

L'Ultima Riforma Fallimentare

È stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale (GU n. 187 dell'11 agosto 2012 – Supplemento Ordinario n. 171) la legge di conversione (Legge 7 agosto 2012, n. 134) del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 (c.d. Decreto Crescita) che aveva apportato numerose modifiche alla Legge Fallimentare.

Le riforme introdotte dal Decreto Crescita e confermate, seppur con qualche lieve modifica, dalla legge di conversione, si applicano **ai procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti introdotti con ricorsi depositati dall'11 settembre 2012.**

La legge di conversione non ha modificato la struttura della riforma (restano pertanto ferme le principali novità introdotte con il Decreto Crescita e già riassunte nel [client briefing datato giugno 2012](#)) ma ha fornito alcune integrazioni e specificazioni alle disposizioni varate con la decretazione d'urgenza.

Il complessivo nuovo assetto normativo (come da Decreto Crescita convertito) ha aggiunto maggiore flessibilità alle opzioni disponibili ai debitori per la risoluzione della crisi d'impresa. Allo stesso tempo tuttavia il recente intervento del Legislatore, pur prevedendo dei correttivi alle misure originariamente approvate, non ha risolto alcuni profili di incertezza che il provvedimento, ora convertito, aveva comunque delineato.

Con la legge di conversione sono state introdotte le seguenti principali disposizioni.

Contacts

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

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

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

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

Avv. Andrea D'Onghia
Litigation
Senior Associate
andrea.donghia@cliffordchance.com

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

1. (Art. 161 L.F.)

Con la domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva di presentazione del piano ad un successivo momento (c.d. domande di pre-concordato), il debitore deve depositare i bilanci degli ultimi tre esercizi.

Il Tribunale può stabilire inoltre, sempre per il caso di domande di pre-concordato, degli obblighi informativi periodici a carico dell'imprenditore anche (e quindi non solo) relativi alla gestione finanziaria dell'impresa, in pendenza del termine fissato per il deposito dell'ulteriore documentazione.

Le previsioni appena richiamate hanno l'evidente fine di prevenire abusi da parte degli imprenditori – verosimilmente attratti dalla circostanza che, con la semplice presentazione del ricorso per concordato (anche senza piano) accederebbero alla immediata protezione del proprio patrimonio.

La presentazione degli ultimi tre bilanci d'esercizio – adempimento che non incide in alcun modo sulla tempistica della presentazione del ricorso attesa l'immediata disponibilità in capo all'imprenditore dei propri bilanci – e di un aggiornato certificato camerale (che seppur non richiesto espressamente dalla norma verrà richiesto per prassi dalle cancellerie, come peraltro già disposto dalla Sezione Fallimentare del Tribunale di Milano¹) consentirà al Tribunale di accertare, da subito, (i) la sussistenza dei presupposti di fallibilità ex art. 1 l. fall. in capo all'impresa (e quindi l'applicabilità alla stessa delle norme in questione); (ii) la competenza territoriale del Tribunale medesimo; (iii) i poteri del soggetto che presenta la domanda di concordato; (iv) che nel biennio precedente non siano state presentate domande analoghe (la riforma esclude l'ammissibilità di un pre-concordato quando analogo ricorso sia stato presentato nel biennio precedente; poiché la presentazione di un ricorso per concordato va pubblicata nel Registro delle Imprese, dal certificato camerale sarà possibile accertare la pubblicazione di precedenti ricorsi).

Anche la previsione relativa agli obblighi informativi è evidentemente finalizzata a prevenire possibili abusi da parte degli imprenditori. La norma tuttavia, presenta diversi profili di incertezza.

E' stato già osservato come la periodicità ed il contenuto delle informative obbligatorie sia rimesso alla totale discrezionalità dei Giudici.

E' stato altresì osservato come il Tribunale non sarebbe comunque in grado di valutare criticamente, ai fini che interessano, la documentazione di carattere industriale e finanziario dell'impresa e che quindi tali obblighi potrebbero essere previsti solo quando si tratti di concordati di grande rilievo (nel qual caso potrebbe ipotizzarsi il ricorso da parte del Tribunale ad un consulente tecnico) o quando siano fatte richieste particolari dall'imprenditore (come per finanziamenti, pagamenti, atti di straordinaria amministrazione).

Nella generalità dei casi il Tribunale di Milano, per ovviare a tali criticità, richiede che quando le informative vengono imposte, esse debbano essere redatte sempre da legali nella forma di brevi atti esplicativi di carattere riassuntivo, con minima documentazione allegata, comunque di agevole interpretazione.

In ogni caso, il mancato adempimento degli obblighi informativi comporta l'inammissibilità del ricorso e, se vi è istanza da parte di un creditore o del PM, l'accertamento dei presupposti del fallimento. Si ritiene che tale conseguenza si verifichi anche quando l'imprenditore, pur adempiendo formalmente gli obblighi informativi, sia rimasto inerte nella predisposizione del piano o abbia posto in essere atti dispersivi o distrattivi del patrimonio.

¹ Cfr. verbale del Plenum tenutosi 20 settembre 2012 recante l'«interpretazione delle norme di carattere concorsuale contenute nel decreto sviluppo (D.L. n. 83/2012 convertito in legge n. 134/2012). Prassi da adottare».

