

Ottobre 2012

Novità in materia concorsuale. Il c.d. decreto sviluppo convertito con Legge n. 134/2012 – prime riflessioni.

Avv. Massimo Lembo, Responsabile Direzione Centrale Compliance, Veneto Banca, Collaboratore Diritto Bancario

Premessa: L'entrata in vigore della nuova disciplina

Il decreto legge 22 giugno 2012 n. 83 (le cui norme peraltro non sono mai entrate in vigore in quanto la decorrenza era fissata decorsi 30 giorni dalla entrata in vigore della legge di conversione verosimilmente per evitare notevoli problematiche di diritto intertemporale in caso come poi è avvenuto) è stato convertito con profonde modificazioni dalla Legge 7 agosto 2012 n. 134.

La legge di conversione, pubblicata in Gazzetta Ufficiale l'11 agosto, è entrata in vigore il giorno successivo e quindi il 12 agosto.

Successivamente, nella Gazzetta Ufficiale n. 206 del 4 settembre 2012 è stato pubblicato l'errata corrige in riferimento al “Comunicato relativo al testo del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, coordinato con la legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134, recante: «Misure urgenti per la crescita del Paese».” In particolare, il comunicato dispone che nel testo dell'art. 33 delle Legge n. 134/2012, dopo i due commi introdotti dalla Legge di conversione, devono intendersi inseriti altri tre commi, anch'essi introdotti ma omessi per mero errore materiale. Il testo è riportato nel commento all'art. 161.

Ciò stante, le nuove norme che qui di seguito vengono commentate si applicheranno ai procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti introdotti dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, nonché' ai piani di cui al comma 1, lettera a), n. 1) elaborati successivamente al predetto termine e quindi **dall'11 settembre 2012.**

1. Lo spirito del provvedimento

La “ratio” che ispira il provvedimento, per quanto attiene la riforma della legge fallimentare nella parte che concerne il nuovo concordato e gli accordi di ristrutturazione, sia nella sua versione originaria che in quella frutto delle modifiche introdotte dalla legge di conversione, è palesemente quella di dare ulteriore forza e

compiutezza agli strumenti, alternativi al fallimento, volti alla risoluzione negoziale della crisi dell'impresa anche attraverso esplicite forme di consecuzione di procedure.

Più in particolare, da un lato:

- si tende a dare una maggiore protezione all'impresa nella fase antecedente l'apertura della procedura concordataria con riferimento essenzialmente alle azioni, monitorie ed alle conseguenti ipoteche giudiziali sui beni aziendali onde rendere impossibile l'acquisizione di prelazioni "dell'ultima ora",

dall'altro

- si offre la possibilità di scioglimento di certi contratti non più funzionali alla veste concordataria dell'impresa,

il tutto nell'ottica della maggiore salvaguardia della continuità aziendale, cioè conservazione e prosecuzione dell'impresa in stato di crisi (anche in chiave fiscale) non solo nell'interesse dei creditori ma anche di chi contrae con l'impresa in difficoltà.

Emerge, quindi, un sempre più chiaro e marcato *favor* nei confronti del concordato preventivo (incentivandone il ricorso all'utilizzo) e degli strumenti alternativi per la soluzione della crisi di impresa quali gli accordi di ristrutturazione.

2. Le modifiche all'art. 67

L'articolo 67 della legge fallimentare ha avuto tre rilevanti modifiche rispetto alla versione vigente (post riforma del 2005):

1. la prima, attraverso la sostituzione della lettera d. del comma 3 ha ampliato il novero delle esenzioni dalla azione revocatoria fallimentare che ora diventa "gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria (sino a qui invariato); ***“il professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti dell'articolo 28, lettere a) e b) ¹ deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 cc. ² e non deve, neanche tramite soggetti con il quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi 5 anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere***

¹ Si tratta dei requisiti per la nomina a curatore.

