



ORDINE
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI
CONTABILI

**CONCORDATO PREVENTIVO:
TEMATICHE DI RILIEVO
OSSERVATORIO SULLE PROCEDURE APERTE NEGLI
ANNI 2015 – 2018 DAL TRIBUNALE DI BRESCIA**



Commissione Consultiva: *Procedure Concorsuali - il Concordato Preventivo*

Coordinatore: *Diego Rivetti*

Delegato del Consiglio: *Giacomo Duoli*

Membri: *Alessandra Baiocchi, Matteo Brangi, Salvatore Capatori, Cesare Frati, Barbara Lazzari, Paolo Lazzaroni, Massimo Lorusso, Stefania Olivari, Marco Passantino, Rosalia Pezzoli, Stefano Pomidossi, Federico Prignacca, Elena Anna Sportelli, Elisa Tassoni, Annarita Zola*

Lavoro coordinato da: *Marco Passantino*

Sommario

PREMESSA	3
LA RELAZIONE GIURATA EX ART. 160 C. 2 L.F.....	4
ART. 160 COMMA 4 L.F.: PAGAMENTO DI ALMENO IL 20% DEI CREDITI CHIROGRAFARI.....	12
OPERAZIONI STRAORDINARIE IN PENDENZA DI CONCORDATO PREVENTIVO	20
PIANI INDUSTRIALI: CAUTELE DA PORRE IN ESSERE.....	32
LEGGE FALLIMENTARE: ART. 163-BIS, LE OFFERTE CONCORRENTI NEL CONCORDATO PREVENTIVO, COME INTRODOTTO DAL D.L. N° 83 DEL 27 GIUGNO 2015.	42
CONCORDATO PREVENTIVO:COMPONENTE LIQUIDATORIA E IN CONTINUITA'	51

PREMESSA

Il presente elaborato intende esaminare alcune delle questioni più dibattute in tema di concordato preventivo, soffermandosi sulle interpretazioni e le prassi maggiormente applicate nei tempi più recenti.

In particolare si è scelto di analizzare - anche attraverso un'indagine statistica inerente alcuni decreti emanati dal nostro Tribunale - le seguenti 5 tematiche di rilievo:

- 1) Il declassamento dei privilegi attraverso la relazione giurata ex art 160 c. 2 LF
- 2) Il pagamento dei creditori chirografari nella misura obbligatoria del 20% alla luce delle modifiche introdotte in tema di concordato liquidatorio
- 3) La possibilità di effettuare operazioni societarie straordinarie in pendenza di concordato preventivo
- 4) Le cautele e i controlli da porre in essere:
 - in presenza di un affittuario d'azienda / promissario acquirente
 - qualora la continuità aziendale (diretta o indiretta) sia oggetto di un *business plan*;
- 5) La disciplina delle offerte concorrenti e gli orientamenti adottati
- 6) La procedure di Concordato preventivo classificate come liquidatorie o come "in continuità"

LA RELAZIONE GIURATA EX ART. 160 C. 2 L.F.

Come noto la LF, nell'ambito dell'assetto normativo inerente la procedura di concordato preventivo, ammette la possibilità - per il debitore che faccia ricorso a tale strumento di composizione giudiziale della crisi aziendale - di prevedere che il Piano concordatario non soddisfi integralmente i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca purché la percentuale di soddisfacimento prevista dal medesimo sia in misura almeno pari a quella realizzabile in caso di liquidazione del bene posto a garanzia.

Presupposto per operare la suddetta falcidia dei crediti privilegiati è la presentazione, unitamente al Piano concordatario, di una relazione giurata redatta da un professionista avente i requisiti previsti dall'art. 67, c. 3, lett. d) l.f. che attesti il rispetto del precedente requisito, ovvero indichi il valore di mercato dei beni e/o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.

La prassi emergente dall'esame dei decreti di ammissione alla procedura concordataria del Tribunale di Brescia degli ultimi anni rivela che il ricorso alla falcidia *ex art. 160 c. 2 l.f.*, è assai ricorrente, sino a costituire quasi una regola con poche eccezioni, come emerge dalla sottostante tabella.

Ragione Sociale	Anno	n.	160 c. 2 per stralcio crediti per IVA da Rivalsa	160 c. 2 per stralcio creditore ipotecario per bene incapiante	Transazione fiscale	Richieste, annotazioni formulate dal Tribunale
Prandipress Srl in liquidazione **	2013	2				
Gruppo Area Tessile Srl in liquidazione	2013	8	x			
Sedilexport Srl in liquidazione	2013	12	x			
General Trading Spa	2013	19				
Fonpresmetal Gap spa	2013	23	x			
Warcom Spa	2013	24	x			
Emmegi Detergents Spa	2014	1				
Senini Spa	2014	6				
Tecnopresse Srl	2014	9				
Display Srl	2014	10	x			
Security Install Srl	2014	15	x			manca relazione 160 c. 2
Agricar Diesel Spa	2014	24	x		x	Transazione Fiscale - utilizzando la 160 c. 2
Agricar Spa	2014	25	x		x	Transazione Fiscale - utilizzando la 160 c. 2
Valentino Srl	2014	38				
Senini Holding Spa	2014	39				
Farmacia Rapuzzi dott. Giuseppe	2015	28	x			manca relazione 160 c. 2
IBB Spa	2015	32	x			
Eredi Bertolini Franco snc di Bertolini Fabio e Paola	2015	36	x			richiesta integrazione alla 160 c. 2
Elle Elle s.r.l.	2015	37				
Carnevali Spa	2016	4	x	x	x	
Eurasia Motor Company Srl	2016	6				
Impianti Senini Spa	2016	7	x	x		
Calzificio Prisco Spa	2016	11	x			
Isva Srl	2017	2	x			
Euromec Srl	2017	5	x	x		
Boglioli spa	2017	6	x	x		
Totale	26		17	4	3	
Incidenza percentuale			65,38%	15,38%	11,54%	

** decreto non disponibile

In particolare si rileva che tale strumento è applicato nel 65,38% dei concordati ammessi al fine di poter effettuare la derubricazione al chirografo del privilegio speciale derivante da IVA di rivalsa.

In misura meno incidente il medesimo strumento è utilizzato per la derubricazione (parziale) al chirografo del privilegio ipotecario in presenza di beni immobili oggetto di ipoteca il cui valore è inferiore al debito residuo garantito (nel 15,38% dei casi analizzati)

Oltre a tale strumento, sempre dalla lettura dei decreti di ammissione analizzati, si rileva il ricorso a strumenti alternativi di derubricazione al chirografo (parziale o totale) di alcuni privilegi: *in primis* la transazione fiscale (in relazione ai crediti fiscali/previdenziali) ex art. 182-ter l.f.

oltre ad accordi individuali “a saldo e stralcio” intervenuti tra il debitore e singoli creditori muniti di prelazione, tra cui, in particolare, i creditori ipotecari.

Entrando nel merito della la falcidia del credito privilegiato per IVA di rivalsa emerge l'orientamento ben preciso del Tribunale di Brescia (non sempre in linea con quanto avviene presso altri Tribunali, anche di un certo rilievo) che impone, per consentire il degrado del credito in questione, l'obbligatorietà della relazione *ex art. 160 c. 2 L.F.* e che la stessa debba essere redatta con specifico riferimento ai beni su cui il privilegio può astrattamente essere esercitato, non anche attraverso metodi che indulgono a trattare tale tipologia di prelazione come privilegio generale e non speciale.

In prospettiva si può inoltre osservare che la riforma generale delle procedure concorsuali attualmente *in itinere* non sembra apportare novità di rilievo in ordine alla norma oggetto della presente disamina: unica (apparente) novità è l'esplicitazione che pare delinarsi del concetto di ricavato al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte delle spese generali. Di novità effettiva è forse eccessivo parlare, ma è apprezzabile che il concetto sia espresso *apertis verbis*, dipanando qualsiasi dubbio interpretativo sulla imputabilità al ricavato teorico delle spese di diretta imputazione e delle spese generali pro-quota.

Analisi puntuale dei singoli decreti

Prandipress Srl in liquidazione	2013	2
--	-------------	----------

Manca decreto.

