Gli strumenti concorsuali ai tempi del Covid-19

Premessa

Alla luce dell'attuale situazione sociale ed economica attraversata del nostro Paese, diviene necessario comprendere se le procedure concorsuali strutturate per la salvaguardia della continuità aziendale, rese disponibili dall'attuale ordinamento, possiedano tutti gli strumenti necessari per far fronte all'attuale stato emergenziale con la medesima efficacia dimostrata dalle stesse anteriormente alla crisi.

Ciò permetterebbe infatti di affrontare anche i rischi di *moral hazard* nonché le incertezza degli scenari economici che ci attendono, in quanto il presente ordinamento disporrebbe di tutti strumenti di bilanciamento già previsti e delle cautele tecnico – metodologiche che la *best practice* professionale ha messo a disposizione.

Gli interventi del Legislatore

Negli ultimi mesi si è spesso discusso circa gli effetti che l'emergenza Covid19 avrebbe avuto sull'attuale disciplina delle procedure concorsuali. A riguardo vi sono stati numerosi interventi finalizzati ad analizzare gli interventi normativi contenuti nel Decreto "Liquidità" (D.L. 23/2020) nonché nel Decreto "Rilancio" (D.L. 34/2020) come:

Articolo	**tipologia di procedimenti**	**Misura**	**Durata**

Articolo 9, D.L. Liquidità	Concordati preventivi, accordi di ristrutturazione, accordi di composizione della crisi e piani del consumatore omologati, aventi scadenza in data successiva al 23 febbraio 2020	Proroga dei termini fissati per l'adempimento	6 mesi
Articolo 9, D.L. Liquidità	Procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione pendenti alla data del 23 febbraio 2020	Possibilità di richiedere la concessione di un termine per predisposizione di una nuova proposta di concordato o di un nuovo accordo di ristrutturazione	90 giorni
Articolo 9, D.L. Liquidità	Procedimenti di omologazione di concordati preventivi pendenti alla data del 23 febbraio 2020 e degli accordi di ristrutturazione pendenti alla data del 23 febbraio 2020	Possibilità di richiedere un differimento, dei termini di adempimento originari	6 mesi
Articolo 9, D.L. Liquidità	Concordati in bianco e accordi di ristrutturazione	Possibilità di proroga di *automatic stay ex* articoli 161, comma 6, e 182-bis, comma 7, L.F., se siano in scadenza le proroghe già assegnate	90 giorni

Articolo 9, comma 5-bis, D.L. Liquidità	Concordati in bianco e accordi di ristrutturazione	Possibilità di rinunciare alla procedura entro i termini assegnati dal giudice, depositando, per la pubblicazione presso il Registro Imprese, un piano di risanamento ex articolo 67, comma 3, lettere d), L.F.	Entro il 31 dicembre 2020
Articolo 9, comma 5-bis, D.L. Liquidità	Concordati in bianco	Anche pendente il procedimento di fallimento dell'imprenditore che ha depositato la domanda prenotativa, i termini restano inalterati	Entro il 31 dicembre 2020
Articolo 52-bis, D.L. Rilancio	Piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione, concordati in continuità	Attestazione in caso di rinegoziazione dei finanziamenti agevolati concessi a valere sul fondo rotativo e dei finanziamenti bancari associati	
Articolo 26, comma 2-bis, D.L. Rilancio	Imprese in concordato con continuità che si trovano in situazione di regolarità contributiva e fiscale	Benefici di cui all'art. 26	Per i concordati già omologati al 18 luglio 2020

Articolo 10, D.L. Liquidità	Dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza	Improcedibilità delle dichiarazioni di fallimento presentate ex articoli 15 e 195, L.F. e delle dichiarazioni di insolvenza *ex* articolo 3, D.Lgs. 270/1999 Eccezioni: ricorsi presentati in proprio quando l'insolvenza non è conseguenza dell'epidemia di Covid-19; istanza di fallimento da chiunque formulata ex articoli 162, comma 2, 173, commi 2 e 3, e 180, comma 7, L.F.; ricorsi presentati dal P.M. con richiesta di emissione dei provvedimenti cautelari o conservativi ex articolo 15, comma 8, L.F. o quando la richiesta è presentata ex articolo 7, comma 1, L.F.. In caso di successivo fallimento dichiarato entro il 30 settembre 2020, il periodo di blocco non verrà computato *ex* articoli 10, 64, 65, 67, commi 1 e 2, 69-bis e 147, L.F.	Dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020

Articolo 51, D.L. Rilancio	Procedure di amministrazione straordinaria ex "Legge Marzano"	Proroga dei termini dei programmi autorizzati e con scadenza successiva alla data del 23 febbraio 2020	6 mesi

Lo stato emergenziale da Covid19 e le proposte concorsuali per il suo superamento

Con l'avvento del Covid19 si è aperto un parallelo dibattito volto a valutare se gli strumenti giuridici di gestione della crisi o dell'insolvenza attualmente esistenti possano essere d'aiuto nella particolare situazione di crisi sistemica dell'attività economica oppure divenga necessario provvedere quanto prima all'introduzione di nuovi istituti, aventi caratteristiche diverse da quelle attualmente previste dai piani attestati di risanamento *ex* articolo 67, L.F. o degli accordi di ristrutturazione ex articolo 182-bis, L.F. o dei concordati preventivi in continuità o liquidatori previsti dagli articoli 160 e ss. L.F..

