

## **GLI EFFETTI DEL CORONAVIRUS SULLA CONTINUITÀ AZIENDALE DOPO L'OMOLOGAZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO**

di GIUSEPPE LIMITONE

Già si pone la questione della sorte dei concordati in continuità che siano attualmente nella fase dell'esecuzione, cioè dopo il provvedimento di omologazione, qualora non sia più possibile proseguire l'attuazione del piano o sia possibile solo in misura o con modalità talmente diverse da implicare la valutazione dell'inadempimento del piano.

La legge, in questi casi, prevede solo la risoluzione del concordato per inadempimento (art. 186 l.f.: "Ciascuno dei creditori può chiedere la risoluzione del concordato per inadempimento. Il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza.", con la successiva possibile dichiarazione di fallimento, conseguente alla risoluzione del concordato.

Evidentemente, però, questa soluzione "classica" non può considerarsi soddisfacente, perché affossa anche una sia pur minima possibilità di ripresa aziendale, con l'aggravio della "punizione" del fallimento, per un'occorrenza del tutto incolpevole, e con un danno grave per l'economia del Paese, considerato che sarebbero moltissime le imprese in concordato a trovarsi in questa situazione e con questo possibile esito funesto.

Bisogna allora fare ricorso ancora una volta a soluzioni nuove, che tengano conto dell'assoluta novità dei problemi generati dal famigerato Coronavirus.

La situazione è davvero eccezionale ed incolpevole, ma si può comunque fronteggiare con strumenti normativi (norme e principi), che sono già a disposizione dell'operatore giuridico.

Già esiste il principio nel nostro ordinamento (vedi ad es. gli artt. 1463 - impossibilità sopravvenuta - e 1467 c.c. eccessiva onerosità) per cui la prestazione può divenire inesigibile, e così - necessariamente - risultare modificato, anche radicalmente, il sinallagma funzionale, cioè il legame obbligatorio che avvince le parti di un contratto (il debitore e i creditori del concordato) rispetto ad una certa prestazione (quella promessa ai creditori, da loro approvata e sancita dalla omologazione del concordato).

Per la verità, il concordato in continuità non implica certo un'obbligazione di risultato, per cui sembrerebbe più corretto non interrompere subito la continuità (con provvedimenti tranchant), ma, piuttosto, attendere e vedere che cosa riesce a fare l'imprenditore, utilizzando, per quanto è possibile, gli strumenti già messi a disposizione dall'ordinamento (e sempre fatto salvo uno specifico provvidenziale intervento del Legislatore sul punto), con questi possibili esiti:

1) il concordato prosegue tale e quale, confidando nelle provvidenze statali da Coronavirus, e il debitore pagherà alla fine quel che potrà;

2) si consente al debitore il cambio del piano, attesa la forza maggiore che ha reso impraticabile quello approvato, come operazione societaria straordinaria necessitata dalle eccezionali circostanze, ad. esempio il mutamento dell'oggetto sociale, che dev'essere autorizzato dal tribunale in quanto atto di straordinaria amministrazione, ex art. 167, co. 2, l.f. (ad es., si dà il caso, ormai piuttosto frequente tra le imprese non in concordato, che un'azienda si converta in breve tempo a produrre mascherine protettive);

si dirà che la situazione non è regolata specificamente, tuttavia esiste invero già una norma, l'art. 185, co. 6, l.f., che attribuisce al tribunale significativi poteri di incidere fattivamente nella fase dell'esecuzione del concordato (in caso di sua inerzia, "...può revocare l'organo amministrativo, se si tratta di società, e nominare un amministratore giudiziario stabilendo la durata del suo incarico e attribuendogli il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla suddetta proposta");

esiste comunque l'art. 186-bis, co. 7, l.f., secondo cui "Se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo [in continuità] l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai

sensi dell'art. 173.", cioè attiva la procedura per la revoca del concordato, con la possibile successiva dichiarazione di fallimento, ma "Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato." (ultima parte del settimo comma dell'art. 186-bis l.f.);