Gruppo Area Tessile Srl in liquidazione	2013	8
--	-------------	----------

Crediti IVA da rivalsa

Nulla da segnalare

Sedilexport Srl in liquidazione	2013	12
--	-------------	-----------

Crediti IVA da rivalsa

Nulla da segnalare

General Trading Spa	2013	19
----------------------------	-------------	-----------

Nulla da segnalare

Fonpresmetal Gap spa	2013	23
-----------------------------	-------------	-----------

Crediti IVA da rivalsa

Nulla da segnalare

Warcom Spa	2013	24
-------------------	-------------	-----------

Crediti IVA da rivalsa

Nulla da segnalare

Emmegi Detergents Spa	2014	1
------------------------------	-------------	----------

Nulla da segnalare

Senini Spa	2014	6
-------------------	-------------	----------

Nulla da segnalare

Tecnopresse Srl	2014	9
------------------------	-------------	----------

Nulla da segnalare

Display Srl	2014	10
--------------------	-------------	-----------

Crediti IVA da rivalsa

Nulla da segnalare

Security Install Srl	2014	15
-----------------------------	-------------	-----------

Crediti IVA da rivalsa degradati ma senza attestazione ex art. 160 c. 2

Agricar Diesel Spa	2014	24
---------------------------	-------------	-----------

Crediti IVA da rivalsa

Da segnalare la “falcidia” operata attraverso la ventilata proposizione di transazione fiscale ex 182 ter LF, che il Tribunale reputa *“ricalcare un po’ impropriamente – quanto al “degrado” parziale dei crediti per sanzioni ed interessi – lo schema di cui all’art. 160 c. 2 LF, norma inapplicabile in*

radice volta che il debitore concordatario scelga lo strumento della transazione.”

Agricar Spa	2014	25
--------------------	-------------	-----------

Come Agricar Diesel

Valentino Srl	2014	38
----------------------	-------------	-----------

Nulla da segnalare

Senini Holding Spa	2014	39
---------------------------	-------------	-----------

Nulla da segnalare

Farmacia Rapuzzi dott. Giuseppe	2015	28
--	-------------	-----------

Crediti IVA da rivalsa degradati ma senza attestazione ex art. 160 c. 2
(che il tribunale impone di produrre, integrando la proposta)

IBB Spa	2015	32
----------------	-------------	-----------

Crediti IVA da rivalsa

Nulla da segnalare

Eredi Bertolini Franco snc di Bertolini Fabio e Paola	2015	36
--	-------------	-----------

Crediti IVA da rivalsa (attestazione integrata in base a indicazioni del Tribunale)

Nulla da segnalare

Elle Elle s.r.l.	2015	37
-------------------------	-------------	-----------

Nulla da segnalare

Carnevali Spa	2016	4
----------------------	-------------	----------

Crediti IVA da rivalsa

Da segnalare: proposta pagamento a stralcio del creditore ipotecario (senza rel. 160 c. 2 LF ma in base a proposta del debitore sottoposta ad accettazione della banca) e falcidia crediti fiscali/previdenziali con transazione fiscale

Eurasia Motor Company Srl	2016	6
----------------------------------	-------------	----------

Nulla da segnalare

Impianti Senini Spa	2016	7
----------------------------	-------------	----------

Crediti IVA da rivalsa e ipotecari su immobili

Calzificio Prisco Spa	2016	11
------------------------------	-------------	-----------

Crediti IVA da rivalsa

Nulla da segnalare

Isva Srl	2017	2
-----------------	-------------	----------

Crediti IVA da rivalsa

Nulla da segnalare

Euromec Srl	2017	5
--------------------	-------------	----------

Crediti IVA da rivalsa e ipotecari su immobili

Boglioli spa	2017	6
---------------------	-------------	----------

Crediti IVA da rivalsa e ipotecari su immobili

Rilievo su attestazione IVA: va utilizzata metodologia coerente al
degrado di privilegi speciali e non generali.

Altri concordati preventivi (liquidatori)

- Emmerre (29/15) produce una (sola?) attestazione di degradazione di tutti i privilegiati (anche generali mobiliari?) eccettuati 2751 bis n. 2, 2753, 2754 e di IVA (debito ante?) e ritenute fiscali operate e non versate.
- Casamia (1/16) produce attestazione di degradazione di crediti ipotecari su immobili in base a relazione che ipotizza un valore di realizzo immobili inferiore a quello indicato nel piano (espresso accoglimento della creditrice ipotecaria)
- Miber (10/16) oltre al solito degrado IVA, produce relazione per degrado credito locatore;

ART. 160 COMMA 4 L.F.:

PAGAMENTO DI ALMENO IL 20% DEI CREDITI CHIROGRAFARI

Il DL 83/2015, in modifica dell'art. 160 LF, ha previsto che la proposta di concordato assicuri il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari (*"in ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dei crediti chirografari"*) precisando che la norma non si applica nei concordati in continuità.

Diverse interpretazioni

- "Assicurare" come garantire: il 20% deve essere raggiunto = servono garanzie di terzi;
- "Assicurare" come prevedere: il 20% può raggiungersi = piano fattibile con regole probabilistiche;
- "Assicurare" come rendere certo: il 20% può raggiungersi = piano fattibile supportato da elementi certi (offerte ex art. 1329 c.c., garanzie di terzi,);
- "Assicurare" come obbligo di pagamento: il 20% deve essere pagato = il proponente si obbliga al pagamento della percentuale

Soluzione interpretativa

Art. 161 comma 2 lett. d) L.F. – *“la proposta deve indicare l’utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore”*.

Conseguenze:

Art. 160 co. 4 L.F. = condizione di ammissibilità della proposta.

Al Tribunale quindi:

- compete la fattibilità giuridica:
 - valutazione dell’idoneità del piano ad assicurare il pagamento del ceto chirografario nella percentuale minima di legge e l’adempimento della proposta di concordato;
 - controllo di legittimità, cioè la verifica della realizzabilità della causa concreta del concordato (superamento dello stato di crisi - nel caso della continuità - e la soddisfazione dei creditori).
- è preclusa la fattibilità economica: cioè la valutazione in ordine alla concreta attuabilità del piano, alla realizzabilità economica ed alla correttezza delle stime e delle valutazioni in genere e delle previsioni contenute nel piano ed avvalorate dall’attestatore. Pertanto, ove ad un esame intrinseco la relazione dell’attestatore appare logica, non lacunosa e non contraddittoria, le stime circa la realizzabilità del piano che contengono margini di opinabilità non possono che essere affidate all’apprezzamento dei creditori che dovrebbero avere la competenza e la legittimazione per valutare le prospettive e solo sui creditori grava il rischio e la responsabilità visto che soltanto a loro compete il potere di chiedere la risoluzione del concordato.

Orientamenti giurisprudenziali

Tribunale di Vicenza (ordinanza n. 3180/2018 del 5 aprile 2018)

“il termine assicurare non possa che intendersi come certezza che quel risultato minimo verrà raggiunto, non già tuttavia in termini di certezza oggettiva (che non potrebbe conseguirsi se non quando tutte le voci di cui si compone l’attivo fallimentare siano garantite, cauzionate o assistite da offerte irrevocabili) bensì nel senso della certezza processuale, da declinarsi secondo la regola B.A.R.D., consacrata nell’art. 533 cpp, al di là di ogni ragionevole dubbio e quindi in termini di implausibilità dell’ipotesi alternativa (ossia che quella soglia non venga raggiunta)”. Si rimanda alla regola B.A.R.D. (Beyond Any Reasonable Doubt) contenuta nell’art. 533 cpp (“il giudice pronuncia sentenza di condanna se l’imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio”). Non si può sottacere che, per quanto il Tribunale abbia tentato di tener fermo l’argine della non ingerenza nell’ambito della valutazione economica della fattibilità, l’introduzione della regola B.A.R.D., inevitabilmente fa rientrare dalla finestra ciò che si era lasciato fuori dalla porta.

Corte di Appello di Genova (Sentenza n. 111/2018 del 23 novembre 2018)

Ha sostenuto che il Tribunale avesse errato nel ritenere che il debitore, nel concordato preventivo con *cessio bonorum*, debba “garantire” il soddisfacimento dei creditori nella misura del 20%, dovendosi

interpretare l'art. 160, quarto comma, LF nel senso che la proposta debba assicurare, secondo un criterio di ragionevolezza, tale soddisfacimento sulla base di una attestazione dalla quale emerga, in modo attendibile, la corrispondenza tra quanto realizzabile dalla liquidazione dell'attivo e tale valore nel caso di specie l'esistenza del requisito mergerebbe sia dalla attestazione sia dalla relazione dell'ausiliario designato dal Tribunale. Sostiene inoltre che il primo giudice avesse indebitamente esteso il proprio sindacato alla fattibilità economica della soluzione concordataria, che invece compete ai creditori al momento dell'espressione del votoRitiene che la disposizione (art. 160 5 comma LF) abbia introdotto un ulteriore Requisito di ammissibilità del concordato per cessione dei beni, innovando rispetto ad una disciplina che non prevedeva il diritto dei creditori chirografari ad un soddisfacimento minimo, senza tuttavia introdurre modifiche nei criteri di valutazione della congruità della proposta e nella fattibilità del piano e senza alterare i criteri di distinzione, nell'ambito di tale valutazione, tra il giudizio di ammissibilità di competenza del Tribunale e il giudizio di convenienza economica riservato ai creditori. In altre parole, il dubbio espresso da una parte della giurisprudenza, circa la possibilità che la novella abbia assegnato al Tribunale un più pregnante sindacato sulla realizzabilità economica della proposta deve essere risolto negativamente. Secondo un indirizzo di legittimità consolidato, ribadito anche recentemente "In tema di concordato preventivo, mentre il sindacato del giudice relativo alla fattibilità giuridica, intesa come verifica della non incompatibilità

dello stesso con norme inderogabili, non incontra particolari limiti, il controllo sulla fattibilità economica quale realizzabilità in concreto del piano proposto dal debitore, può essere svolto solo nei limiti della verifica della sussistenza o meno di una manifesta sua inettitudine a raggiungere gli obiettivi fissati (Cassazione 01/03/18 n. 4790).

