

# Rivitalizzato l'istituto delle proposte concorrenti con una serie di innovazioni

di **Paolo Rinaldi**

*La proposta concorrente può essere presentata da chiunque titolare dei crediti necessari, salvo il debitore, il coniuge, la parte di un'unione civile, il convivente di fatto, i parenti e affini entro il quarto grado e le parti correlate*

L'istituto delle proposte concorrenti, già presente nell'attuale corpo legislativo della Lf così come disciplinato dall'articolo 163, commi quarto e seguenti, non ha avuto molta pratica attuazione. Il legislatore delegato ripropone mediante l'articolo 90 del Codice la disciplina previgente, con poche ma significative innovazioni.

## **Proposte concorrenti**

La proposta concorrente di concordato preventivo ed il relativo piano potrà essere presentata da uno o più soggetti (la Riforma elimina la dizione "creditori", fuggando il dubbio che i proponenti potessero anche essere terzi acquirenti dei crediti) i quali, anche per effetto di acquisti successivi alla domanda di concordato, rappresentino almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata dal debitore (escludendosi dal computo, come già attualmente, i

crediti delle società controllanti, controllate e consociate).

L'articolo 90 del Codice precisa ora che la proposta concorrente può essere presentata da chiunque titolare dei crediti necessari, salvo il debitore (anche per interposta persona), il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, il convivente di fatto, i parenti e affini entro il quarto grado e le parti correlate. Lo scopo della disposizione è chiaramente quello di impedire iniziative di carattere strumentale e manipolativo rispetto a proposte concorrenti realmente operanti.

Vi è tuttavia una condizione di ammissibilità di proposte concorrenti legata al comportamento del debitore e alla "qualità" della proposta di soddisfazione presentata dal debitore tramite il proprio piano: qualora la relazione del professionista indipendente allegata alla proposta originaria attesti che quest'ultima assicura il

pagamento di almeno il trenta per cento dei creditori chirografari, le proposte concorrenti non sono ammissibili. Nella norma attuale, il limite per i concordati liquidatori è pari al quaranta per cento, ed è stato ridotto anche per effetto degli altri – rilevantissimi – interventi di "filtro" a monte che sono stati introdotti dalla Riforma sui concordati liquidatori. L'articolo 90 del Codice precisa tuttavia anche un premio, riducendo la percentuale di pagamento minimo assicurato al venti per cento relativamente alle proposte presentate dal debitore diligente che abbia richiesto l'apertura del procedimento di allerta o abbia utilmente avviato la procedura di composizione assistita della crisi ai sensi dell'articolo 24.

Il termine per la presentazione della proposta e del piano rimane fissato nei trenta giorni che precedono la data iniziale stabilita per la votazione dei creditori.

Tra i documenti necessari, oltre

a proposta e piano, vi è la relazione di attestazione, relativa solo agli aspetti di fattibilità “differenziali” e quindi non già oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale nella propria relazione originaria; laddove non ve ne siano, la relazione può essere omessa.

La proposta concorrente può essere anche molto invasiva rispetto ai diritti dei soci, e caratterizzarsi per un intervento di terzi così penetrante e solido da prevedere – qualora il debitore abbia la forma sociale di spa o di srl. – un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto di opzione.

L'esecuzione di una proposta concorrente – tipicamente contro la volontà del debitore rappresentato dall'organo amministrativo, presumibilmente su nomina dell'attuale socio di maggioranza – può presentare anche notevoli problemi legati a ritardi ed omissioni, in quanto coloro che dovrebbero implementare il piano sono soggetti ad esso estranei e presumibilmente contrari.

Il rimedio individuato dal legislatore delegato è previsto all'articolo 118 del Codice, il quale prevede che laddove il commissario giudiziale rilevi che il debitore sta omettendo o tardando a compiere gli atti richiesti (ivi incluso la convocazione dell'assemblea dei soci per la delibera di aumento di capitale sociale), ne riferisce subito al tribunale, il quale sentito il debitore può attribuire al commissario giudiziale medesimo i relativi poteri necessari.

Anche il creditore proponente che si è visto approvare la

proposta ha poteri al riguardo, ed è in grado di denunciare direttamente al tribunale (sul presupposto, quindi, che non vi abbia già provveduto il commissario giudiziale) i ritardi e le omissioni del debitore mediante ricorso notificato al debitore e al commissario giudiziale; spetta al creditore proponente scegliere se richiedere che sia attribuito al commissario giudiziale il potere di compiere gli atti omessi o ritardati, ovvero invece che sia nominato un amministratore giudiziario (previa revoca dell'organo amministrativo in carica).

