

Guido D'Auria

**IL CONCORDATO PREVENTIVO
CRITICITÀ NELLA GESTIONE DELLE FORNITURE DI ENERGIA ELETTRICA E GAS**

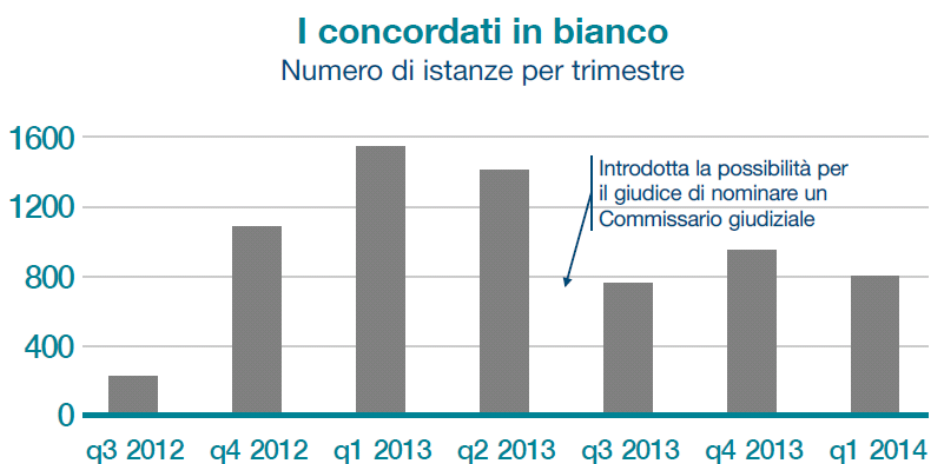
SOMMARIO: 1. I dati – 2. Il quadro normativo – 3. Il concordato in continuità: radici storiche e finalità – 4. Il concordato in continuità e il concordato in bianco: gestione della fornitura di energia – 5. Conclusioni

1. I dati

Il 2013 ha registrato oltre 3.000 procedure concorsuali non fallimentari. Questo dato rappresenta il picco più alto da oltre un decennio e il 53,8% in più rispetto all'anno precedente. L'incremento è dovuto principalmente al numero di concordati preventivi, più che raddoppiati rispetto al 2012 (+102,7%) e in particolare all'introduzione del concordato in bianco: oltre 4.400 domande di pre-concordato sono state presentate nell'anno 2013. Analizzando le domande in bianco presentate entro marzo 2013 è interessante rilevare come a 180 giorni dalla domanda solo il 35,8% è giunto all'ammissione o all'omologa del concordato. Di contro per il 24,2% la procedura si è conclusa con la dichiarazione di fallimento.

Nel primo trimestre 2014 rispetto allo stesso periodo del 2013 si registra un aumento delle procedure di concordato (+7,2%) e un calo delle domande di concordato in bianco (-48%).

L'analisi di questi dati rilevati da Cerved Group da una misura dell'impatto che l'istituto del concordato sta avendo sul tessuto economico del nostro paese. La gravità di questo fenomeno va compresa anche alla luce del fatto che ogni singolo concordato può arrivare a coinvolgere anche centinaia di creditori. Risulta inoltre evidente come l'andamento dei dati rilevati è connessa all'evoluzione normativa degli ultimi due anni.



Fonte: stime Cerved Group.

Note: il concordato in bianco è stato introdotto a settembre del 2012.

2. Il quadro normativo

Il concordato preventivo è disciplinato dalla Legge Fallimentare agli articoli 160 e seguenti. E' uno strumento deputato a risolvere la crisi di impresa attraverso un accordo tra debitore e creditori, sotto il controllo giudiziario. L'istituto, come oggi lo conosciamo, è l'esito di recenti modifiche intervenute negli ultimi due anni.

La principale modifica alla disciplina del concordato è contenuta nel decreto legge n.83/2012 (c.d. Decreto Sviluppo) convertito in legge n.134/2012 che ha introdotto significative agevolazioni a favore del debitore: il concordato in continuità, il concordato in bianco, la possibilità del debitore di sciogliere i contratti e di accedere a finanziamenti. Nello specifico riportiamo di seguito gli articoli più rilevanti ai fini della nostra attività.