Ritiene la Corte che la possibilità che la vendita degli immobili, a causa dei possibili esiti della procedura competitiva, non dia i risultati sperati, costituisca una questione che esula dal sindacato di ammissibilità riservato al Tribunale Ogni giudizio sulla possibilità in concreto di realizzare il prezzo ritenuto in astratto congruo attiene alla mera fattibilità economica del piano e alla sua convenienza, ed è quindi riservato ai creditori in sede di voto.

Tribunale di Mantova, 02 marzo 2017 – Pres. L. Alfani, Est. L. De Simone.

È carente del presupposto dell'assicurazione di pagamento richiesta dall'ultimo comma dell'art. 160 L.F. la proposta di concordato che subordina il proprio esito positivo al fatto di un terzo, senza che quest'ultimo abbia assunto un'obbligazione di pagamento nei confronti della società in concordato documentata in modo idoneo da consentire al liquidatore, qualora necessario, di agire in via esecutiva per l'adempimento dell'obbligazione che si asserisce sussistere

Tribunale di Treviso, 29 luglio 2016. Presidente Fabbro. Relatore Caterina Passarelli.

L'articolo 160, ultimo comma, legge fall., nella parte in cui prevede che la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari, implica l'assunzione di un impegno obbligatorio da parte del proponente il quale non può limitarsi a formulare una proposta semplicemente descrittiva o ipotetica in ordine al probabile ricavato dalla liquidazione.

Tribunale di Milano, 7 aprile 2016. Presidente Alida Paluchowski.
Relatore Francesca Mammone.

Il termine "pagamento" contenuto nel quarto comma dell'articolo 160 legge fall., introdotto dal d.L. 83/2015, deve essere interpretato nel senso che il debitore si deve obbligare al pagamento monetario dell'importo del 20% del complessivo ammontare dei crediti chirografari, non essendo consentita la loro soddisfazione in altro modo se non per quanto riguarda la eventuale eccedenza rispetto a detta percentuale che il debitore libero di offrire. Depone in favore di questa interpretazione il chiaro e per nulla ambiguo tenore letterale della disposizione, giacché il termine "pagamento" ha un suo significato tecnico preciso, in alcun modo equivalente al concetto di "soddisfacimento" e che riconduce senza incertezze al denaro il quale, ai sensi dell'articolo 1277 c.c., costituisce lo strumento normale di adempimento delle obbligazioni pecuniarie.

Tribunale di Brescia

Nei provvedimenti di ammissione del Tribunale di Brescia, relativamente al tema in oggetto, in linea generale ci si limita ad affermare che, letta la relazione con cui l'attestatore ha verificato la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, la proposta ed il piano alla base della stessa si ritengono idonei a determinare la fondata opinione, intesa come elevata probabilità che la liquidazione dei beni consentirà il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari. Sembra quindi che il Tribunale di Brescia sia orientato a sposare la tesi della fattibilità giuridica del concordato e non entrare nel merito della fattibilità economica (conformemente alla sentenza della Cassazione n. 1521/2003) ma soprattutto a non chiedere obblighi del proponente per rendere certo il pagamento o garanzie di terzi. L'orientamento di legittimità che pare consolidarsi limita quindi il perimetro di sindacabilità della fattibilità economica all'esclusione di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi, affinché all'esame dei creditori siano sottoposte solo proposte plausibili e alternative reali al concorso fallimentare.

È evidente che la consistenza del giudizio di fattibilità espresso dall'attestatore è sia in fase di ammissione che lungo l'intero percorso cruciale. Nel metodo, la conclusione dell'esperto non può poggiare acriticamente su valori peritali. Egli deve criticamente esaminare i presupposti valutativi del piano, anche sulla base di operazioni analoghe che possano costituire un valido riferimento, e trarre con granitico percorso logico le proprie conclusioni.

OPERAZIONI STRAORDINARIE IN PENDENZA DI CONCORDATO PREVENTIVO

Di seguito si è provveduto a raccogliere alcune delle massime più interessanti emanate dal Consiglio Notarile dei distretti riuniti di Firenze Pistoia e Prato. In particolare, le massime forniscono indicazioni in merito:

- alle delibere degli organi sociali propedeutiche al concordato preventivo;
- alla possibilità di effettuare operazioni straordinarie in pendenza di concordato preventivo.

Nel titolo del paragrafo viene riportata la tematica esaminata, mentre nel paragrafo stesso vengono riportate le indicazioni fornite dal Consiglio Notarile.

Delibera che approva la domanda di concordato “con riserva” ex art. 161, comma 6, 1. fall. ed intervento notarile

La verbalizzazione Notarile, prevista dal comma 4 dell’art. 161 l. fall., della dichiarazione dell’organo societario competente a deliberare la presentazione di un domanda di concordato “in bianco” o “con riserva” ai sensi del comma 6 dell’art. 161 l. fall. deve intendersi riferita alla sola domanda e non (anche) alla proposta, non necessitando quest’ultima di autonoma ed ulteriore verbalizzazione ai sensi del comma 3 dell’art. 152 l. fall..

Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto

La causa di scioglimento della s.p.a. e della s.r.l. di cui all'art. 2484, n. 4, c.c. non opera allorché, in presenza di perdite che riducano il patrimonio netto al di sotto del limite minimo legale:

a) gli amministratori presentino, anche prima della riunione dell'assemblea la cui convocazione è comunque dovuta senza indugio ai sensi degli artt. 2446 e 2447 c.c. (se si tratti di s.p.a.) e degli artt. 2482-bis e 2482-ter c.c. (se si tratti di s.r.l.), una domanda di concordato preventivo, una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, o una proposta di accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-bis, comma 6;

b) gli amministratori convochino senza indugio l'assemblea ai sensi degli artt. 2446 e 2447 c.c. (se si tratti di s.p.a.) e degli artt. 2482-bis e 2482-ter c.c. (se si tratti di s.r.l.), e qualora questa non adotti uno dei provvedimenti rispettivamente previsti dagli artt. 2447 e 2482-ter, presentino una domanda di concordato preventivo, una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o una proposta di accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-bis comma sesto;

c) trascorso senza esito il termine di sottoscrizione dell'aumento di capitale deliberato ai sensi, rispettivamente, degli artt. 2447 e 2482-ter, gli amministratori presentino una domanda di concordato preventivo, una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o una proposta di accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-bis, comma

6.

Qualora lo statuto richieda per la presentazione della domanda di concordato preventivo la previa deliberazione dell'assemblea ai sensi dell'art. 152, comma 2, l. fall., tale deliberazione non può essere adottata dall'assemblea genericamente convocata per l'adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 2447 e 2482-ter, né può essere adottata, se non è oggetto di un apposito punto all'ordine del giorno, dall'assemblea che deliberi l'aumento di capitale ai sensi, rispettivamente, degli artt. 2447 e 2482 ter, per l'ipotesi che il termine di sottoscrizione decorra senza esito.

Con l'omologazione del concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis, comma 4, l. fall., riprendono pieno vigore gli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. (se si tratti di s.p.a.) e degli artt. 2482 bis e 2482-ter c.c. (se si tratti di s.r.l.). Ne consegue che gli amministratori devono a quella data, anche alla luce della ristrutturazione finanziaria prodotta dal concordato o dall'accordo di ristrutturazione dei debiti, accertare l'eventuale sussistenza di perdite rilevanti ai sensi di detti articoli e adottare i provvedimenti conseguenti a tale accertamento.

Crisi d'impresa, concordato preventivo ed incrementi del patrimonio netto

È sempre possibile aumentare a pagamento il capitale sociale di una società sottoposta a concordato preventivo, indipendentemente dalla fase della

procedura nella quale essa si trovi. Tale operazione, per le sue intrinseche caratteristiche, non richiede alcuna autorizzazione giudiziale e in nessun caso pone problemi di compatibilità con la procedura.

La disciplina del diritto di opzione in sede di aumento del capitale sociale non assume connotati particolari in virtù della pendenza della procedura e quindi la sua compressione/esclusione riceve soluzioni analoghe a quelle fornite con riferimento agli artt. 2446/7 e 2482-bis e ter c.c..

Anche gli incrementi del patrimonio netto - senza intervenire sul capitale - sono sempre possibili, indipendentemente dalla fase della procedura, e non richiedono alcuna autorizzazione giudiziale; ove gli apporti siano sottoposti a condizione risolutiva (ad esempio, si tratti di versamenti in conto futuro aumento di capitale collegati al buon esito della procedura di concordato) e chi li effettua voglia garantirsi il diritto ad una restituzione in prededuzione, si applicherà quanto prescritto dall'art. 182-quinquies, commi 1, 2 e 3, l. fall..