si potrebbe obiettare che la norma si applica nella sola fase ante omologa, posto che la modifica del piano si pone in alternativa all'operatività dell'art. 173 l.f., che tradizionalmente si dovrebbe applicare solo "durante la procedura" e si sa che la procedura cessa con l'omologazione del concordato, tuttavia si deve osservare in contrario che: a) l'art. 173, co. 3, l.f. così recita: "...se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni per l'ammissibilità del concordato" e l'espressione "in qualunque momento" è contrapposta, nello stesso corpo di norma, a quella "durante la procedura di concordato", è possibile dunque ipotizzare che il riscontro della mancanza delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato, nel caso di specie, quelle che consentono la proficua continuità aziendale, possa essere fatto anche dopo l'omologa del concordato, in forza del richiamo dell'art. 186-bis, co. 7, l.f., e, quindi, che sia possibile neutralizzarne le conseguenze ex art. 173 l.f. con la modifica del piano; b) l'art. 173 l.f. potrebbe trovare applicazione anche dopo l'omologazione del concordato, stante la possibilità, recentemente ammessa dalla Suprema Corte (v. Cass. 17 ottobre 2018 n. 26002), di dichiarare il fallimento in modo disgiunto ed indipendente dalla preventiva risoluzione del concordato (v. anche Cass. 17 luglio 2017 n. 17703: "essendo ormai venuto meno - dopo la riforma dell'art. 186 l.fall. introdotta dal d.lgs. n. 169 del 2007 - ogni automatismo tra risoluzione del concordato e dichiarazione di fallimento"), opzione, questa, ritenuta fino ad oggi un totem insuperabile; in questo modo, potrebbero essere fatte valere anche dopo l'omologazione cause (sopravvenute, ma che sarebbero state) impeditive della continuità (se si fossero manifestate ab initio); c) questa possibilità di modifica dovrebbe discendere dallo stesso principio per il quale la modifica del piano dopo il voto dei creditori è consentita dalla legge anche nel caso del concordato minore, dall'art. 13 co. 4-ter della l. 3/2012 (legge sul sovraindebitamento), i cui tratti di affinità con il concordato maggiore sono indiscutibili ("4-ter. Quando l'esecuzione

dell'accordo o del piano del consumatore diviene impossibile per ragioni non imputabili al debitore, quest'ultimo, con l'ausilio dell'organismo di composizione della crisi, può modificare la proposta e si applicano le disposizioni di cui ai paragrafi 2 e 3 della presente sezione.”);

è quindi già previsto dalla legge che situazioni nuove possano condurre a modifiche del piano in corso d'opera, con la precisazione (valevole per il concordato minore) che si dovrà procedere a nuova votazione sulla modifica, che richiederebbe una successiva nuova omologa dell'accordo o del piano, in forza del richiamo alle “disposizioni di cui ai paragrafi 2 e 3 della presente sezione.”, dischiudendo, invece, in caso di bocciatura (tornando al concordato maggiore), i meccanismi di cui all'art. 173 l.f., oppure, meglio (mancando un richiamo espresso alle norme sull'approvazione del concordato), se la modifica (autorizzata come atto straordinario) possa essere semplicemente presa in considerazione dal tribunale come situazione che inibisce gli effetti di cui all'art. 173 l.f. e consente, invece, la prosecuzione della continuità aziendale;

come negare la prosecuzione della continuità aziendale, e far dichiarare fallita, un'azienda industriale in concordato, che si ritrovi impossibilitata a realizzare il piano industriale in continuità approvato dai creditori e omologato dal tribunale, ma che si converta alla produzione di mascherine protettive, modificando in tal senso l'oggetto sociale e facendosi all'uopo autorizzare dal tribunale?

sarebbe in definitiva preferibile consentire, ove possibile, la modifica del piano, considerando che la possibilità di cambiare il piano in corso d'opera è già prevista anche per il concordato del piccolo imprenditore dall'art. 13, co. 4-ter, della legge sul sovraindebitamento;

3) cessa concretamente la continuità e il concordato in continuità si trasforma di fatto in concordato liquidatorio, ma prosegue senza il limite della percentuale, perché la causa del mutamento è incolpevole (forza maggiore) e comunque il concordato era stato omologato come concordato in continuità e per esso non opera il limite della percentuale;

4) dovrebbe essere escluso in ogni caso il fallimento dell'imprenditore incolpevole, poiché la nuova situazione è dovuta a forza maggiore da Coronavirus;

5) il debitore potrebbe però rinunciare a far valere l'eccezione di forza maggiore e chiedere l'autofallimento, con eventuale limitato esercizio provvisorio, ove possibile, e comunque con la possibilità del concordato fallimentare.

Se ragioniamo con i parametri tradizionali, tutti i concordati in continuità rischiano di trasformarsi in fallimenti, con aggravio del default nazionale di sistema.

Occorrono, invece, in questi tempi, equiparabili a quelli bellici, risorse giuridiche adeguate al caso straordinario, sia pure strumenti consueti, però utilizzati in modo inconsueto<sup>1</sup>, per evitare di spegnere, con danno di tutti, le piccole fiammelle che riescono ancora a brillare, per cui sarebbe ragionevole un largo ricorso da parte degli operatori al concetto di forza maggiore, come causa giustificante le modifiche del piano, da compiersi come operazione societaria di straordinaria amministrazione autorizzata dal tribunale.

---

<sup>1</sup> Faccio riferimento al libro di Edward De Bono, *Il pensiero laterale* (quando le soluzioni convenzionali, frutto di un normale modo di pensare, non offrono risposte adeguate, occorre pensare lateralmente, e trovarne di nuove, che magari sono già sotto i nostri occhi).