² Cause di ineleggibilità e di decadenza del collegio sindacale.

pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore”. Il professionista attestatore è quindi nominato dal debitore (come già accadeva nel 161 e nel 182 bis) ma deve avere dei ben marcati tratti di indipendenza (peraltro non sanzionata ai fini della procedura) che associati alla nuova figura di reato (art. 236 bis) in cui incorre se fornisce informazioni false o se omette di riferire informazioni rilevanti ai fini del piano, dovrebbero assicurare il suo ruolo di garante dei creditori (falsità in attestazioni e relazioni); si tratta di un reato doloso con dolo generico con una duplice aggravante: **a.** la prima se il fatto è commesso per conseguire un ingiusto profitto per sé o altri, **b.** la seconda se derivi danno per i creditori. In precedenza, la responsabilità penale dell’attestatore in relazione al disposto dell’art. 161 comma 3 è stata ricondotta al delitto di cui all’art. 481 c.p. – falsità ideologica in certificati (Trib. Rovereto, 12.1.2012 in *Il Fallimento*, 2012, 834). Il fatto che il piano possa essere pubblicato nel registro delle imprese, oltre alla funzione di pubblicità verso i terzi, rileva principalmente perché consente con certezza la detassazione delle eventuali sopravvenienze attive connesse al piano attestato per la parte eccedente le perdite di cui all’art. 84 del testo unico 917/1986. L’art. 88 comma 4 del citato testo unico diventa “**Non si considerano sopravvenienze attive i versamenti in denaro o in natura fatti a fondo perduto o in conto capitale alle società e agli enti di cui all’art. 73 comma 1 lettere a. e b., dai propri soci e la rinuncia dei soci ai crediti, né gli apporti effettuati dai possessori di strumenti similari alle azioni, né la riduzione dei debiti dell’impresa in sede di concordato fallimentare o preventivo o per effetto della partecipazione delle perdite da parte dell’associato in partecipazione. In caso di accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell’articolo 182 bis ovvero di un piano attestato ai sensi dell’articolo 67 lette d....., pubblicato nel registro delle imprese, la riduzione dei debiti dell’impresa non costituisce sopravvenienza attiva per la parte che eccede le perdite, pregresse e di periodo, di cui all’articolo 84**”. E la cosa assume una importanza fondamentale, come ben comprensibile.

2. la seconda, attraverso l’integrazione della lettera e) del medesimo comma, in quanto estende la non revocabilità agli atti, ai pagamenti ed alle garanzie legalmente poste in essere dopo il deposito del ricorso di cui all’articolo 161.

3. la terza è costituita dalla non revocabilità degli atti di acquisto e dei contratti preliminari trascritti degli immobili ad uso non abitativo ma destinati a sede principale dell’attività dell’acquirente purché alla data del fallimento l’attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio (ipotesi questa di non facilissima prova a posteriori). Viene ampliato, quindi, l’ambito di una delle precedenti ipotesi di esenzione dall’azione revocatoria. La conseguenza ulteriore, che assume rilevanza in ambito bancario, è che se non sono revocabili gli atti di acquisto immobiliare (nei termini suindicati) non lo sono – a fortiori – le ipoteche (volontarie e contestuali) iscritte a garanzia dei finanziamenti concessi per l’acquisto.

3. La “proposta differita” o concordato il bianco o concordato senza piano o anche pre-concordato (art. 161 comma 6)

Dopo il comma 5 dell’articolo 161 è stato aggiunto quanto segue *“L’imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice compreso tra 60 e 120 giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre 60 giorni. Nello stesso termine, in alternativa e con conservazione sino all’omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, il debitore può depositare domanda ai sensi dell’articolo 182 bis primo comma. In mancanza si applica l’articolo 162 commi “ e 3. Dopo il deposito del ricorso e sino al decreto di cui all’articolo 163 il debitore può compiere atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione. I crediti di terzi eventualmente sorti per effetti di atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell’articolo 111”* (avendo presente che la prededucibilità sussiste in presenza di una “inerenza necessaria” rispetto ad un credito sorto durante la procedura (Trib. Prato, 14.6.2012 consultabile sul sito www.ilcaso.it). Si è già anticipato che, ora, il testo prosegue come di seguito.

