



ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI CONTABILI DI GENOVA

Genova, 14 marzo 2018

**Il concordato preventivo liquidatorio e
in continuità: la scelta
dell'imprenditore**

dr. andrea bernardini

dr. oscarandrea vita

Caratteristiche principali dell'istituto del Concordato Preventivo

L'imprenditore fallibile (art.1 L.F.) in stato di crisi (situazione reversibile consistente nella temporanea incapacità a far fronte alle proprie obbligazioni) o insolvente può ricorrere alla procedura concordataria.

Il Titolo III della legge fallimentare (artt. da 160 a 186 bis) disciplina detto istituto. Da tenere presente che la normativa fallimentare ha subito, come noto, diverse modifiche nel corso degli ultimi anni (DL 83/2012, DL 69/2013, DL145/2013, DL 91/2014 e 83/2015, tutti convertiti). Le modifiche introdotte sono spesso di notevole rilievo e le ultime sono tese a limitare l'uso dell'istituto unicamente alle situazioni «meritevoli» (in quanto è stato introdotto un limite quantitativo) o alle situazioni che consentano effettivamente la prosecuzione dell'attività (concordato «in continuità»).

La procedura prevede per tutte le tipologia di concordato (sia «liquidatori» sia «in continuità»):

- 1) L'inoltro di una domanda da parte del debitore all'On.le Tribunale competente;
- 2) L'indicazione dei dati patrimoniali, economici e finanziari dell'impresa, con un elenco analitico ed estimativo delle attività e l'elenco dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- 3) la formulazione di una «proposta» ai creditori, tramite la predisposizione di un piano, con possibilità di suddividere gli stessi in «classi» e con l'obbligo dell' «indicazione dell'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile per ciascun creditore».

Il c.d. «Concordato Prenotativo»

Da evidenziare che da settembre 2012 è possibile far precedere la domanda di concordato preventivo da un ricorso c.d. «in bianco» o «prenotativo» o «con riserva» (art. 161, co. 6 L.F.).

L'utilizzo di detto strumento, teso a sospendere sostanzialmente le procedure esecutive (dal momento della pubblicazione al R.I. della domanda), deve essere vagliato con attenzione dall'imprenditore (e dai professionisti che lo assistono). Lo strumento è stato talvolta «abusato» e dovrebbe, eventualmente, essere utilizzato solo se realmente necessario.

Lo strumento implica un controllo dell'On.le Tribunale che normalmente (a Genova è prassi) anticipa la nomina del Commissario Giudiziale e fissa, in base alle dimensioni e alle caratteristiche dell'impresa, adeguati obblighi «informativi periodici».

Il deposito di un ricorso per «prenotare» il successivo concordato (o accordo di ristrutturazione dei debiti) nella sostanza, se da un lato agevola l'imprenditore («liberandolo» temporaneamente dall'«assillo» dei creditori) dall'altro impone una tempistica che seppure possa sembrare di primo acchito ampia (complessivamente fino a 180 gg) si rileva, nella pratica, molto spesso insufficiente.

Gli effetti derivanti dalla procedura

Occorre rammentare che i principali effetti della presentazione di una domanda di concordato, sia per le procedure liquidatorie che in continuità, sono i seguenti:

- L'On.le Tribunale designa un Giudice Delegato e uno o più Commissari Giudiziali;
- L'imprenditore conserva l'ordinaria amministrazione e per gli atti di straordinaria amministrazione deve essere autorizzato;
- Il Commissario Giudiziale controlla l'esecuzione della procedura e, intervenuta l'Omologa, l'esecuzione del piano (esecuzione che per i concordati liquidatori è normalmente riservata ad un Liquidatore Giudiziale ex art. 182 L.F.);
- I contratti pendenti proseguono (salvo che non siano sciolti dall'On.le Tribunale, ai sensi dell'art. 169 bis L.F.);
- L'imprenditore non può pagare debiti sorti *ante* deposito della domanda (attenzione che analogo divieto sussiste anche per il «prenotativo» ex art.161, co. 6 L.F.);
- L'Imprenditore può sospendere la messa in liquidazione della società.

Il concordato preventivo liquidatorio e in continuità: la scelta dell'imprenditore

Analisi preliminare da parte dei Professionisti chiamati ad assistere l'impresa: **la sussistenza dei presupposti tramite analisi preventiva dell'azienda:**

- Verifica della sua struttura e delle modalità di creazione del valore
- Verifica e comprensione degli ultimi bilanci
- Verifica dei presupposti per una eventuale continuità

NB: questi aspetti devono essere vagliati **prima** di assumere la decisione se assistere o meno l'imprenditore durante l' «avventura» concordataria. Troppo spesso si è assistito alla richiesta di concordati «in bianco» privi di ogni fondamento per un futuro piano concordatario. Al di là delle eventuali responsabilità derivanti dalla presentazione di domande «dilatorie», l'insistere su procedure concordatarie prive di ragionevole fondamento nuoce al sistema economico e «discredita» la categoria.