Art. 161 6° comma. Domanda di concordato. L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni.

Art. 168. Effetti della presentazione del ricorso. Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.

Art. 186-bis. Concordato con continuità aziendale. 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. (...) 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.

Nel 2013 il Legislatore interviene nuovamente sull'istituto del concordato con il decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito in legge n.98/2013, introducendo ulteriori modifiche alla Legge Fallimentare volte, come riportato nella relazione illustrativa del Governo, a “*impedire condotte abusive di questo strumento - cioè domande dirette soltanto a rinviare il momento del fallimento, quando lo stesso non è evitabile-emerse dai primi rilievi statistici*”. In particolare il c.d. Decreto Fare introduce specifici obblighi informativi periodici da assolvere nella fase anteriore all'ammissione alla procedura, la facoltà di nomina del commissario giudiziale nella fase successiva alla domanda di ammissione, l'obbligo per il debitore di redigere una situazione finanziaria mensile soggetta a pubblicazione a Registro delle Imprese e l'obbligo di depositare l'elenco nominativo dei creditori con la domanda di ammissione.

Ha avuto infine un significativo impatto sull'istituto l'interpretazione autentica dell'art 111 L.F. contenuta nel c.d. “Decreto Destinazione Italia”, decreto legge 23 dicembre 2013 n.145 convertito dalla legge n.9/2014. L'interpretazione autentica definisce come preeducibili i crediti sorti in occasione o in funzione del concordato a condizione che si giunga all'apertura della procedura. Tale interpretazione è oggetto di abrogazione nel Decreto Taglia bollette in corso di conversione.

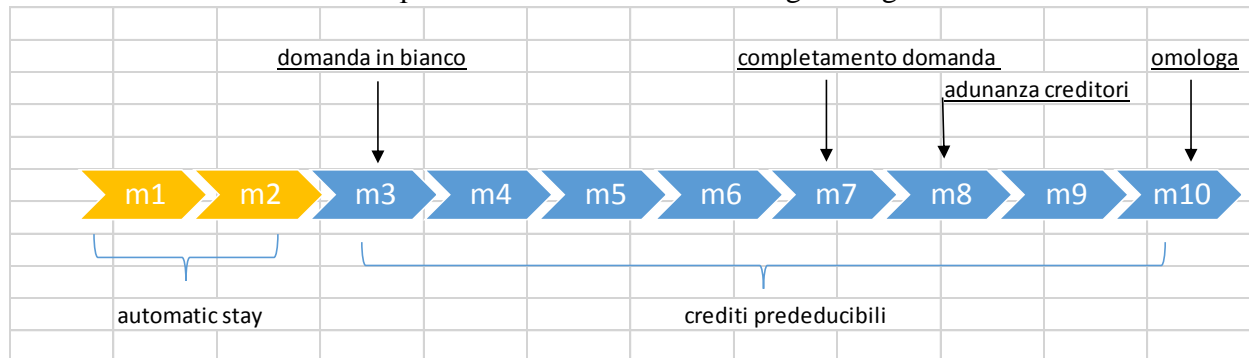
3. Il concordato in continuità radici storiche e finalità

Con le modifiche del 2012 il Legislatore ha voluto recepire, tra i primi in Europa, il Chapter 11. Si tratta del capitolo 11 della Legge Fallimentare statunitense che prevede la soluzione di crisi aziendali tramite accordi tra i creditori e garantendo la continuità dell'attività dell'azienda del debitore. Grazie al Chapter 11 hanno trovato soluzione alcune tra le più importanti crisi industriali degli USA tra cui General Motors e Chrysler. La nascita di questo istituto si riconduce a fine Ottocento quando, di fronte ad una crisi delle nuove ferrovie transcontinentali i creditori si resero conto che non avrebbero ricavato nulla dalla vendita di binari e traversine. Accettarono quindi di ricapitalizzare le società perché continuassero ad operare, confidando in tal modo di poter essere pagati nel lungo termine.

Il fine dell'istituto è quindi quello di garantire la continuità dell'azienda nell'interesse sia dei creditori sia della collettività.