Procedure concorsuali e spese delle operazioni straordinarie

Il costo delle operazioni societarie straordinarie in pendenza di una procedura, ove non sia sostenuto da terzi diversi dalla società stessa, può essere fatto gravare sul patrimonio sociale solo nel rispetto delle regole della procedura in relazione alla fase in cui essa si trova.

Concordato preventivo e trasformazione di società

È legittima la trasformazione di società in concordato preventivo, nei limiti di compatibilità con le finalità e lo stato della procedura sanciti dall'art. 2499 c.c.

Il giudizio di compatibilità è rimesso in via esclusiva agli organi della procedura. Pertanto la delibera di trasformazione:

– se assunta dopo il deposito della domanda di concordato (anche “in bianco”) e prima del decreto di ammissione al concordato, deve essere autorizzata dal tribunale ai sensi dell'art. 161, comma 7, l. fall.;

– se assunta dopo il decreto di ammissione al concordato e prima del decreto di omologazione della proposta di concordato, deve essere autorizzata dal giudice delegato ai sensi dell'art. 167, comma 2, l. fall.

Qualora la delibera di trasformazione sia assunta dopo il decreto di omologazione del concordato, essa non necessita di alcuna autorizzazione ai fini dell'art. 2499 c.c., non essendovi alcuna procedura concorsuale in corso ma solo l'obbligo di adempiere alla proposta concordataria omologata, su cui vigilano gli organi della procedura ai sensi dell'art. 185 l. fall.

La trasformazione regressiva di s.p.a. in s.r.l. deliberata, sia dopo la presentazione delle domanda di ammissione al concordato, sia successivamente alla pronuncia da parte del tribunale del decreto di ammissione, è legittima anche laddove la società abbia perduto integralmente il capitale sociale e non intende ricostituirlo, non ritenendosi applicabili alle società di capitali in stato di liquidazione gli artt 2446 e 2447 c.c. e sterilizzando l'art. 182-sexies gli effetti delle perdite solo ai fini degli obblighi di ricapitalizzazione.

In caso di esercizio del diritto di recesso da parte dei soci non consenzienti alla delibera di trasformazione: i) il valore della partecipazione è determinato in conformità agli artt. 2437-bis (per le s.p.a.) e 2473 (per le s.r.l.) alla data del recesso e dunque tiene conto del presumibile eccesso di debiti rispetto all'attivo non potendosi giovare della eventuale e futura falcidia concordataria; ii) anche qualora il valore così determinato nell'ambito del procedimento di liquidazione dagli amministratori fosse positivo e, ex artt. 2437-bis e 2473 c.c., non si addivenga all'acquisto da parte di altro socio o di un terzo, non è comunque possibile procedere al rimborso della partecipazione se non dopo l'omologazione del concordato e comunque nel rispetto della disciplina societaria ordinaria.

Fusione e concordato preventivo

È legittima la fusione di società in funzione o in esecuzione di un concordato preventivo, come desumibile dalle disposizioni degli artt. 2501 c.c. e 160 e 186-bis l. fall.

Gli effetti giuridici della fusione - sul piano societario ed organizzativo - derivano unicamente dalla stipula e successiva iscrizione dell'atto di fusione. Pertanto, anche se la società ha depositato una domanda di concordato preventivo:

a) non necessita di alcuna autorizzazione degli organi della procedura l'approvazione e il deposito del progetto di fusione da parte dell'organo amministrativo;

b) non necessita di alcuna autorizzazione degli organi della procedura la deliberazione che approva il progetto di fusione, condizionando la eseguibilità dell'atto di fusione all'intervenuta omologazione del concordato nel cui piano essa sia prevista.

Non richiede alcuna autorizzazione giudiziale, né la partecipazione del commissario giudiziale (o di altro soggetto cui venga affidata l'esecuzione del concordato), la stipulazione dell'atto di fusione di una società per la quale è stato omologato un concordato preventivo. Peraltro, in tal caso:

a) resta fermo il dovere di vigilanza ex art. 185 l. fall. del commissario giudiziale sull'esecuzione del concordato, che, qualora la fusione sia prevista dal piano di concordato, investirà la conformità della stessa alle previsioni del concordato approvato e omologato;

b) sono salve le diverse disposizioni o autorizzazioni eventualmente previste dal decreto di omologazione del concordato.

Non richiede alcuna autorizzazione giudiziale la deliberazione che approva il progetto di fusione senza condizionarlo all'omologazione del concordato, ma la stipulazione del relativo atto prima dell'omologazione deve essere autorizzata dal tribunale ex art. 161, comma 7, l. fall. o dal giudice delegato ex art. 167 l. fall., a seconda che la stipulazione medesima avvenga prima o dopo l'ammissione della società alla procedura.

Concordato preventivo e scissione di società

È legittima la scissione di società in funzione o in esecuzione di un concordato preventivo, come desumibile dalle disposizioni degli artt. 2506 c.c. e 160 e 186-bis l. fall.

Gli effetti giuridici della scissione - sul piano societario ed organizzativo - derivano unicamente dalla stipula e successiva iscrizione dell'atto di scissione. Pertanto, anche se la società ha depositato una domanda di concordato preventivo:

a) non necessita di alcuna autorizzazione degli organi della procedura l'approvazione e il deposito del progetto di scissione da parte dell'organo amministrativo;

b) non necessita di alcuna autorizzazione degli organi della procedura la deliberazione che approva il progetto di scissione, condizionando la eseguibilità dell'atto di scissione all'intervenuta omologazione del concordato nel cui piano essa sia prevista.

Non richiede alcuna autorizzazione giudiziale, né la partecipazione del commissario giudiziale (o di altro soggetto cui venga affidata l'esecuzione del concordato), la stipulazione dell'atto di scissione di una società per la quale è stato omologato un concordato preventivo. Peraltro, in tal caso:

a) resta fermo il dovere di vigilanza ex art. 185 l. fall. del commissario giudiziale sull'esecuzione del concordato, che, qualora la scissione sia prevista dal piano di concordato, investirà la conformità della stessa alle previsioni del concordato approvato e omologato;

b) sono salve le diverse disposizioni o autorizzazioni eventualmente previste dal decreto di omologazione del concordato.

Non richiede alcuna autorizzazione giudiziale la deliberazione che approva il progetto di scissione senza condizionarlo all'omologazione del concordato, ma la stipulazione del relativo atto prima dell'omologazione deve essere autorizzata dal tribunale ex art. 161, comma 7, l. fall. o dal giudice delegato ex art. 167 l. fall., a seconda che la stipulazione medesima avvenga prima o dopo l'ammissione della società alla procedura.

Crisi d'impresa e cause di scioglimento - artt. 2484, n. 4) e n. 6), c.c. - della società in concordato preventivo

Non operando, ai sensi dell'art. 182-sexies c.c., la causa di scioglimento prevista nell'art. 2484, n. 4, c.c. (vedi Orientamento 31/2013), l'apertura della fase di liquidazione di una società che ha presentato una domanda di concordato preventivo - o di omologazione di un accordo di ristrutturazione o una proposta di accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-bis comma sesto l. fall. - e che versa in una situazione di cui agli artt. 2447 o 2482-ter c.c., presuppone lo scioglimento volontario per deliberazione dei soci ai sensi dell'art. 2484, n. 6), c.c., e non può essere assunta se l'assemblea è convocata per la sola adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 2447 o 2482-ter c.c., trattandosi in tal caso di materia non prevista nell'ordine del giorno.

La deliberazione ai sensi dell'art. 2484, n. 6), c.c. non necessita di per sé di alcuna autorizzazione giudiziale, trattandosi di scelta organizzativa,

salvo valutarne la compatibilità con la procedura ed i possibili riflessi su di essa, anche sotto il profilo dei costi (vedi Orientamento 33/2013).

La causa di scioglimento della società prevista nell'art. 2484, n. 4), c.c. opera nuovamente a seguito dell'omologazione del concordato preventivo (o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti), con integrale vigenza degli obblighi per gli amministratori di accertare l'eventuale sussistenza di perdite rilevanti, anche alla luce della ristrutturazione finanziaria prodotta dal concordato o dall'accordo di ristrutturazione dei debiti, e di adottare i provvedimenti conseguenti ai sensi degli artt. 2446 e 2447 o 2482-bis e 2482-ter c.c. (vedi Orientamento 31/2013) dopo la sospensione concessa nell'art. 182-sexies l. fall. a seguito dell'ingresso nella procedura.

Fusione e scissione di società in concordato preventivo con liquidazione

Sono di competenza esclusiva dell'organo amministrativo, con il controllo del commissario giudiziale, gli atti del procedimento di scissione (o di fusione) che sia esecutiva di un concordato preventivo omologato con liquidazione dell'attivo, anche qualora sia nominato un liquidatore giudiziale del patrimonio sociale.