Quanto premesso le possibili tipologie di concordato sono le seguenti:

- CONCORDATO CON CESSIONE DEI BENI (liquidatorio);
- CONCORDATO CON CONTINUITA' AZIENDALE;
- CONCORDATO MISTO.

Essendo lo strumento concordatario volto a tutelare *in primis* la conservazione dell'impresa quale valore economico da preservare, si esamina prima il concordato in continuità.

CONCORDATO CON CONTINUITA' AZIENDALE

Trae origine dall'istituto, abolito, della amministrazione controllata.

La proposta formulata ai creditori si basa sulla possibilità di soddisfare i creditori:

- anche parzialmente e senza la previsione di nessuna % minima
- anche con modalità differenti rispetto al pagamento quali ad esempio la cessione diretta dei beni, l'accollo, o altre operazioni straordinarie
- attraverso i flussi finanziari generati dalla continuità aziendale.

Questo tipo di piano non prevede quindi la liquidazione degli *assets* aziendali.

Fondamentale l'analisi critica e «distaccata» - per la quale il Professionista è fondamentale - dei presupposti per la continuità: contesto economico nel quale opera l'impresa, individuazione delle cause della crisi aziendale, elaborazioni di soluzioni per uscirne.

L'obiettivo è «recuperare» il bene «impresa» onde garantire in prospettiva il soddisfacimento dei creditori e raggiungere, nel tempo prescelto per il piano:

- Equilibrio economico: ritorno all'utile, anche se non nell'immediato
- Equilibrio finanziario: produzione di flussi finanziari positivi
- Equilibrio patrimoniale: considerare art 182-*sexies* non applicazione dei limiti codicistici sul capitale

Su tali presupposti, in sintesi si baserà il piano che dovrà convincere i creditori ad accettare la proposta.

Il concordato preventivo liquidatorio e in continuità: la scelta dell'imprenditore

Nella sostanza la scelta dello strumento impone che l'impresa:

- Analizzi la situazione complessiva del mercato/settore in cui opera effettuando un'analisi prospettica del futuro andamento **plausibile**/possibile;
- Esami le proprie caratteristiche «particolari» individuando le aree di intervento necessarie per un riequilibrio produttivo e gestionale e quindi economico e finanziario;
- Effettui, se possibile, adeguate comparazioni con altre realtà simili operanti nel settore, al fine di verificare se siano necessari altri interventi e se effettivamente sia realistico che l'azienda possa risultare competitiva nell'ambito in cui opera;
- Elabori i possibili obiettivi/previsioni in funzione della capacità operativa e in funzione della capacità di mantenere – o addirittura implementare – la propria posizione sul mercato. Non è da escludere, anzi è frequente che sia opportuno abbandonare attività dell'impresa non redditizie.

Fonte dei dati prospettici: le analisi devono fondarsi sui dati storici dell'impresa (track record), su dati «esogeni» il più possibile certi e verificabili (analisi di settore condotte da associazioni di categoria, analisi elaborate da fonti statistiche nazionali e settoriali, ecc..) e infine su previsioni plausibili e ragionevoli.

Impianto contabile: per esperienza, lo sviluppo di un piano concordatario «in continuità» necessita a priori di un sistema contabile valido, puntuale e preciso.

Business plan: tutte le previsioni del piano vengono elaborate in unico documento in cui, partendo dalla situazione economica, patrimoniale e finanziaria a data prossima alla domanda, si elabora l'evoluzione delle singole grandezze economiche, patrimoniali e finanziarie con cadenze periodiche (mese/trimestre/semestre/anno) .

Il concordato preventivo liquidatorio e in continuità: la scelta dell'imprenditore

Lo sviluppo di un buon lavoro, con adeguati supporti e analisi documentale, è un aspetto imprescindibile anche nell'ottica della necessaria attestazione del piano.

La scelta dei documenti e prospetti da produrre è oggi più sistematica grazie a:

- Principi di redazione dei piani di risanamento (settembre 2017)
- Principi di attestazione dei piani di risanamento (giugno 2014)

Il cui rispetto è fondamentale.

