

Misure introdotte dal Governo per facilitare la gestione delle crisi aziendali

Il Consiglio dei Ministri ha approvato su proposta del Ministro dello sviluppo economico, delle infrastrutture e dei trasporti, un pacchetto contenente un ventaglio di misure urgenti e strutturali tra cui rientrano anche ulteriori modifiche alle procedure che disciplinano (e in un certo senso favoriscono) la risoluzione della crisi d'impresa. Per quanto fossero stati fatti già notevoli progressi con la riforma del 2010, la normativa fallimentare presentava ancora criticità che frenavano la concessione di finanzia interinale (spesso indispensabile per soddisfare le esigenze di cassa e assicurare la sopravvivenza della società e la prosecuzione della sua attività d'impresa) e rendevano particolarmente difficile la gestione della crisi d'impresa in situazioni fisiologiche di sottocapitalizzazione delle imprese.

Il Decreto Legge è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 147 del 26 giugno 2012, Supplemento Ordinario n. 129. La nuova normativa si applicherà ai concordati preventivi ed agli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis* della Legge Fallimentare ("**L.F.**") introdotti dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, nonché ai piani di cui all'*art. 67, terzo comma lettera d)* L.F., elaborati successivamente al predetto termine¹.

L'opzione di fondo che ha orientato l'intervento, come si legge anche nella Relazione Illustrativa, "è quella di incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi, piuttosto che quella di assoggettarla a misure di controllo esterno che la rilevino". Riassumiamo qui di seguito le principali novità introdotte con riferimento alle diverse procedure di ristrutturazione disciplinate dalla Legge Fallimentare.

I nostri contatti:

Per maggiori dettagli sugli argomenti trattati in questa pubblicazione, potete contattare i seguenti referenti:

Avv. Giuseppe De Palma, Finance & Capital Markets Partner
giuseppe.depalma@cliffordchance.com

Francesca Imbriani, Finance & Capital Markets Senior Associate
francesca.imbriani@cliffordchance.com

Avv. Fabio Guastadisegni, Litigation Partner
fabio.guastadisegni@cliffordchance.com

Prof. Avv. Carlo Felice Giampaolino, Litigation Partner
carlofelice.giampaolino@cliffordchance.com

Avv. Lia Campione, Litigation Senior Associate
lia.campione@cliffordchance.com

¹ Secondo l'iter legislativo previsto per i decreti legge, esso dovrà essere convertito in legge entro i successivi 60 giorni. In sede di conversione, potrebbero essere introdotte modifiche, integrazioni e cancellature mentre in caso di mancata conversione entro i termini previsti, il Decreto Legge perderebbe efficacia sin dall'inizio. Sarà quindi importante seguire eventuali modifiche apportate nel corso dell'esame del Decreto Legge da parte del Parlamento in sede di conversione, e a tal proposito è nostra intenzione fornire specifici aggiornamenti in merito agli ulteriori sviluppi

Piani di risanamento ex art. 67, terzo comma L.F.

Nuovo requisito di indipendenza del professionista (nuova lett. d) dell'art. 67, terzo comma L.F.)

Si segnala innanzitutto che l'articolo 67, comma 3, lettera (d), recante la disciplina dei cosiddetti piani di risanamento, è stato riscritto al fine di rafforzare i requisiti di indipendenza del professionista nonché di precisare che questo è scelto dal debitore. Tali requisiti di indipendenza sono ovviamente necessari anche in tutte le altre procedure di ristrutturazione in cui sia prevista la necessità della relazione o del parere del professionista indipendente.

La nuova disciplina dispone, appunto, che il professionista debba essere indipendente, cioè (i) non debba essere legato al debitore da rapporti personali o di lavoro e, più in generale, (ii) non debba avere interesse all'operazione di risanamento e, in ogni caso, (iii) debba essere in possesso dei requisiti che la legge prevede per i sindaci (art. 2399 c.c.²). Il professionista, non potrà, inoltre, aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore o aver partecipato agli organi di amministrazione o di controllo. Al professionista viene richiesto di attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano e non soltanto la ragionevolezza del piano come previsto in precedenza. L'introduzione del requisito di indipendenza dell'esperto e delle specifiche situazioni di incompatibilità, non può che rafforzare il ruolo dell'esperto e mettere in rilievo la sua funzione cardine, forse a scapito del ruolo del giudice che assume un ruolo esterno e di mero controllore formale della documentazione.

Pubblicazione del piano

Il piano di risanamento può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore.