Scissione di società cooperativa in concordato preventivo

In caso di scissione di società cooperativa a favore di società del tipo previsto dal Titolo V, capi II, III, IV, V, VI e VII, o a favore di consorzio o di società consortile, in esecuzione di un piano concordatario, la relazione giurata dell'esperto attestante il valore effettivo del patrimonio da devolvere ai sensi dell'art. 2545 undecies c.c. può essere richiesta solo al momento in cui si avvia il procedimento di scissione, e quindi anche successivamente all'omologazione del concordato.

In tal caso il piano dovrà comunque recare indicazione del valore stimato dell'eventuale debito da devoluzione, oggetto di verifica da parte dell'attestatore.

Aumento di capitale nel concordato preventivo a seguito del d.l. n. 83/2015

In caso di proposta di concordato preventivo presentata dai creditori, qualora il patrimonio netto risulti perduto, l'aumento di capitale con esclusione del diritto d'opzione previsto dalla medesima proposta può essere preceduto da un azzeramento del capitale sociale.

Anche la proposta di concordato presentata dalla società debitrice può prevedere un aumento di capitale con esclusione del diritto d'opzione a favore dei creditori o di terzi non soci (eventualmente preceduto da un azzeramento del capitale sociale qualora il patrimonio netto risulti perduto).

Qualora la proposta di concordato presentata dalla società debitrice preveda un aumento di capitale, con o senza esclusione del diritto

d'opzione, a seguito dell'omologazione l'aumento, in caso di sua mancata approvazione da parte dell'assemblea, può essere attuato senza il voto dei soci, ai sensi dell'art. 185 comma 6 l. fall.

Concordato preventivo ed assemblea di aumento di capitale ai sensi dell'art. 185, comma 6, 1. fall..

Quando la società non esegue o ritarda l'esecuzione del piano concordatario che prevede un aumento di capitale e delibere strumentali, connesse ed ulteriori, all'assemblea ex art. 185, comma 6, l. fall., interviene l'amministratore giudiziario:

in sostituzione del solo organo amministrativo, qualora non vi sia stata una previa convocazione dei soci per l'adozione della deliberazione prevista dalla proposta di concordato omologato;

in sostituzione anche degli aventi diritto al voto, qualora vi sia stata, ad opera dell'organo amministrativo della società o dello stesso amministratore giudiziario, una previa convocazione dell'assemblea per l'adozione della deliberazione prevista dalla proposta di concordato omologato e l'assemblea non abbia deliberato in senso conforme a quanto previsto dalla suddetta proposta.

In tal caso il Notaio non può richiedere l'iscrizione nel Registro delle Imprese delle deliberazioni non conformi a quanto stabilito nella proposta di concordato omologata.

PIANI INDUSTRIALI: CAUTELE DA PORRE IN ESSERE

Sovente accade che la buona riuscita di un piano concordatario dipenda principalmente da un soggetto terzo, ovvero l'affittuario/promissario acquirente d'azienda.

Ciò premesso, è stata predisposta la seguente *checklist* allo scopo di esser d'ausilio qualora si ponga il problema di verificare la solvibilità e la diligenza di tale soggetto.

CONTROLLI GENERALI DA EFFETTUARE SULL'EVENTUALE AFFITTUARIO / PROMISSARIO ACQUIRENTE DEL RAMO D'AZIENDA

Controllo solvibilità affittuario tramite:

- visure
- bilanci

sia della società affittuaria che degli eventuali soci costituiti informa di società di capitali

Controllo regolare versamento canoni da stipula fino a data odierna

Controllo contratto affitto d'azienda, soprattutto in merito a:

- corrispettivi pattuiti
- accollo oneri personale dipendente

Controllo offerta irrevocabile d'acquisto, e relative cauzioni/garanzie prestate

Controllo andamento della società affittuaria, tramite analisi di situazione contabile aggiornata

Controllo saldi a debito maturati da affittuaria verso società concedente, e rispetto tempistiche di pagamento contrattuale da parte di affittuaria

Controllo (sull' affittuaria) di:

- Certificato dei carichi fiscali pendenti, onde accertare assenza di debiti erariali (o contributivi) scaduti;
- Visure camerali storiche dei soci persone fisiche, onde escludere criticità;
- Visure personali dei soci inerenti eventuali protesti, onde accertare l'assenza degli stessi.

Controllo esperienza sul campo dei titolari dell'affittuaria

Controllo rilascio fidejussioni da affittuaria, qualora previste dai contratti

Controllo stipula - da parte di affittuaria - di eventuali polizze assicurative previste da contratti di affitto d'azienda

Può inoltre accadere che la continuità aziendale sia prospettata attraverso un *business plan* (redatto rispettivamente dal debitore o dall'affittuario d'azienda, a seconda che si tratti di continuità diretta o indiretta) e che dunque tale documento debba essere oggetto di attento esame.

CONTROLLI SPECIFICI DA EFFETTUARE IN PRESENZA DI UN *BUSINESS PLAN*

Di seguito vengono analizzate le caratteristiche che un buon *business plan* deve possedere, e le conseguenti procedure logiche che devono essere alla base di un ragionevole controllo sul *business plan* stesso.

Come prima accennato, il controllo potrà essere condotto sia sulla società debitrice (nel caso della continuità diretta) oppure sull'eventuale soggetto affittuario / promissario acquirente del ramo d'azienda (nel caso della continuità indiretta).

Prima caratteristica: convenienza economica

Per essere economicamente conveniente, il *business plan* deve fare sì che negli anni assumano valore positivo alcuni basilari indici:

- EBITDA (che misura la capacità di autofinanziamento dell'azienda)
- EBIT (che misura la capacità dell'azienda di generare reddito attraverso la propria attività caratteristica)
- ROCE (che misura la capacità dell'azienda di generare redditività adeguata alle esigenze di remunerazione dei finanziatori)
- ROE (che misura il rendimento annuo per gli azionisti)

E' opportuno dunque che questi indici siano calcolati per ogni anno previsto dal *business plan*, al fine di verificarne l'evoluzione.

Seconda caratteristica: sostenibilità finanziaria

Il *business plan* dev'essere finanziariamente sostenibile, cioè:

- l'azienda dovrà generare flussi di cassa sufficienti a garantire senza problemi il regolare rimborso del debito. Quest'aspetto è particolarmente tenuto in considerazione dalle banche quando valutano il *business plan*. Per capire se questo requisito è soddisfatto, è opportuno calcolare il DSCR (*debt service coverage ratio*), che si ottiene rapportando il *cash flow* (che misura i flussi di cassa generati dall'azienda) alla somma degli oneri finanziari e della quota capitale del debito;
- l'azienda dovrà – qualora il *business plan* preveda utilizzo di credito bancario – essere in grado di sopportare questo indebitamento. Quest'aspetto si valuta confrontando l'EBITDA con la PFN (posizione finanziaria netta, cioè somma di tutti i debiti finanziari al netto delle disponibilità di cassa e delle attività prontamente liquidabili). In una situazione di equilibrio, la PFN dev'essere 3 (max 4) volte superiore all' EBITDA. Non di più!

Terza caratteristica: coerenza

Il *business plan* dev'essere coerente, cioè:

- i numeri non devono essere disallineati rispetto agli obiettivi strategici esposti.

Esempio 1: il *business plan* prevede un potenziamento delle attività promozionali e pubblicitarie, ma non mostra nei numeri un aumento delle spese di *marketing*.

Esempio 2: si prevedono innovazioni sui prodotti e sui servizi offerti, ma non risultano stanziare adeguate spese in ricerca e sviluppo;

Esempio 3: si prevedono interventi sul magazzino per aumentarne la bassa rotazione, ma i costi per approvvigionamenti non subiscono diminuzioni;

Esempio 4: si prevedono interventi di rinegoziazione o dilazione dei debiti bancari, ma gli oneri finanziari restano uguali nel tempo.

- i numeri non devono essere palesemente irrealizzabili in rapporto alle risorse dell'azienda e alla tempistica.

Esempio 1: il *business plan* prevede un raddoppio della capacità produttiva senza mostrare nuove assunzioni di personale o nuovi investimenti in macchinari.

Esempio 2: il *business plan* prevede l'apertura di uno grosso stabilimento in un paese estero in tempi molto brevi, mentre in realtà i dati storici mostrano come l'apertura di nuove sedi in quel paese necessiti di tempistiche molto maggiori.

Esempio 3: l'azienda prevede di acquisire certe competenze tecniche (per realizzare nuovi prodotti) in tempi brevi, quando in realtà l'acquisizione di quelle competenze richiede tempi più lunghi.

