

Il “decreto sviluppo”: le principali novità in materia di concordato preventivo

Contenuti

1. La proposta concordataria “differita” - l’introduzione dell’*“Automatic Stay”*
2. L’inefficacia delle ipoteche giudiziali
3. Lo scioglimento dei contratti pendenti
4. La “nuova finanza” interinale e la possibilità di soddisfazione anticipata dei creditori “strategici”
5. Il concordato con continuità aziendale
6. La sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione

Il testo del decreto legge approvato dal Consiglio dei Ministri del 15 giugno 2012 – pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 26 giugno 2012, n. 147 - Supplemento Ordinario n. 129 (“Decreto Sviluppo”) – introduce significative modifiche al corpo della legge fallimentare in tema di concordato dirette a:

- proteggere l’impresa nella fase delle trattative e di accesso alla procedura da azioni aggressive dei creditori sociali;
- rafforzare la possibilità di mantenere il valore dell’impresa anche nell’interesse dei creditori sociali ponendo, tra l’altro, una concreta disciplina al concordato con continuità aziendale;
- consentire, entro determinati limiti, di rimodellare l’impresa in concordato attraverso lo scioglimento da contratti divenuti non più funzionali ai fini aziendali.

Nel complesso si tratta di una disciplina che dovrebbe ampliare significativamente l’utilizzo del concordato preventivo come strumento volto a trovare una composizione negoziale della crisi, nel quadro di un accentuato ruolo del Tribunale lì dove si tratti di verificare che la continuazione della attività aziendale, con le modalità previste dal piano, risulti effettivamente funzionale alla preservazione del valore dell’impresa e, quindi, anche alle aspettative di realizzo dei creditori sociali. Prima di avere concreta applicazione la disciplina è suscettibile di ulteriori modifiche considerato che, ai sensi della norma transitoria contenuta nel Decreto Sviluppo in commento, la disciplina sarà applicabile ai procedimenti di concordato preventivo introdotti dopo il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione della legge di conversione del Decreto Sviluppo, che dovrà intervenire entro 60 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del Decreto Sviluppo medesimo.

1. La proposta concordataria “differita” - l’introduzione dell’*“Automatic Stay”*

Il riformato art. 161 della legge fallimentare (“L.F.”) contiene un nuovo quinto comma che prevede la possibilità per l’imprenditore di depositare il ricorso per l’ammissione alla procedura concordataria riservandosi di presentare la proposta di concordato, il piano e la documentazione ancillare alla proposta in un termine, fissato dal giudice, compreso tra 60 e 120 giorni (eventualmente prorogabile per ulteriori 60 giorni).

Considerato che dalla data di pubblicazione nel Registro delle Imprese dell’intervenuto deposito del ricorso di cui sopra, opera per i creditori il divieto di inizio e prosecuzione di azioni esecutive o cautelari nonché il divieto di acquisire titoli di prelazione, la norma consente di ottenere (con formalità veramente minime, visto che è consentito il deposito di un ricorso che può addirittura prescindere dalla “proposta” di concordato e dal piano concordatario) un vero e proprio “ombrello” (c.d. *“automatic stay”*) contro le iniziative di eventuali creditori “aggressivi”, dando così modo all’imprenditore, nonostante la pressione del ceto creditorio, di poter disporre dei tempi per calibrare adeguatamente la proposta concordataria ed il piano, ovvero addirittura mutare indirizzo e, riscontrata la disponibilità dei creditori, proporre un accordo di ristrutturazione del debito omologabile ai sensi dell’art. 182 *bis* L.F..

2. L'inefficacia delle ipoteche giudiziali

A rafforzamento degli effetti del c.d. *"automatic stay"* sopra descritto al paragrafo 1 il Decreto Sviluppo interviene con disposizione assai innovativa prevedendo che *"Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato"*.

Si è in questo modo previsto uno strumento per riallineare la posizione del creditore che avesse iscritto (normalmente sulla base di un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo) un'ipoteca giudiziale sui beni dell'imprenditore prima che questi abbia depositato la domanda di ammissione al concordato.