«Con il decreto di cui al sesto comma, primo periodo, il tribunale dispone gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell’impresa, che il debitore deve assolvere sino alla scadenza del termine fissato. In caso di violazione di tali obblighi, si applica l’articolo 162, commi secondo e terzo.

La domanda di cui al sesto comma è inammissibile quando il debitore, nei due anni precedenti, ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma alla quale non abbia fatto seguito l’ammissione alla procedura di concordato preventivo o l’omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti.

Fermo restando quanto disposto dall’articolo 22, primo comma, quando pende il procedimento per la dichiarazione di fallimento il termine di cui al sesto comma del presente articolo è di sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni».

Al di là del termine palesemente incongruo se solo si pensa a quello imposto al commissario giudiziale che deve predisporre la relazione ex art. 172, la novità principale è rappresentata dalla c.d. proposta differita³; l’imprenditore presenta la domanda concordataria allegando solo i bilanci degli ultimi tre esercizi ma si riserva di allegare la proposta (che ne è l’essenza), il piano (che la sostiene) e la documentazione di supporto, il tutto in funzione di celerità, di approfondimento ma anche di opzione rispetto all’alternativa strada dell’art. 182 bis. E ‘ il cosiddetto **automatic stay**. Diventa chiaro che altro è la domanda (presupposto della quale è la delibera societaria o sociale),

³ Domanda di concordato in bianco, al buio o con riserva.

altro è la proposta ed altro è il piano che le correda, non necessariamente contestualmente. C'è chi ha voluto vedere in questa anticipazione degli effetti del concordato (quasi una prenotazione) una fase di osservazione pre procedurale in cui il Giudice risorge ad un ruolo decisivo (FABIANI) e ritengo che la considerazione sia più che fondata.

Il Tribunale, quantomeno, deve disporre degli obblighi informativi in capo al debitore nella pendenza del termine concesso per il deposito della documentazione oggetto di differimento ed il mancato deposito determina l'inammissibilità della proposta così come il fatto che il debitore, nei due anni precedenti, abbia già depositato la domanda di concordato senza esservi ammesso oppure non abbia conseguito l'omologazione di un accordo ex art. 182 bis. Già sotto il precedente regime normativo si era tra l'altro posta la questione e la giurisprudenza si è pronunciata nel senso che tra gli obblighi informativi imposti dal tribunale con il decreto di cui all'art. 161 comma 6 potesse prevedersi il deposito mensile di un prospetto di operazioni, attive e passive, compiute nel periodo, di importo unitario superiore ad una certa soglia, relative alla ordinaria amministrazione dell'attività aziendale, nonché degli oneri finanziari maturati nel periodo (Trib. Modena, 14.9.2012 consultabile sul sito www.ilcaso.it)

Per le altre disposizioni la norma sembra molto chiara. Tra tutte, quella che precisa come nel periodo intercorrente tra il deposito della domanda e l'apertura della procedura l'imprenditore possa operare senza bisogno di autorizzazione per tutti gli atti di ordinaria amministrazione.

