

ROBERTO NANNELLI
Avvocato del Foro di Firenze

**Il “nuovo” concordato preventivo del “Decreto Sviluppo”
e della legge di conversione
Le principali modifiche**

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La domanda di concordato preventivo “in bianco” – 3. Amministrazione straordinaria e ordinaria tra pubblicazione della domanda e decreto - preeducibilità – 4. Pubblicazione della domanda nel registro delle imprese: azioni esecutive e cautelari - Le ipoteche iscritte nei novanta giorni precedenti – 5. Lo scioglimento e la sospensione dei contratti in corso – 6. La nuova finanza – 7. La continuità aziendale – 8. Le modifiche all'azione revocatoria – 9 Conclusioni.

1. – Premessa

La grave crisi, finanziaria prima ed economica poi, ha spinto il Governo ad emanare, con in via d'urgenza, il Decreto Legge 22 giugno 2012 n. 83¹, da subito indicato come “Decreto Sviluppo” per la volontà di auspicato impatto benefico sullo sviluppo dell'economia italiana, impatto che l'Esecutivo ha voluto imprimere a questa normativa .

Il decreto è stato successivamente convertito con modificazioni dalla Legge 7.8.2012 n. 134², che ha dato la veste (finora) definitiva ad uno dei provvedimenti, come detto, più importanti di questa legislatura e a cui è anche affidata la auspicata ripresa economica nazionale, senza la quale è appunto impossibile parlare di sviluppo e, quindi, di superamento della crisi.

Ovviamente, non spetta a noi, come giuristi, dare un giudizio di meritevolezza politica del provvedimento; ci compete invece un giudizio tecnico sulle numerose materie trattate dal “Decreto Sviluppo”.

Una delle materie più innovate dal provvedimento in esame è stata senz'altro quella del diritto fallimentare; qui ci sono state importanti modifiche alla legislazione in vigore, che pure aveva già conosciuto, dal 2005 in poi, numerosi cambiamenti.

E' chiaro, in questo caso, l'intento del legislatore: si è voluto, in ogni modo possibile, cercare di salvare le (presumibilmente numerose) attività aziendali in crisi,

¹ Il Decreto Legge è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 147 del 26.6.2012, Supplemento Ordinario n. 129 ed è entrato in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione.

² La legge di conversione è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 187 del 11.8.2012, Supplemento Ordinario n. 171 ed è entrata in vigore il 12.8.2012.

puntando non sulla loro liquidazione ma sulla prosecuzione delle loro attività mediante la messa loro a disposizione di una nuova forma di concordato preventivo che avesse appunto le caratteristiche non soltanto della regolamentazione della fase terminale dell'attività produttiva ma desse anche la possibilità, volendo, di far ripartire l'azienda, di rimetterla sul mercato in condizioni di competitività, dopo aver risolto i problemi pregressi che l'avevano portata ad accedere alla procedura concorsuale.

Questo scopo è talmente evidente che è stato subito sottolineato dalla dottrina³.

In questo breve saggio, cercheremo di passare in rassegna le principali novità della nuova procedura di concordato preventivo, introdotte dal Decreto Sviluppo; una sorta di “prima lettura” di queste modifiche, cercando di dare un filo logico e temporale al nostro ragionamento e quindi partendo dalla fase introduttiva della procedura per arrivare a trattare gli aspetti più contenutistici della stessa e, alla fine, a trattare anche le eventuali conseguenze di carattere revocatorio in caso di fallimento dell'impresa in concordato preventivo.

2. – La domanda di concordato preventivo “in bianco”

La prima rilevante novità della riforma è la possibilità, per il richiedente l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, di depositare la sola domanda, con i conseguenti effetti prenotativi, e di differire ad un secondo momento il deposito degli altri atti e dei prescritti documenti.

Per capire la portata della norma, giova ripetere, anche a beneficio di noi stessi, quali sono gli atti e i documenti previsti per richiedere l'ammissione alla procedura di concordato preventivo e cioè:

- a) il ricorso con cui si chiede al tribunale l'ammissione alla procedura;
- b) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- c) uno stato analitico ed estimativo delle attività dell'impresa;
- d) l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- e) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
- f) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili;
- g) un piano con la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta rivolta dall'imprenditore ai creditori;
- h) la relazione di un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

Adesso il nuovo sesto comma dell'art. 161 della Legge Fallimentare consente all'imprenditore di depositare solo il ricorso con i bilanci degli ultimi tre esercizi chiedendo al giudice la fissazione di un termine, compreso tra i sessanta e i centoventi

³ Massimo Fabiani - “*Riflessioni precoci sulla disciplina della regolazione concordata della crisi di impresa*” www.ilcaso.it

giorni, prorogabile per sessanta giorni, per il deposito degli altri atti e documenti.

Occorre precisare come il piano concordatario sia adesso previsto dalla modifica apportata, sempre dalla normativa in esame dal nuovo secondo comma dell'art. 161.

Questa facoltà è conosciuta, in gergo, come la possibilità di depositare la domanda di concordato “in bianco”, nel senso appunto che questa è priva degli atti e dei documenti che finora dovevano accompagnare ogni ricorso ex art. 161 LF. Questa facoltà è stata prevista per consentire al debitore di poter accedere prima possibile alla protezione accordata dalla procedura concorsuale ed evitare che il suo patrimonio sia aggredito dai creditori nelle more della predisposizione della domanda e degli atti e i documenti ad essa allegati.

