificare la stessa ragion d'essere del preconcordato, che è nato con il dichiarato - ed illuminato - scopo di consentire alle imprese di disporre di un periodo di (relativa) stabilità, per poter finalizzare *medio tempore* un piano di gestione e/o di superamento del proprio stato di crisi.

Tutti rammenteranno che la normativa riguardante l'istituto del concordato con riserva ha subito una profonda revisione con il c.d. Decreto del Fare (D.L. 21 giugno 2013 n. 69 convertito in Legge 9 agosto 2013 n. 98), in forza del quale sono stati introdotti alcuni "correttivi" all'originario impianto normativo del preconcordato, con l'obiettivo di limitarne utilizzi abusivi o, comunque, incoerenti.

L'esperienza recente dimostra che i correttivi apportati hanno sostanzialmente raggiunto il loro scopo: la presenza del Commissario Giudiziale in fase di preconcordato; il potere / dovere di verifica in merito alla concreta idoneità della condotta dell'impresa rispetto alla predisposizione del piano di gestione della crisi; l'ampliamento degli obblighi

informativi a carico dell'impresa; la prevista sanzionabilità di comportamenti abusivi o dilatori con la revoca del concordato (e con l'eventuale dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 162, commi secondo e terzo della Legge Fallimentare); tutto ciò, da un lato, ha ridotto il numero di domande di concordato e, dall'altro lato, ha portato al quasi definitivo tramonto delle domande "in bianco", a favore di domande nelle quali l'impresa chiarisce sin da subito i propri obiettivi e, normalmente, sin da subito declina quantomeno le linee guida del piano in fase di elaborazione.

Tenuto conto di quanto sopra, francamente non si sentiva la necessità di ulteriori prescrizioni dirette a colpire utilizzi impropri del concordato: le norme esistono e la loro applicazione, nel diritto vivente, ha già arginato il fenomeno che il legislatore intendeva reprimere, vale a dire il ricorso immotivato od irragionevole (ancor prima del ricorso abusivo e fraudolento) al concordato con riserva.

Allora, perché questo emendamento?

In assenza di altre (logiche) spiegazioni, verrebbe quasi da pensare che un (illogico) atteggiamento di sfiducia e di diffidenza rispetto al destinatario della norma abbia indotto il legislatore a dimenticare la funzione positiva dell'istituto, per concentrarsi sulle eventuali residue fenomenologie patologiche che l'istituto potrebbe generare.

Senonché le derive patologiche sono ormai una assoluta minoranza e, quindi, se l'emendamento in commento diventasse legge, sovvertendo l'antico insegnamento, per correggerne uno, verrebbero colpiti in cento ...

Privare della certezza della prededuzione "*i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperto ai sensi dell'articolo 161, sesto comma*" della Legge Fallimentare, equivarrebbe a compromettere ogni credibile possibilità di prosecuzione dell'attività d'impresa in fase concordataria, relegando l'istituto al ruolo di anticamera per concordati meramente liquidatori.

I fornitori e gli istituti finanziari assai difficilmente accetterebbero di esporsi al rischio di proseguire i loro rapporti con l'impresa in concordato, senza avere la sicurezza (quantomeno) della natura prededotta dei crediti derivanti da tale prosecuzione.

Sicché l'impresa si troverebbe nell'impossibilità di continuare ad operare e la soluzione liquidatoria diventerebbe, dunque, non una opzione, ma una ineludibile necessità. Il tutto, con ogni evidente conseguenza in termini di dispersione della ricchezza connessa al mantenimento in essere di un'azienda produttiva e con le ulteriori evidenti conseguenze in termini di ricadute occupazionali.

L'auspicio non può che essere, dunque, che - seguendo il parere dell'ufficio legislativo del Ministero della Giustizia (contrario all'emendamento) - la modifica normativa in commento non trovi l'approvazione dell'aula del Senato e venga mantenuto il regime attualmente previsto.