4. Il concordato in continuità e il concordato in bianco: gestione della fornitura di energia

La riforma del 2012 ha rafforzato la posizione del debitore incentivando l'utilizzo del concordato per prevenire l'avvio di procedure di fallimento. Tuttavia l'aumento esponenziale di domande di concordato denota un abuso di questo istituto con il fine di eludere i pagamenti ai creditori. Il *favor* del legislatore per l'imprenditore in crisi ha incrinato la natura del concordato di "accordo" tra creditori e debitore riducendo il potere negoziale del creditore/fornitore che spesso si trova costretto a subire passivamente le diverse fasi del concordato. In particolare si rileva la posizione di assoluto svantaggio in cui si trova il fornitore di energia elettrica ed il gas. Esemplifichiamo di seguito le diverse fasi in cui si trova cliente che presenta domanda di concordato ex 161 6° comma LF volta poi a definire una proposta di continuità aziendale analizzando l'evolversi dell'esposizione del fornitore di energia in ogni fase del concordato.



Ipotizzando che il cliente presenti domanda di concordato in bianco nel mese m3 il fornitore ha già in carico nella migliore delle ipotesi minimo due mensilità di fornitura: un mese fatturato e in scadenza e un mese da fatturare. Alla pubblicazione della domanda interviene l'impossibilità di pagare i crediti anteriori e l'inibizione delle azioni giudiziarie volte al recupero del credito. Inoltre, per effetto della sola presentazione della domanda il fornitore non può azionare le clausole risolutive connesse allo stato di insolvenza del cliente. Si entra quindi in una fase in cui il fornitore, pur assistendo alla situazione di crisi in cui si trova il cliente, non può risolvere o rinegoziare il rapporto contrattuale, non può interrompere la fornitura e questi continua a prelevare energia, ancor più se il suo intento è dare continuità all'azienda. L'esposizione che il fornitore matura durante la procedura si compone quindi di un credito anteriore alla domanda e un credito successivo alla domanda. Il primo verrà soddisfatto parzialmente nella percentuale definita in fase di omologa. Il credito in continuità dovrà essere puntualmente pagato dal concordato nel caso in cui questo percorra tutte le fasi ordinarie della procedura: il completamento della domanda, l'ammissione, l'adunanza dei creditori fino all'omologa e al successivo rispetto del piano.

Tuttavia l'esperienza dimostra come questo percorso possa interrompersi per il verificarsi di diversi eventi. Dai numeri sopra esposti risulta che a 180 giorni dalla domanda solo il 35,8 % giunge all'omologa. Cerchiamo quindi di esemplificare le situazioni in cui il concordato non va a buon fine analizzando l'ulteriore incremento della posizione di rischio del fornitore. Solo al mese m5 il fornitore potrà saggiare la solvibilità del cliente verificando la puntualità nei pagamenti della prima fattura relativi ai consumi successivi alla domanda e, in caso di mancato pagamento, avviare la procedura di sospensione per morosità prevista dalla delibera ARG/elt 4/08. Ci si trova tuttavia in situazioni di crisi aziendali ove la sospensione della fornitura di energia non avrebbe altro effetto se non interrompere il tentativo di risanamento portando il cliente verso il fallimento. Il fallimento del cliente è il rischio che si prospetta anche in fase di ammissione e di omologa. Ove il Tribunale dichiara inammissibile la domanda o non provveda all'omologa il debitore si espone al fallimento su richiesta di un creditore o del P.M. Il fallimento del cliente comporta sicuramente per il fornitore la perdita del credito anteriore alla domanda. Per quanto riguarda il credito post domanda questo potrebbe godere di prededuzione nel solo caso in cui si sia giunti all'omologa e si dimostri consequenzialità tra le due procedure. Sia nel caso di riconoscimento della prededuzione sia nel

caso contrario il recupero del credito si prospetta difficoltoso e con percentuali di recupero estremamente basse. Il rischio del fallimento si prospetta inoltre anche su semplice iniziativa del debitore nel caso in cui ad esempio non provveda a presentare la documentazione richiesta dal Tribunale. In questi casi risulta evidente a posteriori l'utilizzo della domanda di concordato con il solo fine di posticipare il fallimento a danno dei fornitori. I dati dimostrano la concretezza di questo rischio: a 180 giorni dalla domanda di concordato il 24,2% delle aziende si trova già in fallimento. Un ulteriore elemento di rischio è il piano in continuità con cessione di ramo d'azienda. Di fatto si formalizza la creazione di una bad company e il risanamento con la costituzione di una newco cui cedere gli asset produttivi dell'azienda. Anche in questo caso il fornitore di energia assiste alla perdita quasi certa di tutto il suo credito.