Un primo problema individuato dalla dottrina riguarda quale sia il contenuto minimo della domanda “in bianco”.

Si è sostenuto che al ricorso vadano allegati:

- certamente (c'è la previsione normativa) i bilanci degli ultimi tre esercizi;
- una situazione patrimoniale aggiornata per consentire al giudice di verificare l'esistenza dello stato di crisi;
- un certificato del Registro delle Imprese per far valutare al Tribunale la sua competenza⁴.

Oltre a questi documenti, che sono essenziali e necessari, possono essercene altri, facoltativi, quali: la storia dell'impresa; i motivi che hanno portato alla sua crisi e comunque tutto ciò che consenta al giudice di meglio valutare che il debitore sia un imprenditore commerciale e che non si trovi al di sotto della soglia di accesso alle procedure concorsuali.

La giurisprudenza che si è finora formata ha avallato questa tesi. Infatti il Tribunale di Mantova ha stabilito che sulla base della sola domanda con differimento del deposito degli atti e dei documenti di cui all'art. 161/6 LF, la valutazione che il collegio deve compiere è quella della sussistenza della competenza per territorio e della accessibilità dell'imprenditore alle procedura concorsuale da un punto di vista oggettivo e soggettivo⁵. Nello stesso senso il Tribunale di Monza⁶. Il Tribunale di Velletri ha poi previsto che, nel caso di domanda con riserva, il tribunale debba valutare i presupposti della domanda stessa, eventualmente anche espletando un'attività istruttoria con cui acquisire documenti e informazioni⁷.

Il secondo problema che è stato messo in luce dalla dottrina e relativo alla domanda di ammissione “in bianco” è rappresentato dal fatto che, fino al deposito degli atti e documenti mancanti, sarà estremamente difficile per l'impresa ottenere dal Tribunale l'autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione o alla contrazione di finanziamenti oppure allo scioglimento da rapporti pendenti. In altre parole, a fronte di una sola domanda scarna e senza maggiori indicazioni, sarà difficile per il Tribunale valutare appieno la richiesta di autorizzazione da parte dell'impresa⁸.

⁴ Mario Fabiani - “*Vademecum per la domanda prenotativa di concordato preventivo*” - 25.9.2012 su www.ilcaso.it

⁵ Trib. Mantova - 27.9.2012

⁶ Trib. Monza - Orientamenti della Sezione Fallimenti

⁷ Trib. Velletri - 18.9.2012

⁸ Mario Fabiani - op. cit. L'autore così si esprime: “*Pertanto già si può concludere che la domanda “prenotativa” secca, assolutamente in sé legittima, è compatibile soltanto con una situazione nella quale all'impresa non servono tutte le potenzialità che oggi la legge riconosce; infatti se il debitore*

La giurisprudenza ha puntualmente fatto emergere questo problema e il Tribunale di Mantova, nel decreto sopra citato, ha negato all'imprenditore l'autorizzazione alla sospensione dei contratti di locazione finanziaria proprio per l'impossibilità del giudice, di fronte alla sola domanda, di decidere sulla coerenza o meno di questa richiesta con la procedura richiesta.

E' allora evidente che, tutte le volte in cui l'impresa voglia essere autorizzata al compimento di atti esorbitanti l'amministrazione ordinaria dovrà adeguatamente motivare la richiesta al tribunale.

La terza criticità riguarda gli obblighi informativi a cui il giudice può sottoporre l'impresa che abbia presentato domanda di concordato con effetti prenotativi, obblighi che possono riguardare anche l'ordinaria amministrazione. Ricordiamo che l'obbligo di rendicontazione è previsto dall'art. 161/8 LF. In questo senso abbiamo già alcune pronunce della giurisprudenza con le quali, come era prevedibile, si è imposto un obbligo del genere. Questo provvedimento è stato motivato talvolta con la tutela dei creditori⁹, talvolta con il semplice controllo dell'attività aziendale¹⁰, talvolta infine infine con la necessità che il Tribunale debba conoscere costantemente la conduzione economica e finanziaria dell'azienda¹¹.

Sembra andare in controtendenza il Tribunale di Milano il quale, nelle linee guida per la domanda di concordato con riserva, o in bianco, ha affermato che gli obblighi informativi vengano soddisfatti con relazioni periodiche solo per i concordati relativi ad imprese di grandi dimensioni, soprattutto se si tratti di concordati con continuità aziendale, oppure laddove ci siano richieste particolari inoltre al Tribunale da parte dell'impresa¹².

Tra l'altro si deve segnalare come questo obbligo di rendicontazione da parte dell'impresa in concordato preventivo sia assolutamente discrezionale nelle modalità con cui l'impresa debba informare il tribunale. Esaminando infatti le decisioni richiamate vediamo che in un caso si è ritenuta sufficiente una rendicontazione mensile, in un altro settimanale e nel terzo si è addirittura previsto che questa attività fosse svolta da due ausiliari del Tribunale e che poi fossero costoro a riferire al giudice, sempre con cadenza periodica, dell'attività compiuta dalla impresa in concordato¹³. In sostanza, in questo ultimo caso, si è previsto da parte del giudice un controllo "di secondo grado" con un filtro tecnico di ausiliari del giudice che, evidentemente, avevano i requisiti professionali per svolgere questa mansione.