La nomina dell'amministratore giudiziario è l'atto più invasivo, poiché quest'ultimo riceve il potere di compiere gli atti necessari a dare esecuzione alla proposta omologata, tra cui le deliberazioni di competenza dell'assemblea dei soci (inclusi anche gli aumenti di capitale sociale) – in relazione alle quali egli non solo procede a convocare l'assemblea dei soci, ma anche ad esprimere il voto per le azioni o quote facenti capo ai soci di maggioranza, di fatto esautorandoli e comprimendo definitivamente i loro diritti.

Rispetto alla norma attuale, viene limitato questo potere dell'amministratore giudiziario alle sole azioni o quote di maggioranza, mentre l'articolo 185 Lf prevede il generico esercizio del voto nell'assemblea; pare evidente che la Riforma lasci aperta la porta ai soci di minoranza relativamente alle iniziative per essi disponibili, che parimenti sono garantite in modo esplicito anche nel disposto normativo quando al comma

quinto dell'articolo 118 del Codice si prevede che sono fatti salvi i diritti di informazione e di voto dei soci di minoranza (particolarmente incisivi per minoranze qualificate o di società a responsabilità limitata).

### **Pagamento di crediti pregressi**

La norma attuale, prevista in relazione ai concordati in continuità all'articolo 182-quinques Lf, consente al debitore - laddove è prevista la continuazione dell'attività aziendale - di chiedere al tribunale di pagare crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi, se un professionista indipendente attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori (attestazione non richiesta qualora si tratti di finanza esterna irrevocabilmente acquisita, o postergata).

La prassi della maggior parte dei tribunali non consente attualmente che tra i crediti anteriori siano incluse le prestazioni di lavoro dipendente, e pertanto la Riforma precisa che il tribunale può autorizzare – alle medesime condizioni viste sopra – il pagamento della retribuzione dovuta per la mensilità antecedente il deposito del ricorso ai lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione.

Viene inoltre introdotta una ulteriore novità relativamente ai rapporti bancari e in particolare volta a consentire il regolare adempimento di contratti di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa (quindi

## LA NUOVA FINANZA PREDEDUCIBILE: LIMITI E CLAUSOLE ANTIABUSO

### Le limitazioni

- › Eliminata la finanza prededucibile "in funzione" del deposito (ex articolo 182-quater secondo comma Lf)
- › Limitata la finanza prededucibile successiva al deposito ai soli casi di continuazione (anche temporanea, se finanza urgente) dell'attività aziendale (articoli 99 e 101 del Codice)

### Clausole anti-abuso: in caso di liquidazione giudiziale, prededucibilità negata se

- › La richiesta di autorizzazione o la relativa attestazione contengono dati falsi od omettano informazioni rilevanti o il debitore ha commesso atti in frode per ottenere l'autorizzazione

E

Il finanziatore quando ha erogato conosceva a tale data le predette circostanze (finanza "urgente" ex articolo 99 del Codice)

- › Il piano di concordato preventivo risulti, sulla base di valutazione ex ante, basato su dati falsi od ometta informazioni rilevanti o il debitore abbia commesso atti in frode ai creditori

E

Il finanziatore quando ha erogato conosceva a tale data le predette circostanze (finanza "in esecuzione" ex articolo 101 del Codice)

*assets strategici* e non destinati alla dismissione), in quanto la medesima disciplina autorizzativa si applica al rimborso alla scadenza convenuta (e quindi non tardivo) delle rate a scadere del contratto di mutuo di cui sopra, se il debitore alla data di presentazione della domanda di concordato ha puntualmente adempiuto alle proprie obbligazioni o se il tribunale lo autorizza al pagamento del debito scaduto a tale data. Si tratta quindi di un adempimento ulteriore.

Naturalmente ciò sarà possibile solo dimostrando che il pagamento delle rate a scadenza non lede i diritti degli altri creditori, e dunque l'attestazione dovrà precisare che il credito potrebbe essere integralmente soddisfatto in sede di liquidazione del bene a valore di mercato.

### Contratti pendenti

In relazione alla disciplina attualmente vigente sui contratti, la Riforma introduce diverse

innovazioni con l'articolo 97 del Codice.

Innanzitutto viene precisata una norma generale che prevede la continuazione dei contratti (ad oggi esplicitamente presente nel solo articolo 186-bis Lf applicabile ai concordati con continuità aziendale, ed inferibile agli altri concordati mediante l'articolo 169-bis Lf), disponendo che proseguono anche durante il concordato i contratti in cui le prestazioni principali siano ancora ineseguite o non compiutamente eseguite (irrilevante l'adempimento integrale delle prestazioni accessorie) da entrambe le parti alla data del deposito della domanda di accesso.