Inoltre è opportuno che il valutatore del *business plan* esamini lo storico, cioè precedenti budget elaborati dall'azienda. Se emerge che tali *budgets* non sono assolutamente poi stati rispettati a consuntivo, questo deve indurre il valutatore a fare controlli più approfonditi sul *business plan* poiché vuol dire che l'azienda non è in grado di elaborare previsioni attendibili.

Quarta caratteristica: attendibilità

Un *business plan* dev'essere attendibile (a volte si assiste a *business plan* “campati per aria” ...)

Infatti l'azienda a volte non valuta adeguatamente una serie di variabili o di aree di rischio.

- Esempio 1: l'azienda ha sovrastimato la domanda di mercato, disegnando delle belle rette lineari tendenti verso l'alto che poi puntualmente non trovano riscontro nei fatti. Prima di disegnare grafici, è importante condurre prima concrete indagini di mercato per capire i bisogni dei consumatori;
- Esempio 2: l'azienda ha ipotizzato di accrescere la propria quota di mercato, senza tener conto delle possibili reazioni dei *competitors*;
- Esempio 3: l'azienda ha sottostimato il potere contrattuale di alcuni fornitori (in particolare quelli strategici) o distributori,

ipotizzando margini non attendibili o condizioni non realizzabili (ad esempio dilazioni nei pagamenti, scontistiche o offerte speciali)

Inoltre, l'azienda spesso sembra ignorare completamente i risultati ottenuti in passato, mentre invece un bravo valutatore del *business plan* deve attuare anche un'analisi dello storico, per scovare eventuali errori di valutazione.

- Esempio 1: l'azienda ha previsto tassi di crescita del fatturato molto più alti rispetto a quelli ottenuti negli anni passati;
- Esempio 2: l'azienda ipotizza di inserirsi con successo in un nuovo Paese estero, quando in passato non è mai riuscita ad entrare nel mercato di nessun Paese estero;
- Esempio 3: l'azienda ipotizza una crescita del fatturato più alta rispetto alla crescita della domanda di mercato;
- Esempio 4: l'azienda ipotizza forti razionalizzazioni e miglioramenti di efficienza delle sue strutture, quando in passato non ha mai ottenuto risultati analoghi, o senza aver presentato un convincente progetto di ristrutturazione;

Precisione

Attenzione poi alla vaghezza e genericità del *business plan*. Alcuni piani industriali infatti:

- menzionano operazioni poco chiare (al lettore, e spesso anche all'azienda stessa), e non descrivono ovviamente neppure le possibili conseguenze che potrebbero verificarsi;
- non si preoccupano di fare un'analisi delle aree di rischio che storicamente hanno caratterizzato l'azienda. Ignorano dunque i possibili eventi dipendenti dai rischi a cui l'azienda è maggiormente esposta.

Cause Della Crisi

Un argomento che il controllore del *business plan* deve necessariamente affrontare nella sua trattazione è quello delle cause della crisi.

Dall'analisi di esse si può dunque comprendere:

- quali siano i “punti deboli” dell'azienda;
- come essa abbia intenzione di neutralizzarli nel corso degli anni futuri;
- se le operazioni contemplate nel *business plan* possano dunque ritenersi credibili e ragionevolmente attuabili;

Il controllore del *business plan* dovrà dunque indagare e verificare i suoi profili di discontinuità rispetto alla gestione passata.

Aspetti normativi

Altro consiglio: un buon *business plan* non deve completamente ignorare gli aspetti normativi (attuali e attesi per il futuro) dei Paesi

dove l'azienda intende operare o allargare la propria attività. E' bene che qualche parola in merito sia spesa.

Primo anno

Quando un valutatore si appresta a controllare il *business plan*, dovrà prestare parecchia attenzione all'andamento dei dati relativi alla frazione d'anno già trascorsa: già essi forniscono un indicatore sull'attendibilità degli obiettivi fissati dall'azienda per il primo anno, e sull'implementazione del *business plan*. Il periodo infrannuale già trascorso può fornire importanti informazioni riguardo:

- all'andamento dei dati che stanno emergendo: fatturato, investimenti, etc...
- all'evoluzione della gestione aziendale
- alle strategie già in atto
- all'andamento della situazione competitiva e finanziaria

Analisi di sensitività

Un prudente principio da seguire per il valutatore del *business plan* è quello di ipotizzare scenari alternativi (più pessimistici) rispetto a quelli ipotizzati dall'azienda. Gli scenari alternativi "simulati" devono in particolare riguardare quelle variabili e quelle aree dove l'azienda ha i maggiori rischi.

Esempio "classico": un *business plan* che prevede la cessione di immobili industriali ritenuti non più funzionali all'attività, potrebbe

essere “messo alla prova” ipotizzando che la cessione dia luogo ad introiti meno sostanziosi di quelli preventivati (in tal caso si sta agendo sull’area di rischio degli immobili industriali, come noto fortemente soggetti alla crisi immobiliare).

**LEGGE FALLIMENTARE: ART. 163-BIS, LE OFFERTE
CONCORRENTI NEL CONCORDATO PREVENTIVO, COME
INTRODOTTO DAL D.L. N° 83 DEL 27 GIUGNO 2015.**

**Quadro normativo : offerte concorrenti e offerte chiuse, tra
salvaguardia e competitività**

La norma ha recepito l'orientamento di una parte della giurisprudenza che, integrando una lacuna della Legge Fallimentare, ha stabilito la cogenza di aprire a possibili offerte competitive migliorative nel *quantum* offerte di terzi già recepite nella proposta concordataria ed aventi ad oggetto il trasferimento o l'affitto dell'azienda, di rami o anche il trasferimento di singoli beni.

L'introduzione del nuovo dettato legislativo, si deve inserire in una più ampia politica di accrescimento della competitività e concorrenza volta a favorire lo sviluppo del mercato dei *distressed assets*, ovvero delle "attività in sofferenza". La nuova norma all'art. 163-*bis* l.f. prevede che, quando il ricorso per concordato preventivo comprende un'offerta da parte di un soggetto già individuato, abbia ad oggetto il trasferimento o l'affitto in suo favore verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami dell'azienda o di specifici beni, il tribunale "dispone la ricerca di interessati disponendo l'apertura di un procedimento competitivo". In sostanza viene recepita una nota prassi adottata da molti tribunali: quando la proposta di concordato preventivo è di tipo c.d. "bloccato" o contenga delle offerte c.d. "chiuse", nel senso che prevede la vendita a condizioni prefissate di tutti o di

parte dei beni concordatari e la dimissione dei cespiti deve intervenire prima dell'omologazione, il tribunale o più sovente il giudice delegato comunica al ricorrente che è necessario procedere a una procedura competitiva (in sostanza a un sondaggio del mercato al fine di verificare l'esistenza di ulteriori soggetti interessati, porli in gara fra di loro per l'aggiudicazione del cespite, massimizzando il soddisfacimento della massa dei creditori).

Ambito di applicazione

La disciplina trova altresì applicazione ai contratti d'affitto d'azienda o di ramo d'azienda, nonché ai contratti che hanno comunque la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo dell'azienda o di specifici beni, ossia ai contratti preliminari, stipulati anche prima del deposito della domanda di concordato preventivo (si pensi, in particolare, al contratto d'affitto d'azienda stipulato prima del deposito della domanda di concordato, accompagnato da offerta irrevocabile d'acquisto o da preliminare di vendita della stessa azienda affittata, oppure al contratto di locazione di immobile, accompagnato da offerta d'acquisto o da preliminare di vendita dello stesso). Nella prassi è ritenuto più opportuno richiedere alle parti interessate l'inserimento nei predetti contratti di una clausola che preveda la risoluzione degli stessi in caso di aggiudicazione ad un terzo soggetto diverso dall'affittuario/offerente; ciò al fine di evitare qualsivoglia potenziale contenzioso in fase successiva all'aggiudicazione con conseguenti rischi di rallentare il normale corso della procedura concordataria e per

garantire, al contempo, il principio dell'affidamento dei terzi interessati al buon esito delle procedure stesse.

L'applicazione nella disciplina dettata dall'art. 163-*bis* l.f. non è condizionata all'esistenza di un piano concordatario, essendo sufficiente l'apertura di una procedura concordataria a seguito di deposito di domanda di concordato "in bianco", sempre che vi sia un'offerta d'acquisto di un bene concordatario o un contratto preliminare che tenda a tale scopo. Sotto il profilo degli effetti, la vendita competitiva di cui l'art. 163-*bis* l.f., pur in assenza di un richiamo esplicito agli artt. da 105 a 108 l.f. comporta:

1. gli effetti cd. "purgativi" di una vendita forzata (art. 108 l.f.), eseguita con decreto di trasferimento del giudice delegato o con un atto notarile previa autorizzazione del giudice delegato in quanto fatta dall'autorità giudiziaria; indipendentemente dalla volontà del debitore, in quanto soggetta a procedura competitiva, oltretutto soggetta all'aumento minimo del prezzo base; nell'interesse del ceto creditorio e con distribuzione del ricavato nel rispetto delle cause legittime di prelazione ai sensi dell'art. 2741 c.c.;
2. gli effetti liberatori della responsabilità dell'acquirente per i debiti sorti prima del trasferimento dell'azienda e risultanti dai libri contabili obbligatori (art. 105 l.f.).