E' allora evidente che i tribunali si orienteranno per decisioni da assumere caso

deve rivolgersi al giudice per ottenere una qualche autorizzazione deve fornire tutte le informative coerenti con il tipo di provvedimento che richiede al tribunale. In tale cornice, ogni qualvolta si tratterà di presentare un'istanza al tribunale, il debitore dovrà quanto meno progressivamente scoprire le carte".

⁹ Trib. Mantova - 27.9.2012

¹⁰ Trib. Modena - 14.9.2012

¹¹ Trib. La Spezia - 25.9.2012

¹² Trib. Milano - Plenum Sezione Fallimenti - 20.9.2012 - Si legge: "Si ritiene opportuno che il Tribunale disponga a carico del debitore obblighi informativi periodici anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa solo quando si tratti di concordati preventivi di grande rilievo, oppure in caso di richieste particolari (finanziamenti, pagamenti, atti di straordinaria amministrazione) e, soprattutto, quando si tratti di concordati in continuità, sotto forma di brevi atti esplicativi redatti dal legale".

¹³ Trib. La Spezia - 25.9.2012

per caso e senza una tipizzazione particolare che, peraltro, sarebbe difficile se non impossibile anche solo da ipotizzare.

3. – Amministrazione straordinaria e ordinaria tra pubblicazione della domanda e decreto - prededucibilità

La seconda importante novità prevista dal decreto sviluppo e dalla legge di conversione, è quella che disciplina l'esercizio dei poteri di amministrazione straordinaria e ordinaria previsti per l'impresa in crisi tra la data di deposito della domanda e il decreto di ammissione alla procedura concorsuale, la natura prededucibile dei debiti contratti dall'impresa in questo lasso di tempo e la non revocabilità dei pagamenti relativi.

Il nuovo settimo comma dell'art. 161 LF prevede che “Dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163 il debitore può compiere gli 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 effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111”.

In altre parole, visto soprattutto da chi deve contrarre con l'impresa in crisi, la quale impresa abbia già depositato la domanda di ammissione alla procedura concordato preventivo, il problema può essere così sintetizzato: quando è che un atto compiuto dall'impresa in crisi, in questo periodo, può essere definito come compiuto legalmente? Quando è cioè che il credito sorto a favore del terzo sia prededucibile e il pagamento dello stesso sia esente da revocatoria? Cioè, il richiamo all'art. 111/2 LF, il quale prevede che siano considerati prededucibili quelli previsti in questo modo per legge o quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge, significa che basta il mero deposito della domanda per consentire la prededucibilità di qualsiasi debito oppure che comunque questi debiti, per essere stati contratti legalmente, debbano essere la prestazione di un contratto il cui adempimento sia funzionale alla procedura concorsuale?

Il problema non è di poco conto perché la copertura della prededucibilità e della irrevocabilità in caso di successiva dichiarazione di fallimento, rischia di alterare e non poco la par condicio tra i vari creditori.

La dottrina ha scelto comunque una via intermedia nel senso che comunque, i crediti sorti per effetto di contratti derivanti dall'esercizio dei poteri di ordinaria e di straordinaria amministrazione, espletati dall'impresa tra la data di deposito della domanda di concordato preventivo e quella del decreto di ammissione, per avere la caratteristica della prededucibilità e della irrevocabilità dovrebbero comunque rispettare i seguenti parametri:

a) il credito deve essere sorto in base a un atto “legalmente compiuto” e quindi nel rispetto del seguente schema: ordinaria amministrazione libera - straordinaria amministrazione autorizzata; è chiaro quindi che, se non rispetta questa impalcatura formale, l'atto di per sé non può essere considerato legalmente compiuto.

b) il credito deve essere funzionale alla procedura e cioè deve essere funzionale alla riuscita del piano che costituisce l'esplicazione concreta della procedura concorsuale stessa ma che rappresenta, pur sempre, una mera previsione.

Se si rispettano questi parametri, si ritiene che la prededuzione e la irrevocabilità possano spettare anche in caso di mancata ammissione alla procedura di concordato preventivo¹⁴.

Ma cosa si intende per amministrazione straordinaria e ordinaria? Quale è la differenza tra questi due modi di amministrare l'impresa?

Per la Cassazione, in tema di attività di impresa, la distinzione tra amministrazione ordinaria e straordinaria non deve essere intesa nel senso che la prima presuppone il compimento di atti conservativi e la seconda quello di atti dispositivi, poiché l'esercizio imprenditoriale presuppone necessariamente atti del secondo tipo; la distinzione invece va ricercata con la gestione normale del tipo di impresa e con le relative dimensioni; per cui, afferma la Cassazione, *“sono atti di straordinaria amministrazione solo quelli che modificano la struttura economico-organizzativa dell'impresa”*¹⁵.

Questa distinzione, che vale per l'impresa in bonis, riteniamo possa essere attuata anche per l'impresa che abbia chiesto di accedere alla procedura di concordato preventivo.

4. – Pubblicazione della domanda nel registro delle imprese: azioni esecutive e cautelari - Le ipoteche iscritte nei novanta giorni precedenti

Un'altra novità di rilievo introdotta dal decreto sviluppo e della sua legge di conversione è rappresentata dalle conseguenze che ha sulle ragioni di credito dei terzi il deposito e la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo.

