

LE NUOVE MODIFICHE ALLA DISCIPLINA DELLA CRISI DI IMPRESA

A cura del Dipartimento italiano
Restructuring

Daniela Andreatta
dandreatta@orrick.com

Lo scorso 15 giugno il Governo ha approvato il decreto legge finalizzato ad alimentare la crescita economica del Paese, il cosiddetto Decreto Sviluppo¹. Il Decreto Sviluppo include, tra l'altro, alcune importanti modifiche alla legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942 n. 267; di seguito la "Legge Fallimentare") ed in particolare alle procedure di composizione della crisi d'impresa, accogliendo così le istanze formulate dagli operatori del settore che da tempo invocavano una maggiore flessibilità e chiarezza della disciplina. Qui di seguito si riassumono le modifiche più significative.

Il presente documento è una nota di studio. Quanto nello stesso riportato non potrà pertanto essere utilizzato o interpretato quale parere legale né utilizzato a base di operazioni straordinarie né preso a riferimento da un qualsiasi soggetto o dai suoi consulenti legali per qualsiasi scopo che non sia un'analisi generale delle questioni in esso affrontate.

La riproduzione del presente documento è consentita purché ne venga citato il titolo e la data accanto all'indicazione: Orrick, Herrington & Sutcliffe, Newsletter.

1. PIANI ATTESTATI EX ARTICOLO 67 LETT. D LEGGE FALLIMENTARE (I "PIANI ATTESTATI")

Il Decreto Sviluppo integra l'articolo 67, terzo comma, lettera d) della Legge Fallimentare per chiarire alcuni aspetti relativi all'intervento dell'esperto che ricava in larga parte dalla prassi giurisprudenziale consolidatasi sul tema a seguito della riforma del 2005.

Più in particolare l'esperto ora deve:

- (i) **essere designato dal debitore** e non dal Tribunale come ritenuto per un lungo periodo da alcuni operatori;
- (ii) **attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano**, come già previsto in tema di concordato preventivo e come peraltro già richiesto dalla giurisprudenza maggioritaria;
- (iii) **essere un professionista indipendente** ed a tale fine la nuova previsione chiarisce che non può essere legato all'impresa (ed a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento) da rapporti di natura personale

¹ Il testo integrale del Decreto Sviluppo è disponibile sul sito <http://www.tgcom24.mediaset.it/politica/articoli/1049528/decreto-sviluppo-il-testo-integrale.shtml>. Ultimo accesso 18 giugno 2012.

o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; deve essere in possesso dei requisiti di indipendenza richiesti ai sindaci e non deve avere prestato attività di lavoro autonomo o subordinato a favore del debitore negli ultimi cinque anni, neppure tramite altri professionisti con cui è unito in associazione professionale, né nello stesso periodo può avere partecipato agli organi di amministrazione o di controllo del debitore.

Infine, la novella prevede che il **Piano Attestato può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore**. Questa forma di pubblicità - come sarà illustrato al paragrafo 7 - ha una rilevanza soprattutto fiscale, perché la nuova disciplina collega ad essa un'esenzione da tassazione delle sopravvenienze attive realizzate dal debitore in virtù del Piano Attestato (esenzione che non opera invece in difetto di pubblicità del piano).

2. CONCORDATO PREVENTIVO

Il Decreto Sviluppo prevede numerose e rilevanti integrazioni alla disciplina del concordato preventivo che sono sintetizzate qui di seguito.

2.1 Procedimento

La bozza integra l'articolo 161 della Legge Fallimentare per stabilire che:

- (a) il ricorso deve essere corredato da un **piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta**. Questo nella prassi già accade, ma l'integrazione serve certamente a colmare una lacuna dell'articolo 161. Sempre con riferimento al piano la novella chiarisce poi che l'esperto incaricato di asseverarlo deve essere designato dal debitore (come previsto in tema di Piano Attestato) ;
- (b) **la domanda di concordato è pubblicata**, a cura del cancelliere, **nel registro delle imprese** entro il giorno successivo al deposito in cancelleria, mentre oggi una tale domanda non è accessibile ai creditori;
- (c) **la proposta, il piano e i documenti** da allegare alla domanda **possono essere depositati** dal debitore in un momento successivo all'avvio del procedimento e precisamente **in un termine stabilito dal giudice compreso tra 60 e 120 giorni dal relativo deposito**. Oggi la norma consente al debitore di integrare il piano ed i documenti entro 15 giorni dal suo deposito, ma l'esperienza ha dimostrato che si tratta di un processo inadeguato. Strutturare una domanda di concordato richiede tempi non brevi durante i quali il debitore è esposto alle azioni esecutive dei creditori che spesso finiscono con il pregiudicare la stessa proponibilità del concordato. La nuova norma intende ovviare a questo problema offrendo al debitore un periodo di "moratoria" (ossia di sospensione delle azioni esecutive) di 60/120

giorni durante il quale preparare la proposta con ciò avvicinandosi alla disciplina statunitense del procedimento di composizione noto come “Chapter 11”.