Modifiche al concordato preventivo

Deposito anticipato del solo ricorso di concordato preventivo – Anticipazione degli effetti protettivi anticipatori (art. 161 L.F.)

Si consente al debitore di depositare un ricorso contenente la sola domanda di ammissione al concordato preventivo, riservando ad un momento successivo il deposito della proposta, del piano e dell'ulteriore documentazione richiesta dal secondo e terzo comma dell'articolo 161 della Legge Fallimentare. La nuova disciplina prevede, infatti, che sia il giudice, al momento del deposito della domanda di ammissione, ad assegnare al debitore un termine (compreso tra 60 e 120 giorni) per integrarla. Nello stesso termine il debitore può, in alternativa, depositare domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis L.F. La nuova norma precisa, altresì, che il debitore può, anche prima del provvedimento di apertura della procedura di concordato, compiere atti di ordinaria amministrazione e, se autorizzato dal tribunale, anche quelli di straordinaria amministrazione. Si consente così al debitore di beneficiare immediatamente degli effetti protettivi del proprio patrimonio conseguenti al deposito della domanda di concordato e si impedisce che i tempi di preparazione della proposta e del piano aggravino la situazione di crisi fino a generare un vero e proprio stato di insolvenza.

Contratti in corso di esecuzione (nuovo art. 169-bis L.F.)

E' stabilito che, previa autorizzazione del tribunale - da richiedere con la domanda di ammissione al concordato preventivo - il debitore possa sciogliersi dai contratti in corso qualora ciò faciliti la risoluzione della crisi. Inoltre, il debitore può richiedere

In evidenza

- Piani di risanamento ex art. 67, terzo comma L.F.
- Modifiche al concordato preventivo
- Modifiche agli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis L.F.)
- Disposizioni comuni alle procedure di ristrutturazione
- Sanzione penale (nuovo art. 236-bis Legge Fallimentare)

² Si ricorda che non possono essere eletti alla carica di sindaco (i) gli interdetti, inabilitati, falliti o chi è stato condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi, (ii) coniugi, parenti e affini entro il quarto grado degli amministratori della società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo, (iii) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza.

la sospensione del contratto per non più di 60 giorni (con una sola possibilità di proroga). In tali casi, l'altro contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento e tale credito sarà soddisfatto come credito anteriore al concordato (ovvero in base alle percentuali indicate nella proposta). Tale disciplina non si applica ai rapporti di lavoro subordinato, di locazione e fondati su contratto preliminare di compravendita d'immobile abitativo trascritto, né si estende alle clausole compromissorie eventualmente contenute nel contratto.

Disciplina del concordato con continuità aziendale – continuità dei contratti pubblici pendenti e possibilità di partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici (nuovo art. 186-bis L.F.)

E' introdotta una nuova disposizione che disciplina i piani di concordato preventivo finalizzati alla prosecuzione dell'attività d'impresa, prevedendo in particolare (come detto nella Relazione Illustrativa), la continuazione dei contratti in corso.

E', inoltre, previsto che il piano possa disporre la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa e che il professionista incaricato di redigere il piano debba attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Al fine di favorire il concordato preventivo con continuità aziendale, si esclude, innanzitutto, la possibilità di risoluzione dei contratti pendenti in conseguenza dell'ammissione alla procedura di concordato (fermo quanto previsto dall'art. 169-bis). Ogni patto contrario è inefficace. Tale previsione si applica anche ai contratti stipulati con la pubblica amministrazione, purché un professionista in possesso dei requisiti previsti dalla legge attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento dell'impresa. Infine, l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, purché l'impresa presenti in gara (i) una relazione del professionista indipendente sulla capacità di adempimento dell'impresa e (ii) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegna nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Laddove poi il concorrente partecipi in ATI con altre imprese *in bonis*, esso non deve rivestire il ruolo di mandatario.

L'introduzione di una specifica disciplina dei contratti in corso (ad oggi regolata solo per il caso di fallimento dell'impresa) va incontro a delle reali esigenze e difficoltà riscontrate nella prassi, che in assenza di un chiaro intervento legislativo, hanno spesso impedito a imprese operanti nel settore pubblico l'accesso agli accordi di ristrutturazione e concordato preventivo, in particolare.

Si riconosce inoltre al debitore la possibilità di prevedere nel piano una moratoria sino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di cause legittime di prelazione (privilegio, pegno o ipoteca).

Nuova esenzione dalla revocatoria

L'art. 67, comma terzo lett. e) L.F. è stato modificato anche in relazione all'esenzione da revocatoria collegata agli atti posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, stabilendo che non sono soggetti all'azione revocatoria anche gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, con ciò ampliando notevolmente la portata dell'esenzione.