Anche in questo caso si ripropone il tema già dibattuto dalla riforma del 2005 se la fattibilità del piano possa o meno essere sindacata nel merito dal Tribunale ? La legge continua a tacere per cui sembra plausibile ritenere che nulla sia mutato rispetto a prima e cioè - secondo la giurisprudenza di legittimità - il Tribunale dovrebbe astenersi dall'entrare nel merito salvo ipotesi di palese inattendibilità. Propendono per un mero controllo formale Cass. 25.10.2010 n° 21860 in *Il Foro Italiano*, 2011, 1, I, 105 con commento di FABIANI e Cass. 23.6.2011 n° 13818 in *Il Fallimento*, 2011, 933 con commento di AMBROSINI) con particolare riferimento alla fattibilità del piano. La giurisprudenza di merito, invece, sembra di differente indirizzo (App. Torino, 14.10.2010 consultabile sul sito www.ilcaso.it). Esempio appare, infine, la recentissima decisione del Tribunale di Monza, 10.7.2012 (consultabile sul sito www.ilcaso.it) secondo cui si deve ritenere precluso al Tribunale il sindacato sulla convenienza della proposta concordataria - valutazione che ora spetta solo ai creditori - mentre al Tribunale compete la verifica delle condizioni di ammissibilità della procedura ivi compresa la fattibilità del piano e la mancanza di fatti gravi fraudolenti i quali possono comportare la revoca anche in assenza di opposizione. Sostanzialmente concorde è il Tribunale di Lecco, 26.4.2012 (consultabile sul sito www.ilcaso.it) il quale precisa come il Tribunale possa censurare esclusivamente ipotesi di assoluta impossibilità della proposta la cui realizzabilità, invece, spetta al solo giudizio del ceto creditorio). Per converso, al Tribunale è consentito valutare la veridicità e correttezza

dell'informativa resa ai creditori in relazione al fatto che questi possano essere messi in condizione di esprimere un voto consapevolmente informato (Trib. Mantova, 12.7.2012 consultabile sul sito www.ilcaso.it) nonché la prevedibilità del pagamento di una percentuale non irrisoria dei crediti chirografari (Trib. Firenze, 27.7.2012 consultabile sul sito www.ilcaso.it).

Ci si chiede, nondimeno, in che cosa consista la domanda se non in una moratoria strumentale ad un qualcosa di cui non si conoscono i contorni (e potrebbe essere altrettanto per chi la deposita) e le finalità se non quella di impedire azioni giudiziali di terzi creditori. Ecco perchè, nel paragrafo successivo, strettamente connesso, si parla di ombrello protettivo.

Si segnala che, per quanto la legge nulla dica, è stata posta la domanda se nel c.d pre concordato la richiesta debba essere sottoscritta anche da un legale; nulla di testuale lo fa pensare anche perché non si capisce bene quale sarebbe la differenza con la domanda di cui al primo comma per la quale mai si è pensato fosse necessario l'intervento di un avvocato; nondimeno, il Tribunale di Milano si è espresso in tal senso all'interno di alcune "prassi" all'uopo adottate.

4. I contratti in corso di esecuzione; lo scioglimento (art. 169 bis)

Interamente nuovo è l'art. 169 bis in base al quale *“il debitore nel ricorso di cui all'art. 161 può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizza a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso (fatta eccezione per il contratto di lavoro, il preliminare di acquisto della casa di abitazione trascritto e la locazione di immobili). Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più 60 giorni, prorogabili una sola volta. In tali casi il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato”* (ciò dovrebbe significare come un credito concordatario non privilegiato)”.

La norma avvicina il concordato al fallimento posto che l'art. 72 detta il principio generale della sospensione del contratto finalizzata al subentro o allo scioglimento (a differenza dall'amministrazione straordinaria che postula, in generale, la continuazione automatica del contratto; Cass. 23.2.2012 n° 2762 in *Il Fallimento*, 2012, 789 con riferimento ad un contratto di leasing) ed indubbiamente agevola l'impresa consentendole di poter legittimamente sciogliere, nel primo caso, o non dare esecuzione temporanea nel secondo caso alla gran parte dei contratti in essere valutandone le conseguenze economiche in via preventiva (si pensi, ad esempio, al leasing in corso sulla cui utilità ora viene data la possibilità di riflettere tramite la sospensione ed agli altri contratti non più funzionali alle finalità di impresa). In precedenza, si era ritenuto che – mantenendo l'imprenditore l'esercizio dell'impresa – la prosecuzione automatica dei rapporti pendenti fosse atto di ordinaria amministrazione senza, quindi, la necessità di intervento autorizzativo del giudice delegato (Trib. Prato, 14.6.2012, cit.)