Va rilevato infine il fatto che il Legislatore ha avvertito l'esigenza di introdurre una tutela a favore dei fornitori riconosciuti come essenziali per garantire la continuità. L'art. 182 quinquies comma 4 consente infatti al debitore di richiedere autorizzazione al pagamento dei crediti anche anteriori alla domanda per forniture essenziali. Tuttavia sono rari i pronunciamenti in tal senso sia per l'inerzia del debitore, unico titolato ad avanzare tale richiesta, sia per il legame con lo stato di continuità che si definisce solo al completamento della proposta.

5. Conclusioni

Lo scopo di questa relazione è contribuire all'ampio dibattito in corso per limitare l'abuso del ricorso al concordato cui si è assistito in questi ultimi anni. Tale abuso, dimostrato dai dati sopra esposti, è stato accertato e denunciato da numerose associazioni di categoria, da gran parte della dottrina oltre che dal legislatore stesso che, come richiamato, in occasione del decreto Fare ha parlato di *“domande dirette soltanto a rinviare il momento del fallimento, quando lo stesso non è evitabile”*. Si tratta di comportamenti che minano il mercato nei suoi principi fondamentali, primi tra tutti il principio di buona fede e di certezza dei pagamenti. Urge quindi intervenire su questa fattispecie aumentando gli adempimenti in fase di presentazione della domanda *“in bianco”* e ridurre i tempi per giungere all'ammissione in modo da poter distinguere le situazioni in cui il tentativo di risolvere la crisi di impresa è fondato da quelle in cui il tentativo è volto solo a eludere i pagamenti o posticipare il fallimento.

In particolare, alla luce di quanto esposto, riteniamo urgente riconoscere ai fornitori di energia elettrica e gas una specifica tutela sia perché la natura della fornitura li espone ad un maggior rischio sia perché essenziali proprio a garantire la continuità dell'azienda ove prevista.

Concludiamo quindi proponendo alcuni correttivi volti a riequilibrare la posizione del fornitore di energia e gas. Li sottoponiamo come spunti a codesta Autorità anche se non di sua specifica competenza ove ritenga opportuno approfondire la problematica e segnalarla alle competenti istituzioni.

- Rendere più efficace l'applicazione dell'art. 182 quinquies comma 4 L.F.: estendere l'esercizio della richiesta anche in capo ai creditori, introdurre l'obbligo già al deposito dell'istanza di individuare i fornitori strategici e chiederne autorizzazione al pagamento anche ante concordato, fissare in fase di assegnazione del termine l'autorizzazione del tribunale al pagamento dei fornitori strategici, assegnare al commissario giudiziale anche il compito di autorizzare detti pagamenti.
- Ripristino delle percentuali minime garantite ai creditori chirografari almeno al 30%: ante riforma del 2006 era previsto un pagamento minimo garantito ai creditori chirografari del 40 %, oggi si assiste a concordati approvati con percentuali irrisorie.
- Riconoscimento d'ufficio del carattere di essenzialità della fornitura di energia elettrica e gas e quindi il soddisfacimento intero dei crediti in caso di continuità.

- Socializzazione di quota parte dei crediti connessi a procedure concorsuali individuando una percentuale eccedente il rischio commerciale riconducibile ai vincoli normativi che rendono impossibile l'ordinaria tutela del credito per il fornitore di energia e gas.
- Dimezzamento dei tempi di costituzione in mora e sospensione nel caso di clienti in procedura concorsuale.
- Chiarire la possibilità di sospendere la fornitura anche per crediti anteriori alla domanda di concordato.
- Applicazione dell'art 74 LF per analogia al concordato fin dalla presentazione della domanda.

Guido D'Auria

Ufficio legale

Utilità S.p.A.

tel. (+ 39) 02 3360 6289 Mail.

g.dauria@utilita.com