Si è così, da un lato, scoraggiato il creditore aggressivo a cercare di battere "in velocità" gli altri creditori per acquisire una garanzia nuova e, dall'altro lato, si è forzato l'imprenditore in crisi, che sta conducendo trattative con i suoi creditori, a reagire a simili comportamenti, chiedendo l'ammissione al concordato preventivo in modo da evitare che l'ipoteca iscritta dal creditore possa divenire opponibile in caso di successivo concordato.

3. Lo scioglimento dei contratti pendenti

Con il nuovo art. 169 *bis* L.F. viene superato quello che era da sempre considerato uno dei tratti distintivi del concordato preventivo rispetto al fallimento e cioè l'insensibilità dei contratti pendenti alla entrata in concordato dell'imprenditore, il quale continuava a dover normalmente dare esecuzione ai contratti in corso.

L'articolo in commento infatti prevede che il debitore (sia in sede di deposito del ricorso per l'ammissione alla procedura, sia successivamente alla intervenuta ammissione) possa, con alcune eccezioni, chiedere l'autorizzazione del Tribunale *"a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso"*¹.

Se l'autorizzazione allo scioglimento viene concessa, il contraente dell'imprenditore in concordato ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno per inadempimento, ma tale pretesa è soddisfatta *"come credito anteriore al concordato"* (e cioè è soggetta alla falcidia concordataria al pari di tutti gli altri crediti non privilegiati per titolo anteriore alla procedura).

La norma si fa carico di risolvere uno dei problemi più significativi che l'elaborazione di un piano concordatario poteva presentare, e cioè la necessità di prevedere il fabbisogno necessario per poter compiutamente adempiere ai contratti pendenti (emblematico, per fare un esempio, è il caso dei contratti di *leasing* pendenti alla data di entrata in procedura).

In questo modo non solo viene notevolmente agevolata la predisposizione dei piani concordatari, ma pure, entro determinati limiti e sotto il controllo giurisdizionale, si consente di "rimodellare" l'impresa attraverso la procedura di concordato preventivo con l'eliminazione di alcuni contratti divenuti non funzionali ai fini aziendali.

¹ La norma consente, oltre allo scioglimento, anche la richiesta volta ad ottenere la *"sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabile una sola volta"*.

4. La “nuova finanza” interinale e la possibilità di soddisfazione anticipata dei creditori “strategici”

Nonostante il legislatore fosse già recentemente intervenuto in tema di prededuzione dei finanziamenti concessi “in funzione” della presentazione di una domanda per l’accesso alla procedura di concordato preventivo (si tratta della norma di cui all’art. 182 *quater* L.F. introdotta nel luglio 2010), la pratica ha dimostrato come l’intervento legislativo non ha sortito gli esiti cui mirava, permanendo una forte resistenza da parte delle banche all’erogazione della c.d. “finanza – ponte” (e cioè di quegli interventi di finanziamento interinale volti a supportare il fabbisogno aziendale nelle more del procedimento di omologazione del concordato preventivo).

Di qui l’intervento contenuto nel Decreto Sviluppo (che introduce il nuovo art. 182 *quinquies* L.F.), che consente all’imprenditore, in sede di deposito della domanda di accesso alla procedura concordataria, di richiedere al Tribunale l’autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili (a condizione che vi sia una relazione dell’attestatore che confermi che tali finanziamenti sono “funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori”), eventualmente anche garantiti da pegno o ipoteca.

La stessa norma (nel suo terzo comma) supera un ulteriore tradizionale principio del concordato preventivo: si prevede infatti che il debitore possa essere autorizzato dal Tribunale, in corso di procedura, “a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi” a condizione che il c.d. “attestatore” confermi che tali prestazioni sono “essenziali per la prosecuzione dell’attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori”.