La disciplina sui contratti pendenti trova poi completamento nel 186 bis (vedi infra); in questa sede basti ricordare che i contratti pendenti, anche se stipulati con la pubblica amministrazione, non si risolvono con l'apertura della procedura concordataria anche in presenza di clausole negoziali specifiche in tal senso (che diventano inefficaci) purché l'esperto ne abbia attestato la loro coerenza con il piano e la ragionevole capacità di adempimento dell'impresa debitrice (principio di continuità dei contratti in corso); detta continuità opera anche a favore dell'eventuale cessionaria o conferitaria di ramo di azienda dell'impresa debitrice.

Inoltre, l'apertura della procedura concordataria non esclude la partecipazione dell'impresa a gare per l'assegnazione di contratti pubblici anche in forma di associazione temporanea di imprese con il solo limite della non assunzione del ruolo di mandatario.

5. La modifica dell'art. 178 comma 4, dell'art. 179 comma 2 e dell'art. 180 comma 4; il voto dei creditori e il consenso presunto

Tre sono le significative modifiche introdotte in materia di voto nel concordato.

La prima: la riforma ora comporta che, in tema di adesione alla proposta di concordato, il creditore che non ha esercitato il diritto di voto e non ha fatto pervenire il proprio dissenso per iscritto (lettera, telegramma, fax o anche tramite, posta elettronica) nei 20 giorni successivi alla chiusura del verbale dell'adunanza dei creditori (ci vogliono, però, entrambe le condizioni) si reputa consenziente ai fini del computo delle maggioranze (art. 178); è un caso particolare di silenzio-assenso che però non incide sulla caratteristica del credito e sul suo riconoscimento verso la procedura.

La seconda: è ora possibile modificare il voto già espresso ex art. 179. Se il commissario rileva, dopo l'approvazione del concordato, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione e, in quella sede, possono **modificare eventualmente il voto già espresso**.

La terza: qualora siano previste classi di creditori ed un creditore appartenente ad una classe dissenziente ovvero – in caso di assenza di classi – i creditori che rappresentino (almeno ?) il 20% dei crediti ammessi al voto, contestino la convenienza della proposta, nel giudizio di omologazione il tribunale può ora valutare la convenienza economica della proposta e omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

6. La consecuzione tra l'art. 182 bis comma 6 (c.d. preaccordo) ed il concordato preventivo

La consecuzione delle procedure concorsuali rappresentava la norma ante riforma del 2005; successivamente era entrata in crisi per l'avvenuta abrogazione del fallimento

d'ufficio. Nondimeno in giurisprudenza si è arrivati a stabilire che è applicabile il principio della consecuzione di procedure di concordato preventivo e di fallimento, con conseguente retrodatazione degli effetti della sentenza di fallimento alla data della presentazione della (prima) domanda di concordato, qualora la sentenza di fallimento valuti a posteriori che lo stato di crisi dell'imprenditore aveva indotto questi alla presentazione della domanda di concordato (nel caso di specie si erano avute due domande di concordato, la prima dichiarata inammissibile la seconda sfociata nella revoca del concordato ex art. 173 L.F. (Trib. Verona, 26.7.2012 consultabile sul sito www.ilcaso.it). A parte ciò, si ricorda che – comunque – il pubblico ministero è legittimato a presentare la richiesta di fallimento ancorchè nell'ambito di un procedimento di concordato preventivo di cui sia a conoscenza (Cass. 16.3.2012 n° 4209, su conclusioni difformi del PM, in *Il Foro italiano*, 2012, I 2081).

L'art. 182 bis, in ordine al quale è bene ricordare che la dichiarazione del professionista volta ad ottenere il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive durante le trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di ristrutturazione deve riguardare espressamente la sussistenza delle condizioni per assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei; detta attestazione, inoltre, non può prescindere da una contestuale attestazione della veridicità dei dati aziendali (Trib. Roma, 7.5.2012 consultabile sul sito www.ilcaso.it) ha subito due modifiche.