L'art. 168/1 LF è stato modificato nel senso che non possono essere iniziate o proseguite le azioni esecutive e (anche) cautelari dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

Inoltre il terzo comma ha anche previsto 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.*

¹⁴ Mario Fabiani - op. cit. pag. 12 - 13: *“Tuttavia ad una lettura più attenta che credo che il regime della prededuzione presupponga una doppia verifica: a) dovrà trattarsi di un credito sorto in base ad “atti legalmente compiuti”, il che porta a concludere che il regime di protezione della prededuzione non scatterà ove si dimostri l'incoerenza dell'atto di gestione al piano o alla proposta, oppure il compimento di un atto che avrebbe dovuto essere autorizzato dal giudice, oppure che l'atto non sia stato posto in essere proprio al solo ed esclusivo scopo di creare un regime di preferenza; b) dovrà trattarsi di un credito che essendo sorto prima dell'ammissione e dunque al di fuori di una procedura concorsuale, meriti il trattamento prededucibile in virtù di un nesso di funzionalità con la procedura. L'elemento di novità e di maggior garanzia per i terzi potrebbe essere costituito dal fatto che la prededuzione possa competere anche quando non vi sia stata l'ammissione al concordato”*.

¹⁵ Cass. Sez. I, 5.12.2011 n. 25952 - Giust Civ. Mass. 2011, 12, 1727; conf. Cass. sez. I, 18.10.1997 n. 10229 - Foro It. 1999, I, 292 e Cass. Sez. I, 4.5.1995 n. 4856 - Vita Not. 1996, 941.

In altre parole tre sono le innovazioni rilevanti:

- a) La prima è che alle azioni esecutive, che non possono essere proseguite o iniziate a pena di nullità, sono state aggiunte le azioni cautelari; ovviamente entrambe per titolo o causa anteriori, che non possono essere iniziate o proseguite dai creditori.
- b) La seconda è che il semplice deposito del ricorso di concordato non ha gli effetti protettivi verso i creditori; questo lo si ha solo con la pubblicazione del ricorso depositato al Registro Imprese.
- c) La terza è che, sempre dalla data pubblicazione del ricorso e per i novanta giorni anteriori, sono inefficaci le ipoteche iscritte rispetto agli altri creditori anteriori al concordato.

Con la prima novità si è risolto un contrasto che era sorto nella giurisprudenza di merito. Mentre infatti in alcuni casi si riteneva che il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive andasse interpretato come esteso anche a tutte le azioni cautelari¹⁶; in altri casi si riteneva invece che questa preclusione riguardasse solo le azioni cautelari che mirassero a realizzare il proprio credito come il sequestro conservativo, essendo invece ammissibili tutte le altre¹⁷; altre ancora infine avevano invece sostenuto l'ammissibilità di tutte le azioni cautelari, anche quelle di natura conservativa¹⁸.

Con la seconda modifica il Legislatore ha voluto tutelare l'affidamento dei terzi facendo decorrere gli effetti del concordato nei loro confronti da quando l'accesso alla procedura concorsuale sia conoscibile erga omnes¹⁹.

Con la terza modifica si è, ex novo, previsto un caso di inefficacia dell'ipoteca iscritta fino a novanta giorni prima la data di pubblicazione al Registro Imprese della domanda di concordato preventivo. La misura è stata vista con favore dalla dottrina che ha ritenuto in questo modo superato il problema che affliggeva molti concordati per i

¹⁶ In questo senso Trib. Firenze 23.12.2006 - Giur. Merito 2008, 10, 2570 - La cui massima recita: "Le azioni esecutive precluse nel concordato preventivo comprendono le domande di sequestro conservativo e giudiziario come pure tutte le altre tutele cautelari, le quali devono ritenersi inammissibili se proposte dopo il deposito del ricorso per concordato preventivo".

¹⁷ In questo senso Trib. Genova 9.2.2011 - Redazione Giuffrè 2011 - La cui massima recita: "E' improcedibile il ricorso per sequestro conservativo nei confronti di soggetto che ha depositato domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo essendo detta misura cautelari ricompresa fra le azioni previste dall'art. 168 l.f. in quanto iniziativa del creditore volta a realizzare il proprio credito al di fuori della procedura concorsuale. Non altrettanto può dirsi con riguardo ad altre azioni cautelari quali il sequestro giudiziario (art. 670 c.p.c.), il sequestro preventivo penale (art. 321 c.p.p.), le azioni di nuova opera e di danno temuto (art. 688 c.p.c.) ed i provvedimenti di urgenza, istituiti il cui fine non è quello di consentire al creditore la realizzazione unilaterale del proprio credito al di fuori del concorso".

¹⁸ In questo senso Trib. Verona 28.1.2012 - Redazione Giuffrè - La cui massima recita: "In assenza di specifica disposizione normativa, non è possibile escludere a priori la esperibilità di azioni cautelari nei confronti di impresa che abbia presentato domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo. Può concedersi il sequestro conservativo sui beni della società che abbia presentato domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo in considerazione dell'esigenza di tutelare il patrimonio della stessa per il periodo che intercorre dalla domanda alla apertura della procedura ed altresì per l'ipotesi in cui ad una eventuale dichiarazione di inammissibilità non faccia seguito la dichiarazione di fallimento".