Mentre non è chiara la portata effettiva della norma (e cioè se consenta l’*integrale* pagamento di alcuni creditori concordatari strategici oppure se facoltizzi solo la anticipata liquidazione della percentuale concordataria a loro spettante) rimane che la stessa è funzionale a preservare la continuità aziendale quando da essa derivi un mantenimento del valore dell’impresa nell’interesse dei creditori sociali.

5. Il concordato con continuità aziendale

Il “nuovo” art. 186 *bis* L.F. introduce una specifica disciplina per i concordati “con continuità aziendale”, ossia per quei concordati il cui piano preveda “la prosecuzione dell’attività d’impresa da parte del debitore”, ovvero “la cessione dell’azienda in esercizio”, ovvero ancora “il conferimento dell’azienda in esercizio in una o più società anche di nuova costituzione”.

La norma si riferisce alle ipotesi in cui la proposta concordataria, anziché proporre che la soddisfazione dei creditori avvenga con i proventi della liquidazione dei cespiti sociali, preveda che una tale soddisfazione venga effettuata grazie ai flussi derivanti dalla continuazione dell’attività (pur essendo comunque ammessa la cessione dei beni non funzionali all’esercizio dell’impresa).

E’ per tale ragione che, nella particolare fattispecie del concordato con continuità, il Decreto Sviluppo precisa che il piano concordatario deve contenere una “*analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell’attività d’impresa*” e “*delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura*” e che la relazione del professionista che attesta la fattibilità del piano concordatario deve espressamente attestare che “*la prosecuzione dell’attività d’impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori*”.

In presenza dei predetti requisiti la norma in commento prevede la possibilità di un differimento, fino ad un anno dall’omologazione del concordato, del pagamento dei creditori privilegiati, così attribuendo all’impresa una significativa fonte di autofinanziamento.

Il presente documento viene consegnato esclusivamente per fini divulgativi.

Esso non costituisce riferimento alcuno per contratti e/o impegni di qualsiasi natura.

Per ulteriori analisi, approfondimenti e condivisioni sulle nuove disposizioni regolamentari Vi preghiamo di contattare:

Roma

Antonio Auricchio
aauricchio@gop.it
Tel: +39 06 478751

Padova

Paolo Gnignati
pgnignati@gop.it
Tel: +39 049 6994411

Roma

Milano

Bologna

Padova

Torino

Abu Dhabi

Bruxelles

Londra

New York

La nuova disciplina – pur presentando qualche difficoltà interpretativa² – è evidentemente intesa a far coincidere l'interesse dei creditori sociali (che pur resta preminente) a massimizzare il realizzo delle proprie pretese con quello dell'imprenditore a continuare l'attività sulla base di un rinnovato programma economico-aziendale condiviso con i suoi creditori³.

6. La sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione

Recependo un orientamento dottrinale da tempo formatosi, il Decreto Sviluppo, introducendo il nuovo art. 182 *sexies* L.F., sancisce ora la sospensione – per il periodo intercorrente tra il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo e la data del relativo provvedimento di omologazione – degli obblighi previsti dal Codice Civile inerenti la ricostituzione del capitale sociale integralmente o parzialmente perso. Viene meno conseguentemente, in costanza di procedura, il rischio per gli amministratori di essere ritenuti responsabili per omissione di convocazione dell'assemblea dei soci perché questa provveda al ripianamento delle perdite.

² Ad esempio, non è chiaro perché nella fattispecie del concordato con continuità sia ricompresa l'ipotesi di cessione a terzi dell'azienda (che invece sembra essere riconducibile alla tipologia del concordato con cessione dei beni), a meno che la norma non si voglia riferire all'ipotesi in cui il terzo cessionario dell'azienda si assuma anche il relativo indebitamento pregresso.

³ Il favore del legislatore per la salvaguardia della continuità aziendale è testimoniato anche da una articolata regolamentazione in materia di contratti pubblici, che non possono essere risolti a causa dell'apertura della procedura di concordato preventivo (apertura inoltre che non pregiudica, a determinate condizioni, la possibilità per l'impresa in concordato preventivo di partecipare a procedure di assegnazione di contratti pubblici).