Laddove, peraltro, alla gara non dovesse partecipare alcuno, oppure le offerte depositate, compresa quella dell'originario offerente, si dovessero ritenere inefficaci in quanto non conformi al decreto del tribunale

oppure condizionate, il bene andrà comunque aggiudicato a colui il quale aveva fatto l'offerta originaria iniziale; ciò nonostante la formulazione poco chiara della prima parte del comma 2 dell'art. 163-*bis* l.f., laddove parrebbe che l'offerta originaria ("l'offerta di cui al primo comma diviene irrevocabile nel momento (...)") divenga irrevocabile solamente se viene modificata in conformità a quanto previsto dal decreto del tribunale. La gara di cui all'articolo 163-*bis* l.f. non può essere delegata al commissario giudiziale, avendo la norma voluto introdurre un sistema di maggior garanzia per il debitore, non spossessato, il quale è sottoposto ad una considerevole limitazione della sua autonomia negoziale e patrimoniale.

Il contenuto del decreto del tribunale

Accertati i presupposti, il tribunale dispone con decreto l'apertura del procedimento competitivo a norma del secondo comma dell'art. 163-*bis* l.f., che indica i contenuti (minimi) del decreto:

- le modalità di presentazione di offerte irrevocabili;
- i requisiti dell'offerta che ne assicurino la comparabilità;
- i requisiti soggettivi degli offerenti;
- la disciplina per l'accesso alle informazioni;
- le garanzie offerte dagli offerenti;
- la data dell'udienza per l'esame delle offerte e le modalità di svolgimento della procedura competitiva;
- la pubblicità minima da effettuarsi.

Il prezzo base potrebbe discostarsi in senso migliorativo da quello della proposta originaria, in presenza di adeguate perizie o risultanze di bilancio. Il tribunale appare legittimato dalla norma a rettificare anche altri elementi dell'offerta originaria, ostativi alla comparabilità delle offerte o tali da avvantaggiare indebitamente l'offerente originario.

Il parametro di selezione dell'aggiudicatario, in considerazione della *ratio* della norma, non può che essere il maggior corrispettivo offerto, a cui può aggiungersi eventualmente, a parità di esborso economico, altro parametro legato ai benefici derivanti da ulteriori utilità, puntando in ogni caso ad offerte semplici e non particolarmente complesse, così da rendere più agevole la comparazione rispetto al prezzo offerto e l'interesse degli investitori, che in generale difficilmente comprendono le complicazioni ed i tempi previsti dalla procedura.

Gli esiti della procedura competitiva possono così riassumersi:

		offerente originario	
		nessuna nuova offerta	nuova offerta conforme al bando
nuovi offerenti	nessuna offerta	resta efficace l'offerta originaria	aggiudicazione all'offerente originario (offerta diviene irrevocabile)
	1 offerta	aggiudicazione al nuovo offerente	asta tra il nuovo offerente e l'offerente originario aggiudicazione
	> 1 offerta	asta riservata ai nuovi offerenti e aggiudicazione	asta tra i nuovi offerenti e l'offerente originario aggiudicazione

La norma prevede espressamente che le offerte non siano efficaci se sottoposte a condizioni. Eppure tale inefficacia potrebbe avere effetti

sulla tenuta del piano concordatario nel caso in cui le attestazioni di convenienza dello stesso rispetto a ipotesi fallimentari, si fondassero su determinate condizioni contenute nell'offerta originaria.

Quanto all'obbligo di pubblicità, l'art. 163-*bis* l.f. ricalca l'art. 107 l.f. laddove prevede che con il decreto è in ogni caso disposta la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche (PVP) di cui all'art. 490 c.p.c. A differenza, però, dell'art. 107 l.f., la disposizione in tema di offerte concorrenti non fa seguire alla predetta regola inderogabile l'obbligo di pubblicare la vendita almeno 30 giorni prima dell'inizio della procedura. Si ritiene che ancora una volta il legislatore abbia voluto garantire elasticità, snellezza e rapidità alla procedura competitiva, laddove questa si svolga in una fase iniziale della procedura concordataria, fase in cui spesso deve essere ancora predisposto o perfezionato il piano, sulla cui impostazione andrà a incidere l'esito della gara stessa. Alle vendite competitive di cui all'art. 163-*bis* l.f. non è applicabile il potere di sospensione della vendita riservato al curatore ex art. 107, comma 4, l.f. La novella ha, quindi, stabilito, con la nuova previsione contenuta nell'art. 163-*bis* l.f. la modifica del quinto comma dell'art. 182 l.f., tre principi cardine, ovvero l'accelerazione delle vendite per la conservazione del valore dei beni, così evitando di dover ricorrere necessariamente all'affitto finalizzato alla vendita (strumento comunque spesso indispensabile per salvare il complesso aziendale ed evitare l'accumulo di prededuzioni all'imprenditore in crisi); l'obbligo di pubblicità; l'obbligo di competitività in qualsiasi fase della procedura concordataria, ed ora anche in quella "ante ammissione".

Il termine entro cui la gara deve concludersi è individuato dalla norma con la locuzione “prima dell’adunanza dei creditori” cui sottende l’intenzione di consentire ai creditori di esprimere il voto in relazione alla proposta eventualmente modificata in virtù dell’offerta migliorativa.

La norma appare lacunosa, poiché non considera il termine riservato al Commissario Giudiziale per il deposito della relazione *ex art.* 172 l.f. ed il tempo necessario al proponente per modificare la propria proposta recependo i termini dell’offerta migliorativa. Sarebbe inoltre opportuno considerare anche i tempi eventualmente connessi allo svolgimento di trattative sindacali e alla conclusione dei relativi accordi.

Delicato quindi il ruolo del Tribunale al quale spetta il coordinamento tra i tempi della procedura competitiva ed i tempi dei successivi adempimenti. La capacità di gestione del fattore tempo è, quindi, determinante per il buon esito della procedura competitiva, essendo intrinseca la dilatazione dell’arco temporale intercorrente tra il deposito della proposta e l’adunanza dei creditori. Ad una maggiore concorrenza e competitività fanno perciò da contrappeso elementi di disincentivo quali l’incertezza dell’esito della competizione e le relative tempistiche.

La previsione normativa in questo senso appare sterile, prevedendo unicamente il rimborso delle spese sostenute per la formulazione dell’offerta all’offerente originario.

Auspicabile pertanto l’introduzione di incentivi per quei soggetti disposti ad intraprendere un percorso di ristrutturazione aziendale, che per le

sue caratteristiche non è compatibile con i tempi e le incertezze proprie di una procedura competitiva.

In un periodo in cui l'attenzione è volta all'emersione anticipata della crisi, il rischio è quello di avere sempre meno investitori disposti a farsi carico di una ristrutturazione aziendale caratterizzata - oltre che dal connaturato rischio di mercato - anche dal rischio di una futura competizione che potrebbe privilegiare un soggetto terzo che beneficerebbe proprio degli interventi da lui stesso effettuati.

La possibilità che gli investitori siano disincentivati ad intraprendere investimenti sull'azienda in crisi e ne rinviino il momento di effettuazione è reale, così che il debitore in crisi potrebbe essere chiamato sempre più spesso a dover traghettare l'azienda fino all'esito delle procedure competitive. In questi casi, la conservazione della continuità propedeutica alla cessione, potrebbe realizzarsi con un conferimento dell'azienda in una società partecipata dalla conferente con successiva cessione della partecipazione secondo regole competitive.

Prassi del Tribunale di Brescia

La prassi del Tribunale di Brescia sul tema in oggetto è la seguente. Quando dal punto di vista sostanziale vi è un trasferimento dell'azienda, in qualunque modo essa si realizzi, sia mediante una cessione diretta sia mediante più strutturate operazioni straordinarie sul capitale - come ad esempio un aumento di capitale sociale sottoscritto da un soggetto terzo che in questo modo acquisisce il controllo -, è necessaria la procedura competitiva prevista dall'art. 163-bis l.f.

Infine, in merito alle tempistiche, il Tribunale prevede che la gara sia indetta successivamente all'apertura della procedura di concordato, ossia quando vi sono gli Organi della procedura nominati e non anche in pendenza di concordato c.d. "prenotativo" *ex art. 161, comma 6, l.f* come avviene nella prassi di altri Tribunali.

CONCORDATO PREVENTIVO:

COMPONENTE LIQUIDATORIA E IN CONTINUITA'

Si è provveduto ad analizzare i decreti di ammissione alla procedura di Concordato Preventivo emessi dal Tribunale di Brescia nel quinquennio 2013-2017.