¹⁹ In questo senso Mario Fabiani - op. cit. - "*Muta il dies a quo perché l'automatic stay decolla non più dal deposito del ricorso ma dalla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, ciò che per vero dovrebbe comunque accadere entro il giorno successivo. È una soluzione ragionevole in quanto un limite all'esercizio del diritto del creditore viene fatto dipendere da una notizia percepibile dall'esterno*".

quali sarebbe stata preferibile una dichiarazione di fallimento in modo da consentire al curatore di impugnare con la revocatoria fallimentare l'iscrizione di un'ipoteca piuttosto che dover riconoscere la soddisfazione integrale nella procedura concorsuale concordataria per quei creditori che avevano iscritto appunto ipoteca²⁰.

Qui però il problema è capire la sanzione. Mentre infatti per la violazione del divieto di iniziare o di proseguire le azioni esecutive e, adesso anche, quelle cautelari è prevista la nullità, qui si parla invece di inefficacia.

La Cassazione ha sempre distinto la nullità dall'inefficacia ritenendo che la prima possa essere dichiarata solo in presenza di contratti conclusi in violazione di norme imperative, dell'ordine pubblico o del buon costume; in caso invece di violazioni diverse la sanzione è quella della sua inefficacia, o meglio, della sua inopponibilità ai terzi creditori²¹. Da questa distinzione la Cassazione ha fatto rilevare anche l'irrilevabilità d'ufficio della inefficacia nel senso che solo le parti interessate possono eccepirla e farla dichiarare loro inopponibile²².

Ma perché il legislatore non ha previsto anche la nullità per le ipoteche iscritte nei tre mesi anteriori ma solo la loro inefficacia?

Apparentemente non c'è alcuna spiegazione convincente. La dottrina ha cercato di trovare la distinzione in questo modo affermando che: “la nullità debba assistere quei divieti che dipendono dall'automatic stay, mentre l'inefficacia debba applicarsi le quante volte il divieto sia imposto dal giudice o consegua ad un provvedimento del giudice”²³.

Forse la soluzione più corretta è la seguente: viene lasciata all'iniziativa del debitore o dei terzi creditori l'impugnazione della ipoteca iscritta (che la legge non specifica se volontaria, giudiziale o legale) e la sua inefficacia, una volta dichiarata, comporterà la sua inopponibilità alla massa dei creditori e cioè verranno meno i suoi effetti sulla possibile alterazione della par condicio creditorum.

5. – Lo scioglimento e la sospensione dei contratti in corso

Ancora sfogliando le novità della riforma estiva del concordato, troviamo la facoltà per il debitore di sciogliersi o di sospendere l'esecuzione dei contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso.

Il nuovo art. 168 bis LF prevede che “*Il debitore nel ricorso di cui all'art. 161 può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta 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. Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta. Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai rapporti di lavoro*

²⁰ In questo senso Mario Fabiani - op. cit.

²¹ Cass. Sez. I, 14.4.2011 n. 8541 - Guida al Diritto 2011, 20, 56.

²² Cass. Sez. II, 8.4.2011 n. 8092 - Giust. Civ. Mass. 2011, 4, 566.

²³ Mario Fabiani - op. cit.

subordinato nonché ai contratti di cui agli articoli 72, ottavo comma (contratto preliminare di vendita registrato e trascritto avente per oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti o affini entro il terzo grado) 79 ter (finanziamenti dedicati ad uno specifico affare) e 80 primo comma (contratto di locazione di immobili)''.

E' allora pacifico che la norma vada interpretata nel senso che consenta al debitore di richiedere, nella domanda di concordato, anche se presentata in bianco, l'autorizzazione al Tribunale (prima dell'ammissione) e al Giudice Delegato (dopo l'ammissione) a sciogliersi dai contratti o a sospenderne l'esecuzione.

Su questa norma, due possono essere le precisazioni da fare.

La prima riguarda il caso della mancata autorizzazione da parte del Tribunale o del Giudice Delegato. In questo caso, si è detto, che il diniego avrà certamente effetti sulla fattibilità del piano²⁴ e cioè sullo strumento, previsto dall'art. 161 /2 lett. e LF, che contiene la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta.

La seconda riguarda invece l'indennizzo che spetta al contraente sciolto o sospeso. Questo va pagato con moneta concordataria e quindi anche in questo caso questa voce va considerata e inserita nel piano, sempre per evitare che, la maturazione di detto indennizzo, non finisca per stravolgere la fattibilità del piano stesso. Qui però può insorgere una difficoltà e cioè si chiede all'impresa in concordato di autoliquidare, l'entità dell'indennizzo a suo debito; nulla si dice in caso di mancata accettazione di detto indennizzo da parte del contraente sciolto o sospeso. E' evidente che in simili ipotesi sia consentito a costui di rivolgersi al giudice per la determinazione dell'indennizzo relativo.

Sempre sull'indennizzo, la dottrina, opportunamente, ha messo in luce il fatto che questo sia pagato con moneta concordataria e non in prededuzione, come la logica e l'equità avrebbero suggerito di fare²⁵.

6. – La nuova finanza

Un altro aspetto di novità della riforma estiva della legge fallimentare è rappresentato dalla nuova finanza.

Gli artt. 182 quater e 182 quinquies LF consentono all'impresa di ottenere finanziamenti e accordano al credito da rimborso il carattere della predecibilità. Detti finanziamenti però debbono essere strumentali all'esecuzione del concordato ma debbono sottostare a formalità diverse a seconda di quando siano richiesti ed erogati.

Come è stato messo in luce dalla dottrina²⁶, ormai sono varie le ipotesi in cui l'impresa può imbattersi. Infatti la norma non pone più limiti né temporali (nel senso che occorre che il finanziamento sia strumentale all'esecuzione del concordato ma si prescinde da quando l'impresa lo riceve) né soggettivi, nel senso che adesso non è più

²⁴ Maria Fabiani - op. cit.