In quest’ottica la novella prevede poi che **entro il termine dei 60/120 giorni il debitore possa presentare un domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione** ex articolo 182bis **anziché una proposta di concordato preventivo** e che in difetto di deposito vuoi della proposta concordataria vuoi della domanda di omologazione di un accordo ex articolo 182bis il ricorso sia dichiarato inammissibile ai sensi del secondo e del terzo comma dell’articolo 162.

Infine, **durante il periodo di interregno** (tra il deposito del ricorso e il decreto di ammissione alla procedura) **il debitore** – secondo la nuova norma – **può compiere gli atti di ordinaria amministrazione**, mentre **per quelli di straordinaria amministrazione deve essere autorizzato dal tribunale**; **i crediti di terzi** sorti nel medesimo periodo per effetto di atti legalmente compiuti dal debitore **sono prededucibili** ai sensi dell’articolo 111 della legge fallimentare.

2.2 Contratti in corso

Il Decreto Sviluppo – mutuando nuovamente concetti rinvenienti dalla disciplina statunitense del “Chapter 11” - introduce un innovativo articolo 169*bis* che **permette al debitore di chiedere nel ricorso di essere autorizzato a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso o, alternativamente, di sospenderne l’efficacia per un periodo non superiore a 60 giorni prorogabile una sola volta**². Non possono formare oggetto della richiesta i contratti di lavoro, i contratti preliminari di vendita di immobili destinati alla prima abitazione e i contratti di locazione. La **controparte** contrattuale **ha diritto a un indennizzo** equivalente al risarcimento del danno per il mancato adempimento da soddisfarsi “come credito anteriore al concordato” e quindi soggetto alla falcidia concordataria.

2.3 Concordato in continuità

Il Decreto Sviluppo detta una specifica disciplina per il concordato con continuità aziendale, che definisce come il concordato il cui piano prevede la prosecuzione dell’attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell’azienda in esercizio oppure il conferimento dell’azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione. La disciplina è inserita in un nuovo articolo 186bis.

A. Piano

Per assicurare che un tale concordato non pregiudichi i diritti dei creditori la novella richiede che **il piano** consideri attentamente i risvolti economici e finanziari della prosecuzione dell’attività di impresa e **prevede**

² Lo scioglimento del contratto non ha effetto sulla clausola arbitrale.

quindi l'**espresa indicazione nel piano dei costi e dei ricavi attesi da tale prosecuzione, delle risorse finanziarie necessarie a tale fine e delle modalità con cui il debitore intende reperirle**. Con la stessa finalità la norma richiede poi che l'**esperto** in sede di attestazione del piano **confermi che la prosecuzione dell'attività di impresa prevista nel piano è funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori**.

B. Pagamento dei creditori

Per agevolare la riuscita del piano la nuova disciplina **consente al debitore**:

(a) **di prevedere una moratoria fino a 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;

(b) **di essere autorizzato dal Tribunale a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi**, purché un esperto³ attesti che tali pagamenti sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali al migliore soddisfacimento dei creditori. Questa attestazione non è necessaria se i pagamenti in questione sono effettuati utilizzando la nuova finanza messa a disposizione del debitore "senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori".

C. Contratti pendenti

La nuova disciplina interviene eliminando uno dei gravi ostacoli che spesso impediscono il ricorso al concordato preventivo, ossia la risoluzione dei contratti in corso soprattutto con le pubbliche amministrazioni. Stabilisce, infatti, il nuovo articolo 186bis che **i contratti pendenti alla data del deposito del ricorso, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono** per effetto dell'apertura della procedura e **sono inefficaci i patti contrari**. Della continuazione dei contratti con le pubbliche amministrazioni può beneficiare anche la società cessionaria o conferitaria dell'azienda o di rami d'azienda del debitore alla quale i contratti siano trasferiti, purché tale società sia in possesso dei requisiti richiesti dalla legge per la relativa esecuzione⁴.

Quanto ai rapporti con le pubbliche amministrazioni, la nuova disciplina chiarisce che **l'ammissione al concordato non impedisce**:

- la continuazione dei contratti in corso ove l'esperto abbia attestato la loro conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del debitore;

- **la partecipazione del debitore a procedure di assegnazione di contratti pubblici** (anche in raggruppamento temporaneo di imprese, ma non in qualità di mandatario), purché lo stesso presenti in gara: (a) la relazione di un professionista (avente i medesimi requisiti dell'esperto) in cui questi attesti che la partecipazione alla gara è conforme al piano e che il debitore è ragionevolmente capace di adempiere il contratto

³ ossia un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), L.F.