In relazione ai contratti pendenti che proseguono, il debitore può chiedere con autonoma istanza l'autorizzazione a sospendere l'efficacia (in qualunque fase del procedimento unitario), ovvero ai loro scioglimento – in questo

secondo caso, ciò è possibile solamente una volta siano stati presentati piano e proposta. La sospensione, invece, può essere richiesta anche prima della presentazione della proposta e del piano, e potrà essere concessa per una durata non superiore al termine assegnato per il loro deposito; successivamente, invece, anche per una durata ulteriore, non superiore a trenta giorni dalla data del decreto di apertura.

Il contenuto dell'istanza di autorizzazione è articolato, poiché essa deve dimostrare al tribunale che la prosecuzione non è coerente con le previsioni di piano né funzionale alla sua esecuzione. Non vi è traccia di tale richiesta nella norma attuale, e pare evidente che anche l'istanza di sospensione dovrà fare comunque riferimento almeno a linee guida di piano. Occorre inoltre che l'istanza quantifichi l'indennizzo dovuto alla controparte (e di esso si dovrà tenere conto nel piano

concordatario, come già nei fatti attualmente accade), in misura equivalente al risarcimento del danno conseguente all'inadempimento, che sarà liquidato come credito chirografario alla controparte contrattuale – rimarrà invece prededucibile quanto maturato successivamente al deposito e sino alla efficacia dell'eventuale provvedimento.

L'articolo 97 del Codice introduce per equità il coinvolgimento della controparte contrattuale nell'ambito del procedimento che incide sul contratto pendente, tramite la notifica iniziale dell'istanza alla controparte, la quale può depositare memorie scritte entro sette giorni dalla notifica, opponendosi. Decorso questo termine, il tribunale (o il giudice delegato, dopo l'apertura della procedura) provvede sull'istanza con decreto motivato e reclamabile. Il decreto è efficace dalla data della notificazione del provvedimento effettuata dal debitore alla controparte. In caso di disaccordo sull'entità dell'indennizzo si avvierà un procedimento ordinario, mentre la quantificazione dell'indennizzo da parte del giudice delegato varrà ai fini del calcolo delle maggioranze.

È stato meglio precisato che, laddove lo scioglimento riguardi il contratto di locazione finanziaria, esso determinerà il diritto per il concedente alla restituzione e vendita del bene, con diritto a far valere il proprio credito vantato per canoni scaduti, a scadere e valore di riscatto sul prezzo ricavato dalla vendita. L'eventuale eccedenza sarà restituita al

debitore, mentre l'eventuale differenza sarà fatta valere al passivo della procedura come credito chirografario.

### **Finanziamenti nel concordato preventivo**

L'attuale disciplina dei finanziamenti nel concordato preventivo è contenuta negli articoli 182-quater e 182-quinques Lf, i quali prevedono finanziamenti erogati in funzione del deposito della domanda (182-quater, comma secondo) finanziamenti interinali, erogati durante la domanda (182-quinques) e finanziamenti in esecuzione del piano (182-quater, primo comma), nonché i finanziamenti soci (182-quater terzo comma).

La Riforma interviene al riguardo, restringendo notevolmente l'operatività di detti finanziamenti.

In primo luogo, scompare completamente la possibilità per il debitore di ottenere finanziamenti prededucibili erogati prima del deposito del ricorso introduttivo, ancorché previsti dal piano successivo. Non è quindi più riprodotta la disposizione dell'articolo 182-quater secondo comma della legge fallimentare.

In secondo luogo, la possibilità di ricorrere a finanziamenti prededucibili è limitata ai soli casi in cui sia prevista la continuazione dell'attività (e quindi con i limiti di prevalenza e occupazionali introdotti dalla nuova normativa), anche solo temporaneamente in funzione della successiva liquidazione; nei concordati esclusivamente liquidatori sin da subito, non sarà dunque concessa alcuna

prededucibilità ai finanziamenti comunque erogati.

### **Disciplina dell'accesso al credito**

Superati questi due sbarramenti iniziali, l'accesso al credito prededucibile è disciplinato da due norme, tese a regolare - prima dell'omologazione e successivamente a tale data - i finanziamenti autorizzati dal tribunale, previo ricorso del debitore.