Dall'analisi condotta è emerso che sono state ammesse alla procedura nel quinquennio considerato n. 49 società: tra queste n. 25 hanno avuto accesso alla procedura di concordato preventivo in continuità (diretta e indiretta), n. 1 alla procedura mista e n. 23 alla procedura di concordato preventivo liquidatorio.

Entrando nel dettaglio del singolo anno abbiamo:

ANNO	CONCORDATI LIQUIDATORI	CONCORDATI IN CONTINUITA'	CONCORDATI MISTI	TOTALE COMPLESSIVO	INCIDENZA ANNUA CP LIQUIDATORI	INCIDENZA ANNUA CP IN CONTINUITA'	INCIDENZA ANNUA CP MISTI
2013	2	6	-	8	4%	12%	0%
2014	2	9	-	11	4%	18%	0%
2015	7	4	-	11	14%	8%	0%
2016	7	3	1	11	14%	6%	2%
2017	5	3	-	8	10%	6%	0%
TOTALE	23	25	1	49	47%	51%	2%

La componente liquidatoria e la componente in continuità sono pressoché uguali nel quinquennio con la differenza che la componente liquidatoria ha maggiore incidenza nel triennio 2015-2017 e quella in continuità nel biennio 2013-2014.

Analizzando le singole procedure, si è cercato di valutare i punti in comune fra le diverse procedure.

I profili analizzati riguardano:

- L'importo del deposito fissato dal Tribunale in sede di ammissione;
- La percentuale di soddisfazione del ceto chirografario;
- La deroga della moratoria di 12 mesi;
- L'eventuale deposito di transazioni fiscali e previdenziali;
- La suddivisione in classi;
- Le eventuali intese individuali con i creditori;
- La redazione della perizia ex art. 160 L.F. per la derubricazione del privilegio mobiliare;
- L'apporto di nuova finanza.

Alla luce degli aspetti sopra analizzati si è giunti al prospetto di cui sotto:

Procedura	Continuità / Liquidat.	deposito cauz.	% chirog.	deroga morat. 12 mesi	Trans. fisc.	trans. Previd.	suddiv. in classi	intese individuali con creditori	perizia 160 derubricaz. privilegio mobiliare	nuova finanza
Grumelli Srl	liquidatorio	€ 120.000,00	20%	no	no	no	no	-	si	<u>no</u>
G.Z. Acciai Srl in Liquidazione	liquidatorio	€ 65.000,00	35,62 %	no	no	no	no	no	no	no
Boglioli spa	diretta	€ 160.000,00	15%	si	no	no	si	si	si	si
Euromec Srl	diretta	€ 120.000,00	37%	no	no	no	no	no	si	no
Marmolux Spa	liquidatorio	€ 80.000,00	100%	no	no	no	no	no	no	no
Bozzoli Srl	liquidatorio	€ 120.000,00	40%	no	no	no	no	no	no	no
Isva Srl	indiretta	€ 60.000,00	23%	no	no	no	no	no	si	no
Carlo Giannini Spa	liquidatorio	€ 90.000,00	20,62 %	no	no	no	no	no	si	no
Calzificio Prisco Spa	diretta	€ 200.000,00	30%	no	no	no	no	no	si	no
Miber Spa in Liquidazione	liquidatorio	€ 160.000,00	21,04 %	no	no	no	no	no	si	no
Pointex sas di Bonetti Davide	liquidatorio	€ 20.000,00	22%	no	no	no	no	no	si	si

Procedura	Continuità / Liquidat.	deposito cauz.	% chirog.	deroga morat. 12 mesi	Trans. fisc.	trans. Previd.	suddiv. in classi	intese individuali con creditori	perizia 160 derubricaz. privilegio mobiliare	nuova finanza
Paolo Gazziero Srl	liquidatorio	€ 80.000,00	15,11 %	no	no	no	no	no	si	no
Impianti Senini Spa	misto	€ 20.000,00	10%	no	no	no	no	no	si	no
Eurasia Motor Company Srl	diretta	€ 120.000,00	40%	no	no	no	no	no	no	no
Catelli Srl	liquidatorio	€ 25.000,00	21,17 %	no	no	no	no	no	no	no
Carnevali Spa	diretta	€ 350.000,00	65-50-20%	no	si	si	si (65 % Erario, 50 % Fornitori strategici, 20% fornitori non strategici)	si	si	si
MR Real Estate Srl	liquidatorio	€ 100.000,00	26,38 %	no	no	no	no	no	si	no
GI Quattro Srl	liquidatorio	€ 70.000,00	13,45 %	no	no	no	no	no	no	no
Immobiliare Casamia srl	liquidatorio	€ 40.000,00	8,32%	no	no	no	no	no	no	no
Elle Elle s.r.l.	diretta	€ 23.000,00	9,5-18-8,5-16,5-95%	no	no	no	si (9,5% altri creditori, 18 % Fornitori strategici, 8,5% banche garantite e da fideiussione, 16,5% Intesa San Paolo rapporti diversi da mutuo ipotecario, 95% società di	no	si	si

Procedura	Continuità / Liquidat.	deposito cauz.	% chirog.	deroga morat. 12 mesi	Trans. fisc.	trans. Previd.	suddiv. in classi	intese individuali con creditori	perizia 160 derubricaz. privilegio mobiliare	nuova finanza
							leasing)			
Eredi Bertolini Franco snc di Bertolini Fabio e Paola	indiretta	€ 65.000,00	12,05 %	no	no	no	no	no	si	si
IBB Spa	diretta	€ 100.000,00	20%	no	si	no	no	si	si	no
Farmacia Rapuzzi dott. Giuseppe	indiretta	€ 50.000,00	71%	no	no	no	no	no	si	no
Senini Holding Spa	diretta	€ 60.000,00	14,52 %	no	no	no	no	no	no	non prevista
Valentino Srl	diretta	€ 25.000,00	35,05 %	no	no	no	no	no	no	non prevista
Agricar Spa	indiretta	€ 150.000,00	16,79 %- 29,27 %	no	si	no	no	no	si	si
Agricar Diesel Spa	diretta	€ 400.000,00	forbice dal 20% al 100% creditori finanziari; 35% creditori non finanziari	no	si	no	si	no	si	si
Security Install Srl	indiretta	€ 50.000,00	10,95 %-17%	no	no	no	no	no	si	non prevista
Display Srl	diretta	€ 60.000,00	15%	no	no	no	no	no	si	non prevista

Procedura	Continuità / Liquidat.	deposito cauz.	% chirog.	deroga morat. 12 mesi	Trans. fisc.	trans. Previd.	suddiv. in classi	intese individuali con creditori	perizia 160 derubricaz. privilegio mobiliare	nuova finanza
										a
Tecnopresse Srl	diretta	€ 35.000,00	20% variabile	no	no	no	no	no	no	si
Senini Spa	diretta	€ 100.000,00	variabile	no	no	no	si (100% fornitori strategici, 40% fornitori non strategici)	no	no	non prevista
Emmegi Detergents Spa	diretta	€ 160.000,00	30%	no	no	no	no	si	no	si
Warcom Spa	diretta	€ 100.000,00	13%-45,28 %	no	no	no	no	no	si	non prevista
Fonpresmetal Gap spa	diretta	€ 150.000,00	21%-40,22 %	no	no	no	no	no	si	non prevista
General Trading Spa	indiretta	€ 140.000,00	38,87 %	no	no	no	no	no	no	non prevista
Sedilexport Srl in liquidazione	indiretta	€ 70.000,00	5%	no	no	no	no	no	si	non prevista
Gruppo Area Tessile Srl in liquidazione	indiretta	€ 60.000,00	35%	no	no	no	no	no	si	non prevista
Prandipress Srl in liquidazione	indiretta	€ 51.000,00	21,64 %	no	no	no	no	no	si	non prevista

In particolare per quanto riguarda i concordati liquidatori solo quattro di quelli analizzati hanno previsto la derubricazione del privilegio mobiliare con la perizia ex art. 160 L.F. ed uno di questi anche l'apporto di nuova finanza.

Tali procedure non prevedono gli altri elementi analizzati.

Per quanto riguarda i concordati in continuità si ricorda che 9 prevedono una continuità indiretta e 16 una continuità diretta.

Nessuno dei concordati in continuità indiretta prevede deroga della moratoria di 12 mesi, transazione fiscale e previdenziale, suddivisione in classi e intese individuali con creditori.

Solo due prevedono l'apporto di nuova finanza e 8 la perizia ex art. 160 L.F. per la derubricazione del privilegio mobiliare.

Per quanto riguarda i 16 concordati in continuità diretta si evidenzia che:

- Solo 1 ha previsto la deroga della moratoria di 12 mesi;
- Solo 3 hanno previsto la transazione fiscale di cui 1 anche quella previdenziale;
- Solo 5 hanno previsto la suddivisione in classi;
- Solo 4 hanno previsto le intese individuali con singoli creditori;
- 10 hanno previsto la perizia ex art. 160 L.F. per la derubricazione del privilegio mobiliare;
- 6 hanno previsto l'apporto di nuova finanza.