Fra gli aspetti da tenere in considerazione per effettuare la scelta:

- Occupazionali/giuslavoristici: riduzioni di organico, possibili vertenze, maestranze necessarie, licenziamenti spontanei
- Finanziari: tempi di pagamento dei debiti pregressi (ancorché falcidiati)
- Fiscali/contributivi: perdite pregresse, sanzioni/interessi, ravvedimento operoso, art. 182-ter
- Legali: cause pendenti, spese legali, spese soccombenza, scioglimento di contratti, ecc
- Pratici: reazione di clienti, fornitori e finanziatori alla presenza di una procedura, ecc

Tale tipo di concordato, prevedendo il recupero dell'impresa attraverso la sua continuità, adotterà quali criteri di valutazione quelli di cui all'art.2426 c.c., prevedendo tuttavia eventualmente particolari fondi rischi (ad esempio relativi a procedure di licenziamento collettivo, a scioglimento di contratti, ecc).

Terminato il breve esame delle caratteristiche del concordato «in continuità», che deve comunque garantire ai creditori un miglior soddisfacimento rispetto all'ipotesi liquidatoria, è opportuno evidenziare nel prosieguo gli specifici articoli previsti dalla Legge Fallimentare.

Art. 186-bis Concordato con continuità aziendale

- *I. Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.*
- *II. Nei casi previsti dal presente articolo:*
 - *a) il piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), 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;*
 - *b) la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;*
 - *c) il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall'articolo 160, secondo comma, una moratoria sino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto.*
- *III. Fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'articolo 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni.*
- *IV. Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina, provvede il tribunale.*

- *V. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara:*
 - *a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;*
 - *b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.*
- *VI. Fermo quanto previsto dal comma precedente, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale. In tal caso la dichiarazione di cui al precedente comma, lettera b), può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento.*
- *VII. Se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173. Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato. (*)*

Il concordato preventivo liquidatorio e in continuità: la scelta dell'imprenditore

Tralasciando la tematica relativa ai finanziamenti ponte, con domanda, in esecuzione e interinale (di cui eventualmente parleremo qualora vi sia ancora tempo) particolarmente significativo (anche per comprendere il *favor* del legislatore alla procedura di concordato in continuità è il comma V dell'art. 182 *quinquies* della L.F. che testualmente recita:

Il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori.

Orbene come si comprende dalle norme in materia il concordato «in continuità» può rappresentare un'ottima scelta per l'imprenditore per risolvere la crisi e gli strumenti a sua disposizione sono sicuramente ampi e articolati.

Sul «campo», tuttavia è necessaria estrema cautela, atteso che spesso i «nostri» interlocutori, soprattutto se «istituzionali» (in particolare banche e enti), sono molto prudenti e critici e, se in un primo momento, con il «silenzio assenso» erano spesso semplici «spettatori» ora sono, a tutti gli effetti «attori»!

CONCORDATO LIQUIDATORIO

Detto istituto è sostanzialmente presente da sempre nel nostro ordinamento (trae infatti origine dalla moratoria disciplinata dall'abrogato Codice del commercio del 1885).

La proposta formulata ai creditori si basa sulla possibilità di soddisfarli (assicurandone il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari) attraverso i flussi derivanti dalla liquidazione degli *assets* aziendali.

Come evidenziato in un recente articolo del Dr. Vitiello (Il Fallimentarista 15/10/2015, «Concordato con continuità e liquidatorio dopo la riforma: elementi critici e proposte *de iure condendo*») occorre sottolineare che, *«La prescrizione, presa alla lettera, e senza che paiano possibili diverse interpretazioni, impone il rispetto del limite di soddisfacimento del 20% nei casi in cui il piano non preveda la divisione dei creditori in classi, mentre pare consentire una distribuzione differenziata la cui media non sia inferiore al 20% dell'ammontare dei crediti chirografari qualora i creditori chirografari siano classati, restando inteso che il complesso delle risorse messe a disposizione debba essere non inferiore al venti per cento del totale dei crediti chirografari, comprensivo, ovviamente, degli eventuali crediti degradati al chirografo»* e ancora *«La prescrizione, inoltre, ha una rilevante ricaduta sistematica, dal momento che il concordato per cessio bonorum diventa, a pena di inammissibilità, di natura remunerativa, dovendo la proposta del debitore contenere un'obbligazione di natura necessariamente pecuniaria»*.

Il concordato liquidatorio è senza dubbio molto più semplice dal punto di vista operativo del concordato in continuità, tuttavia l'introduzione di un limite % al soddisfacimento dei creditori e il loro soddisfacimento solo in termini monetari lo rende meno appetibile in quanto concretamente, nella maggioranza dei casi difficilmente percorribile.

Il concordato preventivo liquidatorio e in continuità: la scelta dell'imprenditore

Detta tipologia di concordato è, giustamente, il canale necessario qualora dalla continuità non sia possibile ritrarre, a favore dei creditori, un miglior risultato.