- a. La prima riguarda i creditori estranei all'accordo per i quali è stabilito che i crediti non scaduti alla data dell'omologazione debbano essere pagati entro 120 giorni dalla loro scadenza mentre quelli già scaduti vadano pagati entro 120 giorni dall'omologa. Si inserisce, quindi, una breve moratoria anche dei debiti verso soggetti estranei.
- b. La seconda, contenuta nel comma 6, prevede il c.d. preaccordo con scopo anticipatorio finalizzato alla conclusione dell'accordo ex art. 182 bis: l'impresa che ha pubblicato nel registro delle imprese l'esistenza di una trattativa finalizzata ad ottenere un accordo di ristrutturazione mantiene la conseguente tutela (o garanzia) che impedisce l'avvio di azioni esecutive anche se la trattativa non dovesse andare a buon fine ma fosse depositato il ricorso per l'apertura della procedura concordataria. Vi è quindi consecuzione di procedure, e di tutele, senza soluzione di continuità, tra il mero "preaccordo" (avente natura negoziale) ed il conseguente concordato (avente natura concorsuale). Questa disposizione ha una certa affinità, per quanto inversa, alla previsione contenuta nel 161 (vedi sopra).

7. Il finanziamento ponte e la continuità aziendale (artt. 182 quinquies e sexies)

Le norme sono completamente nuove e vanno lette in connessione con quelle del paragrafo seguente, posto che entrambe presuppongono il concetto di continuità aziendale, ma anche con il preesistente ancorchè di pure recente introduzione nell'ordinamento art. 182 quater (prededucibilità dei crediti funzionali all'accesso al

concordato o all'accordo di ristrutturazione, nei quali non rientra più il compenso dell'attestatore) che non ha avuto nella pratica un gran successo (anzi, non lo ha avuto del tutto).

L'impresa, sia in sede di domanda di omologa dell'accordo di ristrutturazione quanto di deposito del mero "preaccordo" (cf. art. 182 bis modificato), può chiedere al Tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili (anche garantiti in modo reale) la cui funzionalità alla miglior soddisfazione dei creditori risulti da un attestatore. La prededucibilità, quindi, è indissolubilmente legata alla funzionalità del finanziamento alla soddisfazione del ceto creditorio. E qui si può annidare, a posteriori, un riesame di merito concreto da parte del giudice delegato e del curatore fallimentare.

Essendo stato utilizzato, e verosimilmente non a caso, il termine "finanziamenti" è lecito interpretare che qualsiasi forma tecnica con annesse modalità (durata, tasso, condizioni) è astrattamente possibile. Potendo questi finanziamenti essere anche garantiti, ne dovrebbe discendere che la garanzia reale così acquisita sia opponibile all'eventuale successiva procedura fallimentare; e con la garanzia, resterebbero esenti da revocatoria, in generale, sia gli atti posti in essere in esecuzione di un accordo di ristrutturazione (il che già sarebbe avvenuto ex art. 67) sia anche gli atti "strumentali" all'accordo (ex art. 182 quinquies). Per i crediti di smobilizzo (c.d. autoliquidanti) si pone, tuttavia, un problema connesso all'applicabilità dell'art. 45 per quelle cessioni antecedenti che non siano state seguite da tempestiva (antecedente) notifica al debitore ceduto. Sarà molto interessante vedere come la giurisprudenza valuterà queste ipotesi anche nell'ottica della continuità aziendale.

Inoltre, il comma 3 consente – ed è una grande novità rispetto all'impianto tradizionale – al Tribunale di autorizzare, pendente la procedura, il pagamento di crediti anteriori purché l'attestatore dia atto che i pagamenti sono essenziali alla prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. In sostanza, ciò che viene in rilievo, a giustificazione di questi anomali poteri del Tribunale, è la salvaguardia del valore dell'impresa in un'ottica di continuità, concetto sui cui si torna nel paragrafo successivo.

Per quanto attiene, invece, ai finanziamenti in corso, vedi infra.