²⁵ Antonio Bianchi - *Concordato con continuità aziendale* - La revisione della legge fallimentare nel decreto sviluppo - Dossier di diritto 24 - ottobre 2012

²⁶ Mario Fabiani - op. cit.

necessario che la nuova finanza arrivi da operatori istituzionali.

Tra l'altro, la rimozione di questa differenza, ha risolto, secondo altra dottrina il dubbio di costituzionalità della norma precedente, visto il privilegio che era riconosciuto agli operatori finanziari istituzionali²⁷

Per cui, adesso, possiamo enucleare varie soluzioni di finanziamenti prededucibili:

a) Il finanziamento viene concesso prima della pubblicazione al Registro Imprese della domanda di concordato ma in funzione della presentazione della domanda: in questo caso il finanziamento (chiamato anche finanziamento - ponte) e la sua finalità all'esecuzione del concordato vanno inseriti nel piano e deve essere richiamato dal decreto di ammissione (art. 182 quater/2 LF).

b) Il finanziamento viene richiesto tra la data di pubblicazione della domanda e il decreto di ammissione: in questo caso occorre che il finanziamento e la sua funzionalità alla procedura vanno inseriti nel piano e il Tribunale può, assunte sommarie informazioni autorizzare il finanziamento eventualmente garantito da pegno o ipoteca (art. 182 quinquies LF).

c) Il finanziamento, dopo il decreto di ammissione, viene richiesto al Giudice Delegato in esecuzione del concordato dopo il decreto di ammissione (art. 167 LF).

Infine, resta da ricordare che anche il socio può finanziare la società a responsabilità limitata in funzione o in esecuzione del concordato; in questo caso, in deroga agli artt. 2467 e 2497 quinquies cc, che com'è noto prevedono la postergazione, si ha la prededucibilità del credito del socio al rimborso con il limite però dell'80% della somma erogata

7. – La continuità aziendale

La novità forse più importante del decreto sviluppo e della sua legge di conversione è rappresentata dal fatto che adesso è stato formalmente riconosciuta la possibilità per l'impresa di presentare domanda di concordato con continuità aziendale.

L'art. 186 bis LF prevede adesso espressamente questa possibilità.

Prima di analizzare la suddetta disposizione, conviene fare un breve riassunto di quanto era accaduto in precedenza.

Sappiamo tutti che fino al 2006 il concordato preventivo (procedura concorsuale, si diceva, riservata all'imprenditore sfortunato ma non disonesto) prevedeva sostanzialmente la liquidazione dell'attività e la spartizione del ricavato tra i creditori attraverso la generale distinzione tra privilegiati e chirografari.

Con la riforma della legge fallimentare si è cominciato a pensare ad una procedura che, prima di tutto, cercasse di salvare l'azienda e cioè si è cercato di separare il positivo dal negativo, rappresentato il primo da quanto di buono si poteva far emergere da un'impresa in crisi.

E' da qui che si è compresa la necessità di puntare sulla continuità aziendale dell'impresa in concordato e quindi di lasciare alla guida della stessa l'imprenditore,

²⁷ Giulia Corsi - *Concordato con continuità aziendale* - La revisione della legge fallimentare nel decreto sviluppo - Dossier di diritto 24 - ottobre 2012

sebbene con regole di gestione diverse ed adattate alla fase concorsuale. Tutto questo, soprattutto, anche nell'interesse dei creditori. O meglio, si è cominciato a capire che, proprio l'interesse dei creditori poteva essere quello di far continuare l'azienda così da poter ricavare la massima soddisfazione possibile del proprio credito rispetto a quanto costoro avrebbero recuperato da una procedura classica liquidatoria come fino a quel momento si era inteso il concordato preventivo.

Le norme però esistenti non creavano ancora un substrato favorevole a scelte come questa e, in particolare, il problema che emergeva preponderante era di come riuscire a tutelare quei creditori strategici per la prosecuzione dell'attività aziendale e cioè come garantire loro il pagamento sicuro e non revocabile del pregresso e come consentire all'impresa in concordato di continuare ad operare con loro garantendo la prevedibilità dei crediti sopravvenuti.

Con la normativa sopra richiamata il Legislatore ha cercato di rimediare a questi inconvenienti ma, come vedremo più avanti, non mancano le criticità.

Il combinato disposto degli artt. 182 quinquies/4, 182 sexies e 186 bis LF prevede, in sintesi, le seguenti disposizioni:

a) L'impresa in crisi può domandare l'ammissione alla procedura di concordato preventivo che preveda:

- la prosecuzione dell'attività di impresa;
- la cessione dell'azienda;
- il conferimento dell'azienda in una nuova società.