E' quindi una «simulazione» necessaria anche qualora si volesse optare per un concordato «in continuità».

In tali ipotesi i criteri di valutazione sono quelli di liquidazione (OIC5) e quindi, in sintesi, le attività vanno valorizzate al presumibile valore di realizzo e le passività al loro valore di estinzione.

Occorrerà stimare, come per il concordato in continuità, adeguati e specifici fondi rischi.

Lo strumento, è stato spesso «abusato» e può avere una certa rilevanza laddove sia dimostrabile che la liquidazione «concordataria» possa permettere migliori significativi risultati rispetto alla liquidazione «fallimentare» e soprattutto nei casi in cui l'imprenditore apporti «nuova finanza» per realizzare il piano.

Dal punto di vista operativo consiglio sempre di rapportarsi con l'imprenditore con criteri «prudenziali» e di valutare con spirito critico i dati forniti dall'imprenditore: una verifica preventiva di fattibilità è sempre necessaria (anche se poi il piano dovrà uniformarsi a correnti valutazioni su basi previsionali).

CONCORDATO MISTO

Il piano prevede la prosecuzione dell'attività e la liquidazione dei beni/diritti non essenziali per il prosieguo della gestione dell'impresa.

Possono trovare applicazione tutti gli istituti previsti per il concordato in continuità (art. 186-bis primo comma L.F.).

Occorrerà porre attenzione nel valutare (e iscrivere a bilancio) i beni che si intendono liquidare ai presumibili valori di realizzo.

Un cenno particolare merita la questione relativa alla previsione (contenuta in molti piani concordatari) dell'affitto con successiva cessione dell'azienda a terzi o anche allo stesso imprenditore.

Particolarmente significative, ad avviso dello scrivente, sono le seguenti massime del TRIBUNALE DI AREZZO - SEZ. FALLIMENTARE - 13 FEBBRAIO 2015, decr. CORTE D'APPELLO DI FIRENZE - SEZ. I - 31 AGOSTO 2015, N. 1485 che prevedono rispettivamente che *«Il piano di concordato che prevede la continuazione dell'attività di impresa funzionale alla cessione dei beni ai creditori deve ritenersi di tipo misto e, pertanto, per la parte relativa alla continuità aziendale è destinato a trovare applicazione l'art. 186-bis l.fall. (massima Tribunale)»*

«Per concordato in continuità aziendale deve intendersi il concordato strutturato sopra un piano aziendale che prevede la prosecuzione dell'attività di impresa e quindi l'assunzione del relativo rischio da parte dei creditori concorsuali mentre il concordato c.d. misto è configurabile allorquando la prosecuzione aziendale è finalizzata alla liquidazione dell'intero patrimonio della debitrice.»

Il concordato preventivo liquidatorio e in continuità: la scelta dell'imprenditore

Aderendo a dette massime l'imprenditore deve ben ponderare, in funzione dei conseguenti strumenti di cui potrà disporre, se e quando disporre dell'azienda.

Ad avviso dello scrivente si può correre il rischio che qualora il piano proposto ai creditori preveda già la cessione dell'azienda, con un prodromico contratto di affitto – con obbligo di cessione - stipulato *ante* ricorso alla procedura concordataria, il piano possa venire considerato come liquidatorio (con la conseguente applicazione della % minima di soddisfacimento dei creditori chirografari).

SINTESI DELL'INTERVENTO

Il concordato preventivo, vista la natura prevalentemente «privatistica», si presenta come uno strumento estremamente duttile, complesso sia proceduralmente che operativamente.

Per converso, proprio per la sua «duttibilità», il controllo richiesto all'autorità giudiziaria tramite gli organi che vi sono preposti (Tribunale, Giudice Delegato e Commissario Giudiziale) è particolarmente articolato dovendo valutare non solo la fattibilità giuridica ma anche, sostanzialmente, l'effettiva realizzabilità della proposta.

In quest'ottica l'intervento del professionista che è chiamato ad assistere l'imprenditore deve essere «poliedrico» (non essendo sufficienti le «normali» conoscenze in materia societaria, fiscale e amministrativa). Il Professionista, infatti, non solo deve acquisire contezza del mercato in cui opera l'impresa, analizzare criticamente l'impresa (e in particolare verificare che disponga di adeguati strumenti contabili e di controllo) ma deve, da subito – riconoscendo i propri limiti – sempre raffrontarsi e richiedere eventualmente all'imprenditore l'intervento delle necessarie professionalità (Avvocati, Consulenti del Lavoro, esperti di settore) per sviluppare, sussistendone i presupposti, un piano concordatario fattibile, verificabile e con assunti sempre dimostrabili.

Caso concreto.