⁴ In sede di cessione o di conferimento dell'azienda o del ramo o rami d'azienda il giudice delegato provvede alla cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni.

in caso di assegnazione; e (b) la dichiarazione di un altro operatore in possesso di tutti i requisiti per l'affidamento dell'appalto (anche uno dei membri dell'eventuale raggruppamento temporaneo di imprese) con cui lo stesso si impegna a mettere a disposizione le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto per tutta la durata del contratto ed a subentrare all'impresa in concordato nel caso in cui quest'ultima fallisca o non sia in grado di adempiere il contratto⁵. La nuova norma prevede infine che ove cessi la prosecuzione dell'attività d'impresa o la stessa risulti manifestamente dannosa per i creditori, il tribunale possa revocare il concordato ai sensi dell'art. 173, ferma restando la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato.

3. ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE EX ARTICOLO 182BIS LEGGE FALLIMENTARE (GLI “ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE”)

Il Decreto Sviluppo tocca anche la disciplina degli Accordi Di Ristrutturazione per precisarne alcuni aspetti e per estenderne parte dei benefici previsti in tema di concordato in continuità.

3.1 Piano

La novella integra l'articolo 182bis per chiarire da un canto che **l'esperto deve essere designato dal debitore e deve attestare la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo** soprattutto con riferimento al trattamento dei creditori non aderenti e dall'altro che **l'Accordo Di Ristrutturazione deve consentire il pagamento dei creditori estranei entro** i seguenti termini:

- **120 giorni dall'omologazione in caso di crediti già scaduti a quella data;**
- **120 giorni dalla scadenza in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione.**

Con questo intervento il legislatore conferma una prassi giurisprudenziale pressoché consolidata sul ruolo dell'esperto e fornisce un importante chiarimento in merito all'orizzonte temporale di pagamento dei creditori estranei sul quale la giurisprudenza di merito non è attualmente univoca, oscillando tra posizioni generose (che consentono pagamenti dilazionati nel tempo magari compensati dal pagamento di interessi) e posizioni più severe (che impongono pagamenti integrali e immediati).

Infine, sempre integrando il testo dell'articolo 182bis e precisamente il suo ottavo comma la nuova disciplina prevede che **il debitore** il quale abbia ottenuto dal Tribunale la “moratoria anticipata” ai sensi del settimo comma dello stesso articolo **possa depositare una domanda di concordato preventivo anziché un Accordo Di Ristrutturazione entro il termine** (di non oltre 60 giorni) **fissato dal Tribunale**, conservando comunque i benefici della moratoria.

3.2 Pagamento creditori

⁵ La nuova norma richiama ai fini di tale dichiarazione le disposizioni in tema di avvalimento di cui all'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163.

Al pari di quanto previsto in tema di concordato in continuità è **riconosciuto al debitore il diritto** di richiedere al Tribunale in sede di presentazione di una domanda di omologazione di un Accordo Di Ristrutturazione ovvero una domanda di “moratoria anticipata” ex articolo 182bis, sesto comma, **di essere autorizzato a pagare crediti anche anteriori per prestazioni di beni e servizi**. Anche in questo caso, la richiesta deve essere accompagnata dall’attestazione dell’esperto che i pagamenti in questione sono essenziali per la prosecuzione dell’attività di impresa e funzionali al migliore soddisfacimento dei creditori, salvo – come già visto in tema di concordato - che i pagamenti siano eseguiti con nuova finanza apportata “senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato”.

I pagamenti in questione una volta **effettuati sono esenti da revocatoria**.

4. FINANZIAMENTI IN PREDEDUZIONE

Il Decreto Sviluppo è intervenuto poi su un tema delicato, quello dei finanziamenti in prededuzione per agevolare il ricorso a tali strumenti che è fortemente compresso dalla normativa attuale.

Il nuovo articolo 182quinquies prevede che **il debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo** (anche nelle nuove 2 fasi) **o una domanda di omologazione di un Accordo Di Ristrutturazione** o una domanda di “moratoria anticipata” ex articolo 182bis, sesto comma, **può chiedere al Tribunale di essere autorizzato a contrarre finanziamenti prededucibili ex articolo 111**, sempreché un esperto⁶ attesti che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori tenuto conto del fabbisogno finanziario dell’impresa sino all’omologazione.

I finanziamenti – secondo la novella - non devono essere già oggetto di trattative al momento dell’istanza e l’autorizzazione può limitarsi a indicarne la tipologia e l’importo. Il Tribunale può anche autorizzare il debitore a concedere pegni o ipoteche a garanzia dei finanziamenti in questione.