Ad alimentare tale dibattito ha contribuito anche la decisione del Legislatore di posticipare l'entrata in vigore del **Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza** (Codice) al 1° settembre 2021 (articolo 5, D.L. 23/2020), con il chiaro fine di garantire la certezza del diritto nel presente periodo emergenziale. Il nuovo *set* normativo, la cui entrata in vigore originaria era prevista per l'agosto 2020, è stato quindi considerato temporalmente rinviabile, tanto che il Legislatore ha preferito mantenere l'insieme di strumenti già esistenti piuttosto che attivare tutto il sistema delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, con l'introduzione dell'OCRI (Organismo di composizione della Crisi d'Impresa), reale elemento innovativo del Codice.

L'eccezionalità dell'emergenza è stata inoltre ribadita, nei suoi riflessi concorsuali, anche a livello europeo dal "Ceril Executive Statement 2020 – 1 on Covid 19 and insolvency legislation" redatto dai professori S. Madaus e B. Wessels, i quali hanno rivolto un appello al Legislatore europeo nonché a tutti i Paesi europei affinché effettuino, senza indugio, azioni mirate ad adattare la legislazione concorsuale all'emergenza, onde evitare i fallimenti "da Covid19".

In particolare, il documento consiglia due immediati interventi, quali:

1. la sospensione del dovere di richiedere una procedura concorsuale basata sul sovra indebitamento;
2. il dare risposta al fabbisogno di liquidità dell'attività economica.

In aggiunta ai punti sopraindicati, sono stati richiesti ulteriori interventi riguardanti:

- la finanza interinale;
- la sospensione del dovere di attivare una procedura dovuta allo stato di illiquidità;
- il congelamento per le piccole attività, intesa come sospensione delle attività e rinnovo delle scadenze contrattuali relative ai pagamenti;
- il supporto e sostegno al sostentamento degli imprenditori e dei loro dipendenti attraverso aiuti/garanzie statali.

Tali interventi devono tuttavia tenere adeguatamente conto anche del rischio del *"moral hazard"* del debitore che potrebbe privilegiare il proprio interesse a spese della controparte creditoria, confidando nella impossibilità di quest'ultima di verificare compiutamente i dati e le informazioni fornitegli, in quanto lo stato emergenziale legato alla pandemia, potrebbe attenuare la normale attenzione degli *stakeholders* e degli organi di controllo delle diverse procedure di

ristrutturazione dei passivi aziendali.

Il manifestarsi di tale atteggiamento comporterebbe, nonostante il corretto utilizzo formale delle procedure esistenti, l'imposizione in capo ai creditori di un maggior sacrificio, in termini di scadenze di pagamento e di stralcio delle proprie pretese, rispetto a quello realmente necessario per ottenere il riequilibrio economico, finanziario e patrimoniale del debitore.

Tuttavia è altrettanto necessario porsi la problematica inversa ovvero su come far beneficiare a imprese precedentemente sane, entrate in crisi per effetto della pandemia, di un regime di sospensione delle azioni esecutive e cautelari, non pregiudicando la continuità aziendale, ma senza tuttavia proporre ai creditori un piano di ristrutturazione nell'ambito delle diverse procedure previste dalla Legge Fallimentare; infatti la redazione di siffatto piano in molti casi potrebbe essere viziata da assoluta soggettività, in quanto le condizioni macroeconomiche di riferimento, l'andamento di singoli settori produttivi sono in uno stato di totale incertezza.

In sostanza si manifestano due distinti scenari che vedono, da un lato l'abuso degli istituti esistenti a danno dei creditori, e dall'altro la loro eccessiva formalizzazione in termini di procedura e controlli nonché in tema di concreta formulazione dei piani e delle necessarie attestazioni in tema di fattibilità economica degli stessi.

Anche in termini economici le richieste formulate presentano alcuni ostacoli quali:

- l'estensione di blocchi generalizzati dei pagamenti, che conduce all'immobilizzazione del capitale circolante delle imprese, importanti effetti negativi sui fabbisogni di liquidità delle stesse;
- impedire iniziative esecutive (individuali o collettive)

per un periodo di breve o media durata.