Sempre nell'ambito della procedura di concordato preventivo sono state introdotte ulteriori novità:

- La pubblicazione obbligatoria ed ex officio della domanda di ammissione al concordato preventivo nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria (art. 161, quinto comma, L.F.).
- L'inefficacia - rispetto ai creditori anteriori al concordato - delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese (art. 168, terzo comma, L.F.).
- L'integrazione o riformulazione della relazione del professionista nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano (art. 161, terzo comma, L.F.).

Modifiche agli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis L.F.)

La principale novità riguarda i creditori estranei per i quali si prevede l'obbligo dell'integrale (anziché del regolare) pagamento; tali creditori saranno sempre soddisfatti per intero ma con una moratoria legale di cento-venti giorni dall'omologazione, ove titolari di crediti scaduti a quella data, e dalla scadenza, se successiva. Si tratta di una novità di rilievo che, come riferito nella Relazione Illustrativa, consente al debitore in crisi di poter beneficiare del c.d. scaduto fisiologico.

La nuova disposizione, come evidenziato nella Relazione Illustrativa, consente inoltre al debitore che ha già depositato una proposta di accordo ai sensi del sesto comma dell'art. 182 bis, "*non solo di depositare un accordo diverso da quello annunciato nella proposta, ma anche di presentare una domanda di concordato preventivo, anche anticipata, conservando gli effetti protettivi già prodottis*". Con questa nuova previsione, si conferisce maggiore flessibilità e facoltà di scelta nella fase delle trattative con i creditori.

E' inoltre previsto che il professionista debba attestare non solo la fattibilità del piano ma anche la veridicità dei dati aziendali come previsto nel piano allegato alla domanda di ammissione al concordato preventivo (si tratta solo di un chiarimento implicito perché il professionista non avrebbe potuto attestare la fattibilità del piano senza avere contezza dei dati aziendali).

Disposizioni comuni alle procedure di ristrutturazione

Nuova e rafforzata preveducibilità della finanza interinale funzionale alla miglior soddisfazione dei creditori (nuovo art. 182-quinquies L.F.)

La nuova disposizione riconosce al debitore che ha depositato una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis L.F. (anche anticipata alla fase delle trattative), la facoltà di richiedere al tribunale di essere autorizzato a contrarre finanziamenti preveducibili se un professionista in possesso dei requisiti previsti dalla legge, verificato il fabbisogno finanziario complessivo dell'impresa sino all'omologazione, attesti che tali finanziamenti **sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori**. L'autorizzazione del tribunale può riguardare (introducendo una novità rilevante rispetto al quadro normativo precedente) anche finanziamenti individuati solamente per tipologia ed entità (e non ancora oggetto di trattative) e può estendersi anche a pegni ed ipoteche eventualmente concessi a garanzia dei medesimi finanziamenti (dietro autorizzazione del Tribunale).

La disposizione riconosce altresì al debitore la facoltà di essere autorizzato a pagare immediatamente i fornitori le cui prestazioni siano funzionali alla prosecuzione dell'attività d'impresa. È anche in questo caso richiesta una valutazione del professionista che dovrà attestare che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori concorsuali. In costanza di procedimento per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione, l'autorizzazione al pagamento di crediti anteriori è causa di esenzione dall'azione revocatoria fallimentare.

Disapplicazione delle norme in tema di riduzione o perdita del capitale della società in crisi (nuovo art. 182-sexies Legge Fallimentare)

Il nuovo articolo 182-sexies si applica alle società di capitali e alle società cooperative che abbiano presentato domanda di concordato preventivo o accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F. (con contestuale domanda di sospensione delle azioni esecutive) e si riferisce all'ipotesi in cui lo stato di crisi della società abbia comportato la riduzione del patrimonio sociale di oltre un terzo rispetto al capitale sociale o, per le cooperative, l'azzeramento del patrimonio netto. La nuova disposizione prevede che, dalla domanda di ammissione al concordato preventivo o dall'istanza di omologa dell'accordo di ristrutturazione in avanti, non operino né le regole sull'obbligo di riduzione del capitale sociale, né quelle sullo scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale medesimo.

Con riferimento all'ipotesi in cui si verifichi una causa di scioglimento della società, il secondo comma del nuovo articolo 182-sexies L.F. mantiene ferma, per il periodo anteriore al deposito dell'istanza di concordato o di accordo, la disciplina dell'art. 2486 c.c., che limita i poteri degli amministratori alla conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale. In quanto riferito al solo periodo anteriore al deposito dell'istanza, tale richiamo solleva il dubbio che, dal deposito dell'istanza in avanti, i poteri degli amministratori possano considerarsi estesi anche oltre la semplice conservazione del patrimonio, a condizione che questa estensione sia prevista dall'accordo.