Va precisato, come ha rilevato la dottrina, che del particolare favore per la continuità d'impresa può beneficiare la stessa società conferitaria o cessionaria d'azienda o di rami d'azienda, cui i contratti siano trasferiti (per agevolare tali trasferimenti è anche prevista la purgazione delle ipoteche con provvedimento del giudice delegato)²⁸.

b) In ciascuno di questi tre casi:

- il piano deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;
- sempre il piano può prevedere la liquidazione di alcuni beni e la moratoria fino a un anno dall'omologazione del pagamento dei crediti privilegiati
- ci deve essere la relazione del professionista il quale deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

c) Gli effetti comuni di una delle tre opzioni sono:

- la conservazione dei contratti in corso e l'inefficacia delle clausole, ove presenti, di risoluzione in caso di ammissione alla procedura concorsuale;
- la possibilità di partecipare a procedure di assegnazione di contratti pubblici;
- per le società di capitali, la sospensione delle regole civilistiche di conservazione del capitale sociale, con rinvio fino a dopo l'omologazione, dell'eventuale ricapitalizzazione della società stesse;
- la possibilità di richiedere al tribunale l'autorizzazione a pagare crediti anteriori per prestazioni essenziali alla prosecuzione dell'attività dell'impresa; per ottenere l'autorizzazione occorre o l'attestazione di un professionista in possesso dei requisiti di

²⁸ Antonio Bianchi - op. cit.

cui all'art. 67/3 lett. d) LF (il piano attestato) oppure il fatto che il debitore stesso apporti le risorse finanziarie necessarie e che costui poi rinunci alla restituzione o accetti di postergare alla soddisfazione dei creditori il rimborso di quanto abbia apportato.

Questa la norma; ma anch'essa presenta aspetti oscuri che hanno necessità di chiarimento. Per prima cosa, quale è il significato delle parole “continuità aziendale”?

Si deve adottare una nozione più ristretta, intesa come continuazione dell'attività, come la si intende ex art. 2423 bis n. 1 cc (principio generale di redazione del bilancio di esercizio) o si deve adottare una concezione più larga nel senso di strumento per conseguire obiettivi generali quali possono essere il mantenimento dei livelli occupazionali e l'abbattimento del debito?

Crediamo che sia preferibile questa seconda soluzione, peraltro fatta propria dalla giurisprudenza di merito²⁹. Pertanto, quando si parla di continuità aziendale ci si riferisce non tanto alla prosecuzione fisica dell'attività dell'impresa quanto piuttosto alla continuazione di una gestione aziendale che può anche prevedere la prosecuzione fisica ma che può concretizzarsi anche in cessione o di conferimento di azienda e in liquidazione di beni non strategici purché si rispetti l'interesse generale di salvaguardare la parte positiva dell'impresa in crisi e di offrire ai creditori migliori condizioni possibili di soddisfacimento delle loro pretese.

La seconda criticità che possiamo rilevare da questa normativa, è rappresentata dai criteri per individuare i creditori strategici che, come detto sopra, hanno diritto al pagamento “protetto” del pregresso e alla prededuzione per il nuovo ex art. 161/7 LF.

Cioè, sapendo che la continuità aziendale deve essere descritta e prevista in modo analitico nel piano e che la fattibilità del piano nonché il suo interesse per i creditori deve essere attestato da un professionista e sapendo che, per il pagamento del pregresso, è poi necessaria una seconda relazione di un professionista attestatore che affermi che il pagamento stesso è essenziale per la prosecuzione dell'attività e la migliore soddisfazione dei creditori, quali sono i criteri in base ai quali il pagamento del pregresso deve appunto definirsi essenziale?

Il problema, generalmente, si pone con tutta evidenza con i fornitori di beni o servizi e non è assolutamente facile individuare, caso per caso, in cui appunto il pagamento di un loro credito pregresso sia essenziale e cioè sia necessario per la continuità aziendale e per il miglior soddisfacimento possibile dei creditori che pure, con quel pagamento, hanno un chiaro conflitto di interessi.

Il concetto di “essenziale” lo troviamo, in numerose pronunce della Cassazione, come sinonimo di “infungibile” e cioè insostituibile; il concetto di infungibilità ha riguardato o i debiti che soddisfano interessi fondamentali della famiglia³⁰, o una rendita perpetua o vitalizia³¹, o in materia di compravendita di beni mobili³².

Cioè in tutti questi casi essenziale vuol dire infungibile e cioè insostituibile.

Se è così, non basterà giustificare il pagamento a favore di un fornitore dicendo che, diversamente, costui si rifiuterebbe di proseguire le forniture di beni o servizi essenziali alla prosecuzione dell'attività; occorrerà anche dire che quei beni o servizi di quel fornitore sono unici e cioè infungibili (ad es. perché protetti da marchio o brevetto)

²⁹ Trib. Terni 30.12.2010 - Redazione Giuffré 2011

³⁰ Cass. Sez. III, 10.10.2008 n. 25026 - Dir. Famiglia 2009, 3, 1098

³¹ Cass. sez. I, 9.10.1996 n. 8825 - Giust. Civ. Mass. 1996, 1395; Cass. Sez. II, 11.12.1995 n. 12650 - Nuova Giur. Civ. Commentata 1996, I, 772

³² Cass. Sez. II, 16.4.1992 n. 4681 - Giust. Civ. Mass. 1992, fasc. 4

e che quindi l'impresa non ha altre alternative che rivolgersi ancora a quel fornitore non potendo reperire sul mercato, presso altri fornitori, beni uguali o similari.

8. – Le modifiche all'azione revocatoria

L'ultima novità presa in esame da questo studio riguarda la modifica che è stata apportata alla revocatoria fallimentare. Si tratta, potremmo dire, di un mero riflesso che l'attività espletata prima e all'interno di una procedura di concordato preventivo, può avere in caso di successiva dichiarazione di fallimento dell'impresa in crisi. Però, a causa della sua rilevanza sui rapporti con i terzi, è evidente che la modifica comunque riveste interesse e merita spazio e attenzione.