Ai sensi dell'articolo 99 del Codice (che sostituisce di fatto l'articolo 182-quinques Lf), anche prima del deposito della documentazione completa, il debitore può richiedere l'autorizzazione a contrarre finanziamenti in qualsiasi forma (ivi incluso il mantenimento delle linee autoliquidanti in essere), compreso il credito di firma sotto forma di garanzie a favore di terzi (ulteriore precisazione utile); la norma consente altresì la concessione di pegno, ipoteca o crediti in garanzia dei finanziamenti prededucibili.

I finanziamenti da autorizzarsi potranno essere finalizzati sia a sostenere lo svolgimento dell'attività aziendale funzionale all'apertura e allo svolgimento del concordato preventivo, sia quello successivo, fino all'omologa; i finanziamenti destinati alla esecuzione del concordato sono invece regolati dall'articolo 101 del Codice.

Come nel vigente 182-quinques, il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, la mancanza di risorse alternative e le ragioni per le quali l'assenza dei finanziamenti pregiudicherebbe l'attività aziendale o il prosieguo della procedura, e deve essere

accompagnato dalla relazione del professionista indipendente che attesti la funzionalità dei finanziamenti richiesti alla migliore soddisfazione dei creditori e all'esercizio dell'attività aziendale per il periodo richiesto (ante e post apertura della procedura). La normativa attuale, al primo comma dell'articolo 182-quinques Lf, non prevede l'attestazione della funzionalità all'esercizio dell'attività aziendale, ma la verifica del fabbisogno finanziario dell'impresa fino all'omologazione.

Nel caso di urgenza, al fine di evitare danni gravi ed irreparabili, l'articolo 99 del Codice consente di prescindere dalla relazione del professionista indipendente. Viene quindi riprodotta la fattispecie della finanza interinale d'urgenza attualmente disciplinata dal terzo comma dell'articolo 182-quinques, con la differenza che in quest'ultimo caso tali finanziamenti possono sostenere esclusivamente fabbisogni sino allo scadere del termine per il deposito della proposta e del piano, e che deve essere in sede di richiesta precisato il "pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda".

In entrambi i casi previsti dall'articolo 99 del Codice non vi sono comunque variazioni rispetto all'attuale iter autorizzativo: il tribunale, assunte sommarie informazioni, sentito il commissario giudiziale e se lo

ritiene opportuno sentiti senza formalità i principali creditori, decide in camera di consiglio con decreto motivato entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione.

È stata infine introdotta una clausola anti-abuso, operante in caso di liquidazione giudiziale (l'unico contesto in cui risulta essenziale la tenuta della prededucibilità), che consente di escludere la prededuzione quando il ricorso o l'attestazione utilizzati per l'autorizzazione contengano dati falsi ovvero omettano informazioni rilevanti o comunque quando il debitore ha commesso altri atti in frode ai creditori per ottenere l'autorizzazione, e il curatore dimostri che il finanziatore che ha erogato conosceva, alla data dell'erogazione, le circostanze testè menzionate.

La prededucibilità dei crediti derivanti dai finanziamenti erogati dopo l'omologazione ed in esecuzione del concordato preventivo in continuità aziendale è disciplinata dall'articolo 101 del Codice (che riproduce il primo comma dell'articolo 182-quater Lf), e anche in questo caso è presente una norma anti-abuso, la quale in caso di successiva liquidazione giudiziale priva della prededuzione i relativi crediti quando il piano di concordato preventivo risulti, sulla base di una valutazione da riferirsi al momento del deposito, basato su dati falsi o sull'omissione di

informazioni rilevanti o il debitore abbia compiuto atti in frode ai debitori, e il curatore dimostra che il finanziatore, alla data di erogazione, conosceva tali circostanze.

Circa la possibilità che i soci, dopo il deposito del ricorso introduttivo e con l'autorizzazione del tribunale, possano assumere la qualità di creditori per finanziamenti prededucibili – e quindi in deroga alle diverse norme del codice civile e del Codice che comprimono fortemente i diritti dei soci per le aziende in crisi – la norma del Codice riprende il disposto attuale dell'articolo 182-quater terzo comma Lf.

Viene, quindi, limitata la prededucibilità dei finanziamenti soci erogati in esecuzione del concordato preventivo all'ottanta per cento del loro ammontare, riservando al residuo venti per cento l'ordinaria postergazione dei finanziamenti ai soci, ma fatta salva la circostanza in cui i soci eroganti abbiano acquisito tale qualità in esecuzione del concordato preventivo medesimo – fattispecie in cui la prededucibilità spetta per l'intero importo del finanziamento erogato. È stato altresì chiarito che la prededuzione all'ottanta per cento spetta anche nel caso in cui i finanziamenti siano erogati in fase antecedente all'omologa, mentre la norma attuale dell'articolo 182-quinques Lf tace sul tema. ●