A rafforzamento di questo concetto, l'art. 182 sexies stabilisce - per l'arco di tempo intercorrente tra la domanda di concordato e l'eventuale omologa dello stesso - la sospensione degli obblighi civilistici connessi alla conservazione e quindi ricostituzione del capitale sociale (artt. 2446 e 2447, artt. 2482 bis e ter, art. 2484 c.c.) a tutela degli amministratori dell'impresa per quanto attiene la loro responsabilità, da un lato e rendendo (temporaneamente) inoperanti le cause di scioglimento della società, dall'altro.

8. Il concordato con continuità aziendale (art. 186 bis)

L'art. 186 bis introduce una disciplina speciale per i concordati i cui piani:

- prevedono la prosecuzione dell'attività d'impresa;
- la cessione dell'azienda in esercizio
- ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione.

Il piano deve avere naturalmente delle particolarità:

- può prevedere anche la liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa;
- deve contenere un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività
- l'indicazione delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;
- può prevedere una moratoria fino ad un anno per il pagamento dei creditori privilegiati ipotecari o pignorati (anche in misura inferiore al 100% secondo quanto previsto dall'art. 160, 2° comma, qui richiamato), salvo sia prevista la liquidazione dei beni gravati. In tal caso detti creditori non hanno diritto di voto.

La relazione del professionista deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Fermo quanto previsto dal nuovo art. 169 bis sui contratti in corso di esecuzione, la nuova disciplina non impedisce all'impresa la continuazione di contratti pubblici se il professionista ha attestato:

- la conformità al piano e**
- la ragionevole capacità di adempimento.**

Di tale continuazione può beneficiare anche la società cessionaria a conferitaria d'azienda cui i contratti sono stati trasferiti.

La norma contiene poi, come già anticipato sopra, una serie di adempimenti che consentono all'azienda in concordato di partecipare alle procedure di assegnazione di contratti pubblici proprio nella già citata finalità di garantire la continuità dell'impresa.

Nulla si dice, in particolare, sui finanziamenti in corso ma la continuità aziendale implicitamente ne postula la prosecuzione quasi automatica (idem dovrebbe dirsi per i contratti di fornitura); opinare diversamente significherebbe minare alla base la possibilità di proseguire nell'operatività ordinaria.

10. Prime conclusioni.

Allo stato, si può ritenere che la nuova disciplina, nella citata intenzione di “proteggere” (o salvaguardare) l’impresa in crisi, presenti comunque luci e qualche ombra.

Non vi è dubbio che il massiccio ricorso alla prededuzione (quasi un’overdose) rischia, nell’ottica di un eventuale successivo fallimento, di ridurre ancora di più le già modeste possibilità di rimborso dei creditori chirografari anteriori nondimeno la continuità aziendale assume un peso sinora sconosciuto e che ispira tutta la riforma. Una riforma – peraltro – iniziata nel 2005 e che ha avuto almeno tre successivi interventi di modifica cui si aggiunge ora quello in commento a dimostrazione della necessità, sempre maggiore, di conservazione dell’impresa in difficoltà pur a scapito del rispetto di una concorrenza pura sul mercato rispetto alle imprese in bonis che non possono proporre ai propri fornitori opportunità analoghe.

Ultimo aspetto, non certo marginale per il mondo bancario, è quello della classificazione, in base ai criteri della Banca d’Italia, dei finanziamenti concessi secondo la nuova disciplina oppure già in corso. Ovvio che dovrà essere la Vigilanza a pronunciarsi e prima lo farà meglio sarà.

La sensazione che emerge è che ci sarà un sensibile incremento della categoria delle posizioni ristrutturate (magari adattando l’attuale definizione alle nuove fattispecie); sicuramente ci sarà anche un significativo incremento della categoria di centrale rischi “finanziamenti alla procedure concorsuali”, almeno per quanto attiene i concordati preventivi. Sia come sia, trovo plausibile che le nuove ipotesi di finanziamento possano entrare a far parte della macro categoria delle attività finanziarie deteriorate.