Seguendo la tendenza che iniziò con la riforma del 2006 e che vide le varie ipotesi di revocatoria depotenziate e ridimensionate, il Legislatore, con il decreto sviluppo e la successiva legge di conversione, ha ulteriormente emendato l'art. 67 LF creando altre franchigie all'interno della operazioni revocabili.

Vediamo quali sono:

- a) L'art. 67/3 lett. c) LF afferma che non sono soggetti all'azione revocatoria fallimentare le vendite ed i contratti preliminari di vendita, conclusi al giusto prezzo, trascritti ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile, per immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado o per immobili, e questa è la novità, destinati a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente, purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio. Si è detto che con questa eccezione si è voluto evitare che l'impresa potesse perdere l'immobile in cui opera e che è strumentale alla continuità aziendale³³. Altra dottrina ha cercato di capire che cosa si intende per “investimenti compiuti” ed è arrivata alla conclusione che questo concetto va interpretato in senso dinamico e cioè nel senso che, attraverso questi investimenti, l'impresa abbia perseguito il suo oggetto sociale³⁴.
- b) L'art. 67/3 lett. d) LF afferma che non sono soggetti all'azione revocatoria fallimentare gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano attestato. La novità è che l'attestazione deve essere fatta da un professionista indipendente che avrà il compito di verificare l'esattezza dei dati aziendali, la fattibilità del piano e quindi la congruenza dell'operazione che l'impresa sta compiendo³⁵. Il professionista deve avere i requisiti di cui all'art. 2399 cc (requisiti per la nomina a sindaco revisore di società) e non deve avere avuto rapporti professionali o di lavoro negli ultimi cinque anni a favore del debitore o averlo fatto un

³³ Mario Fabiani - op. cit.

³⁴ Antonio Bianchi - op. cit.

³⁵ Antonio Bianchi - op. cit. - Si legge: “*Similmente annotata con positività è la previsione della necessaria verifica da parte dell'attestatore dell'attendibilità dei dati aziendali e della fattibilità del piano, alla luce di un giudizio di natura professionale ispirato ai criteri della diligenza professionale qualificata, della ponderatezza e della non irragionevolezza delle scelte, caratteristiche, queste connaturali all'agire informato degli organi direzionali e di controllo delle società per azioni*”.

suo associato.

c) L'art. 67/3 lett. e) LF afferma che non sono soggetti a revocatoria fallimentare gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, e gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere legalmente dopo il deposito della domanda di concordato preventivo ex art. 161 LF. Sono gli atti di cui all'art. 161/7 LF e cioè gli atti autorizzati dal Tribunale urgente e di straordinaria amministrazione e quelli di ordinaria amministrazione. Di questi abbiamo già parlato.

Con il nuovo art. 69 bis LF, il quale afferma che "nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese" si è voluto sancire il principio della consecuzione delle procedure concorsuali, peraltro già fatto proprio dalla giurisprudenza che peraltro precisava che il dies a quo era quello del decreto di ammissione³⁶.

9. – Conclusioni

La riforma estiva della legge fallimentare contiene altre disposizioni che, per motivi di spazio e di tempo, omettiamo di trattare.

Resta da fare una considerazione finale.

Il Legislatore ha, da oltre un secolo, scommesso sull'istituto del concordato preventivo. Previsto inizialmente come moratoria dal Codice di Commercio del 1885 (poteva essere o anteriore al fallimento e si concludeva con un accordo - art. 827; o posteriore e si risolveva in un accordo amichevole - art. 819), fu introdotto per la prima volta con la Legge 24.5.1903 n. 197 la quale, fu modificata con Legge 17.4.1925 n. 473 e con Legge 10.7.1930 n. 995.

Il RD 16.3.1942 n. 267, ma è la storia di oggi, ha subito varie modifiche nell'ultimo decennio.

Potremmo quindi dire che il Legislatore ha dato all'imprenditore, che voglia risolvere la crisi della propria impresa, questo strumento, sempre rinnovato e adattato ai tempi.

Adesso siamo di fronte all'ennesima modifica. La congiuntura economica offre un formidabile banco di prova. Non resta che attendere gli eventi e vedere le applicazioni pratiche che, di certo, non mancheranno.

³⁶ In questo senso Cass. Sez. I, 17.2.2012 n. 2335 - Red. Giust. Civ. Mass. 2012, 2 la cui massima recita: Anche dopo la riforma della legge fallimentare, nel caso in cui, dopo l'ammissione di una società di persone al concordato preventivo, segua la dichiarazione di fallimento della medesima società e dei soci illimitatamente responsabili, ai sensi dell'art. 147 legge fall., il termine di cui all'art. 67 legge fall. per l'esercizio dell'azione revocatoria dell'atto personale posto in essere dal socio decorre dal decreto di ammissione della società alla prima procedura concorsuale, e non dalla data della sentenza di fallimento del socio, atteso che il carattere meramente consequenziale e dipendente del fallimento del socio rispetto a quello della società comporta che, ai fini della dichiarazione di fallimento, abbia rilevanza unicamente lo stato d'insolvenza della società, indipendentemente dalla sussistenza o meno dello stato d'insolvenza personale del socio, dovendosi escludere un vulnus all'affidamento dei terzi, cui sono noti sin dalla data di apertura della prima procedura i soggetti potenzialmente soggetti al fallimento in esito alla stessa.