Come detto poc'anzi, la presenza del *moral hazard* viene tuttavia limitata, nell'ordinamento vigente, da alcuni strumenti di temperamento, come la possibilità di proposte concordatarie concorrenti, di cui all'articolo 163, comma 4, L.F., presentabili da creditori rappresentanti oltre il 10% dei debiti della fallita.

Infatti, nelle intenzioni del Legislatore, i creditori sono stati dotati di uno strumento volto a sottrarsi alla definitività della proposta del debitore e quindi idoneo a consentire il proprio miglior soddisfacimento.

Nella stessa direzione va l'articolo 163-*bis*, L.F. che dispone per il Tribunale l'obbligo di promuovere un procedimento competitivo ove il piano preveda il trasferimento a titolo oneroso dell'azienda, di uno o più rami d'azienda o di specifici beni.

Anche questo strumento è evidentemente volto a colmare delle asimmetrie informative esistenti tra il debitore e i suoi aventi causa da un lato e creditori e terzi potenzialmente interessati ai beni dall'altro.

Ora è vero che le proposte concorrenti non hanno avuto grande riscontro nella prassi del sistema delle procedure e non abbiano spesso portato ai risultati attesi, ma è altrettanto vero che si stenta a vedere questo come un portato del Covid19, ovvero come un fenomeno che la pandemia pone più gravemente sul tavolo degli operatori.

In aggiunta ai precedenti presidi tutelativi, volti a ridurre ulteriormente le criticità evidenziate, sono da annoverarsi anche le specifiche attestazioni dell'esperto, come:

1. per il concordato in continuità:
    - il miglior soddisfacimento dei creditori, rispetto alle alternative concretamente praticabili,

ricavabili dalla prosecuzione dell'attività di impresa viene attestato ai sensi dell'articolo 186-bis, L.F. da un professionista di cui all'articolo 161, L.F..

2. per la fattibilità del piano concordatario unitamente alla veridicità dei dati:
    - è attestata da un professionista *ex* articolo 161, L.F.. Resta ferma la considerazione che l'emergenza Covid19 abbia reso generalmente difficoltosa l'attestazione di fattibilità, risultando quindi necessario adottare particolari cautele legate alle incertezze macroeconomiche caratterizzanti il presente anno.

A titolo esemplificativo è necessario considerare:

- la qualità delle fonti di previsione della domanda, con particolare focus su quelle specialistiche di settore nonché su quelle maggiormente aggiornate;
- le limitazioni della capacità produttiva causate dalle prescrizioni sanitarie;
- la validità delle ipotesi sottostanti alla previsione temporale di cessazione dei fenomeni straordinari che caratterizzano la gestione;
- il grado di probabilità di eventuali scenari alternativi;
- l'utilizzo di rigidi *stress test*, così come suggerito dalla tecnica professionale.

3. per il pagamento dei debiti pregressi per prestazioni di beni o di servizi:

- tale autorizzazione perviene dal Tribunale, previa attestazione del professionista il quale deve dimostrare che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la miglior soddisfazione dei creditori, evitando quindi il blocco totale dei pagamenti circa i debiti pregressi,

anche se limitati ai soli beneficiari considerati strategici dall'impresa debitrice.

In conclusione, la presunta inadeguatezza del concordato preventivo in continuità, non ha nulla a che vedere con l'emergenza Covid19, ma deriva da una interpretazione degli strumenti attualmente disponibili.

Alla luce di quanto sopra esposto le procedure concorsuali strutturate per la salvaguardia della continuità aziendale, possiedono tutti gli strumenti necessari per far fronte all'attuale stato emergenziale, permettendo di limitare anche i rischi di *moral hazard* nonché le incertezza degli scenari economici futuri, in quanto il presente ordinamento dispone di tutti strumenti di bilanciamento già previsti e delle cautele tecnico – metodologiche che la *best practice* professionale ha messo a disposizione.

In ultimo, in considerazione delle rinnovate riflessioni che hanno caratterizzato il periodo di emergenza nazionale, diviene doveroso cogliere l'opportunità fornita dal Legislatore, con il rinvio dell'entrata in vigore a settembre 2021 del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, e indirizzare il dibattito tuttora presente circa la legislazione concorsuale dell'emergenza, in un confronto sistematico, al fine di evitare interventi d'urgenza che accentuerebbero unicamente la eterogeneità degli stessi rispetto al corpo normativo vigente o atteso dalla riforma.

Milano, 5 ottobre 2020

Stefano Cartabbia

Il contenuto di questo articolo ha valore solo informativo e non costituisce un parere professionale.

Per ulteriori informazioni

https://www.costanzoeassociati.it/it/