Sanzione penale (nuovo art. 236-bis Legge Fallimentare)

La nuova disposizione in materia penale è volta a sanzionare penalmente il professionista designato dal debitore che, nell'ambito delle relazioni predisposte ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lettera d), 161, terzo comma, 182-bis, 182-quinquies e 186-bis, espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, prevedendo un aumento di pena nei casi in cui il professionista adotti tali condotte per conseguire un ingiusto profitto ovvero se tali comportamenti cagionino un danno ai creditori. Come detto nella Relazione Illustrativa, *"la sanzione penale prevista è necessaria per saldare i meccanismi di tutela e bilanciare adeguatamente il ruolo centrale riconosciuto al professionista attestatore nell'intero intervento normativo"*. Il rafforzamento sul piano penale del comportamento commissivo e omissivo dell'esperto, senz'altro incrementa le responsabilità connesse al ruolo dell'esperto (introdotto con la riforma del 2005), e quindi auspicabilmente le garanzie e gli effetti connessi alle attestazioni del medesimo esperto.

La prospettiva di Clifford Chance

L'Avv. Giuseppe de Palma, partner del dipartimento di Finance & Capital Markets, spiega che – *come evidenziato anche nella Relazione Illustrativa – la nuova previsione in materia di finanza interinale è volta a risolvere una delle maggiori criticità del sistema (senz'altro innovativo ma altrettanto perfettibile) introdotto con la riforma del 2010. Le banche potranno quindi godere di una maggiore certezza circa il futuro trattamento del loro credito in caso di successivo fallimento e potranno quindi contribuire attivamente alla ristrutturazione anche in una fase precedente all'ammissione al concordato o all'omologa degli accordi di ristrutturazione. La garanzia per le banche è rafforzata anche dalla necessaria autorizzazione preventiva del Tribunale.*

L'Avv. Fabio Guastadisegni, partner del dipartimento di Contenzioso, evidenzia come *la modifica che consente il deposito della sola domanda di ammissione al concordato viene incontro all'esigenza, molto sentita nella prassi, di anticipare (a favore dell'imprenditore in crisi) gli effetti protettivi consentendo una successiva definizione dei dettagli del piano di ristrutturazione, senza la spada di Damocle rappresentata dal trascorrere del tempo e dalle iniziative che potrebbero assumere i creditori non favorevoli alla ristrutturazione. Durante tale fase, inoltre, potrebbero essere ancora in discussione sia la concreta valutazione dello strumento più adeguato da adottare per avviare la ristrutturazione dell'impresa in crisi sia, pur essendo già in corso le negoziazioni con le banche e con i principali creditori, i termini concreti della ristrutturazione.*

Il Prof. Avv. Carlo Felice Giampaolino, partner del dipartimento di Contenzioso, commenta in merito al nuovo art. 182-sexies affermando che *la funzione della norma è quella di rendere possibile i concordati preventivi o gli accordi di ristrutturazione dei debiti anche nel caso di azzeramento del patrimonio sociale o, per le società di capitali, riduzione dello stesso patrimonio sociale di oltre un terzo rispetto al capitale sociale, con il chiaro intento di agevolare concordati o accordi finalizzati alla ristrutturazione dell'impresa, in quanto, dando evidentemente un incentivo ai soci a raggiungere accordi con i creditori, consente loro di continuare a partecipare alla società senza doversi fare carico della sua intera "ricapitalizzazione", che può essere sostituita con finanziamenti di terzi consapevoli del rischio che assumono e in grado di assicurarsi un'adeguata contropartita o tutela. Si tratta in definitiva di un'ennesima apertura legislativa verso soluzioni concordate della crisi d'impresa che consentano la prosecuzione dell'attività, come alternativa al fallimento e alla liquidazione.*

Questo Briefing ha il solo scopo di fornire informazioni generali e non costituisce un parere legale

Clifford Chance Studio Legale Associato,
Piazzetta M.Bossi, 3, 20121 Milano
Via di Villa Sacchetti 11, 00197 Roma
Tel: +39 02 80634 1 (Milano)
Tel: +39 06 42291 1 (Roma)
© Clifford Chance Studio Legale Associato 2012

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh* ■ Rome ■ São Paulo ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Clifford Chance has a co-operation agreement with Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riyadh.