5. REVOCATORIA E INEFFICACIA

Il Decreto Sviluppo **estende l’esenzione da revocatoria a “gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere” dopo il deposito della domanda di concordato preventivo** (e a tale fine integra la lettera e) del terzo comma dell’articolo 67) e introduce poi una **nuova ipotesi di inefficacia** per arginare quelle frequenti iniziative dei creditori condotte durante il periodo di gestazione della domanda di concordato che finiscono con il pregiudicarne la stessa presentazione. Si tratta delle **ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori alla pubblicazione della domanda di concordato al registro delle imprese** che la novella dichiara appunto inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

⁶ ossia un professionista in possesso dei requisiti di cui all’articolo 67, terzo comma, lettera d).

6. RIDUZIONE O PERDITA DEL CAPITALE SOCIALE

Il Decreto Sviluppo è opportunamente intervenuto anche per coordinare la disciplina del concordato preventivo e degli Accordi Di Ristrutturazione con la disciplina codicistica relativa alla tutela del capitale sociale che oggi spesso ostacola il risanamento delle società in crisi in ragione della loro esigua o nulla capitalizzazione.

Il Decreto Sviluppo introduce infatti un nuovo articolo 186sexies ai sensi del quale **dalla data di deposito della domanda di concordato preventivo** (anche nelle nuove 2 fasi) **ovvero della domanda di omologazione di un Accordo Di Ristrutturazione ovvero della domanda di “moratoria anticipata”** ai sensi del sesto comma dell'articolo 182bis **sino alla loro omologazione non si applicano gli articoli del codice civile dedicati alla riduzione del capitale sociale per perdite** (per le società per azioni gli articoli 2446, commi secondo e terzo, e 2447 c.c.; per le società a responsabilità limitata gli articoli 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter c.c.) **ed alle cause di scioglimento conseguenti a tali riduzioni** (per le società per azioni e le società a responsabilità limitata l'articolo 2484 n. 4 e per le società cooperative l'articolo 2545-duodecies cc).

Resta fermo tuttavia nel periodo anteriore alla presentazione delle domande predette l'obbligo degli amministratori di agire ai soli fini della conservazione del valore del patrimonio sociale ai sensi dell'articolo 2486 c.c. ove ricorra un'ipotesi di scioglimento della società (tipicamente la riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale).

7. DISPOSIZIONI FISCALI

Il Decreto Sviluppo migliora poi il trattamento fiscale degli effetti derivanti dalle procedure di composizione della crisi tanto dal lato del debitore quanto dal lato dei creditori.

Partendo dal debitore il Decreto Sviluppo amplia l'ambito di applicazione dell'articolo 88 del D.P.R. 22/12/1986 n. 917 precisando che **non si considera sopravvenienza attiva la riduzione dei debiti di impresa conseguente ad Accordi Di Ristrutturazione omologati ovvero a Piani Attestati pubblicati presso il registro delle imprese** per la parte eccedente le perdite di cui all'articolo 84 del medesimo D.P.R. 917/1986. Attualmente tale beneficio è limitato alla riduzione dei debiti derivante da un concordato preventivo o da un concordato fallimentare.

Dal lato del creditore il Decreto Sviluppo interviene sull'articolo 101 del D.P.R. 22/12/1986 n. 917 per rendere **deducibili le perdite sui crediti conseguenti ad un Accordo Di Ristrutturazione omologato**, mentre oggi il beneficio è limitato alle perdite derivanti da una procedura concorsuale quali il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria e il concordato preventivo. Resta esclusa invece la possibilità di dedurre le perdite sui crediti conseguenti all'adesione ad un Piano Attestato, il che ne ridurrà fortemente l'attrattività.

8. DISPOSIZIONI PENALI

Infine in attesa della riforma del diritto penale fallimentare il Decreto Sviluppo introduce una nuova norma penale e precisamente il nuovo articolo 236 bis rubricato “Falso in attestazioni e relazioni”. Questa nuova disposizione sanziona con la **reclusione** da due a cinque anni e con una **multa** da euro 50.000,00 a euro 100.000,00 **l'esperto che** nell'attestazione di un Piano Attestato, di un concordato preventivo ovvero di un Accordo Di Ristrutturazione **espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti. La pena è aumentata** se il fatto è commesso per sé o per altri (i.e. incluso il debitore) un ingiusto profitto; se poi dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata sino alla metà.

La nuova disposizione si applica ai procedimenti di concordato preventivo e di omologazione degli Accordi Di Ristrutturazione introdotti dal trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione del Decreto Sviluppo nonché ai Piani Attestati elaborati successivamente a tale termine.