2. (Art. 178 L.F.)

I creditori che non hanno esercitato il diritto di voto possono comunicare per corrispondenza (lettera o telefax) il dissenso sulla proposta concordataria entro 20 giorni dalla chiusura del verbale di adunanza dei creditori. Senza comunicazione sono considerati consenzienti e computati per il calcolo delle maggioranze per l'approvazione.

La nuova previsione determina un significativo cambiamento nell'iter di approvazione del concordato.

Fermo restando che per l'approvazione è ancora necessario il voto favorevole dei creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti, mentre prima della riforma i voti favorevoli dovevano essere necessariamente espressi (all'adunanza dei creditori o nei successivi 20 giorni per corrispondenza), ora i creditori che si astengono all'adunanza ovvero che non comunicano espressamente il proprio dissenso nei successivi 20 giorni per corrispondenza, vengono considerati come consenzienti rispetto alla proposta di concordato.

L'effetto di tale previsione è quello di determinare l'approvazione del concordato anche in caso di disinteresse dei creditori alle operazioni di voto con un evidente favore per il buon esito della procedura.

3. (Art. 180 L.F.)

Il Tribunale può varare l'omologa in presenza di opposizioni e quando il concordato rappresenta la migliore alternativa praticabile per i creditori (c.d. *cram down*) anche se non è prevista la suddivisione dei creditori in classi, purché le contestazioni alla convenienza della proposta siano avanzate da creditori dissenzienti rappresentativi, al massimo, del 20% dei crediti ammessi al voto.

Con la modifica introdotta con la legge di conversione sono significativamente incrementate le possibilità di ricorso al *cram down* da parte del Tribunale.

In base alla normativa ante riforma il Tribunale poteva omologare il concordato mediante *cram down* unicamente nell'ipotesi in cui (i) il concordato avesse previsto la suddivisione dei creditori in classi; (ii) la convenienza della proposta fosse contestata da un creditore appartenente ad una classe dissenziente e (iii) le ragioni di detto creditore fossero comunque soddisfatte dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Ferma restando la necessità che la proposta di concordato garantisca una soddisfazione non inferiore alle alternative concretamente praticabili, la legge di conversione ha ora esteso l'istituto del *cram down* anche ai concordati le cui proposte non prevedano la suddivisione dei creditori in classi. Ne consegue che il *cram down* è ora attuabile dal Tribunale nell'ambito di ogni concordato.

In assenza di classi è necessario tuttavia che la contestazione della convenienza della proposta sia formulata da creditori rappresentativi di una percentuale di crediti non superiore al 20% (la legge di conversione sul punto non è chiara ma deve ragionevolmente ritenersi che nel caso di contestazione da parte di creditori rappresentativi di una percentuale di crediti maggiore, il Tribunale non possa omettere di valutare il merito delle contestazioni ed omologare solo in quanto la proposta è ritenuta garantire una soddisfazione dei creditori in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili).

Rispetto al testo precedente, ampliando le possibilità per il Tribunale di omologare il concordato, la legge di conversione favorisce ulteriormente la possibilità per l'imprenditore, di raggiungere soluzioni concordate alla crisi d'impresa, limitando al contempo i rimedi a disposizione dei creditori dissenzienti.

4. (Art. 186 bis L.F.)

La sola disciplina applicabile ai concordati con continuità è quella contenuta nell'art. 186 bis della l. fall. e nelle norme specificatamente in essa richiamate.

La legge di conversione ha cancellato dall'articolo 186 bis l. fall. il richiamo alle altre disposizioni della stessa legge in tema di concordato preventivo. Con tale intervento la legge di conversione attribuisce ancor maggiore specificità ed autonomia all'istituto in esame.

5. (Art. 182 quater L.F.)

Sono prededucibili i crediti di tutti i soggetti che hanno erogato finanziamenti all'impresa in difficoltà, "in esecuzione" di concordati preventivi o di accordi di ristrutturazione o "in funzione" della presentazione delle relative domande. Prededucibili anche i finanziamenti ponte concessi dai soci nei limiti dell'80% dell'ammontare. Prededucibili per intero i finanziamenti erogati da coloro che hanno acquisito la qualità di socio per effetto del piano di ristrutturazione.

Le disposizioni introdotte dalla legge di conversione a tal riguardo sono significative e di immediato impatto sulle prossime ristrutturazioni d'impresa.

Già con il Decreto Sviluppo la prededucibilità della nuova finanza era stata prevista per i finanziamenti erogati da qualsiasi soggetto (e non solo da intermediari autorizzati ex articoli 106 e 107 TUB).

Relativamente ai finanziamenti erogati dai soci la prededucibilità era concessa nei limiti dell'80% del loro ammontare. Con la legge di conversione si è previsto che i finanziamenti erogati da soggetti che acquistano la qualità di soci in esecuzione del concordato o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti è garantita per l'intero ammontare del finanziamento.

La disposizione ha un duplice effetto positivo.

Da un lato, rimuove gli effetti che in vigore della precedente disciplina si sarebbero potuti verificare laddove un creditore, nell'ambito della ristrutturazione, fosse stato chiamato a convertire in capitale parte del proprio credito ed al contempo ad erogare nuova finanza. Secondo la vecchia disciplina, in tali circostanze, il creditore (avendo acquisito lo status di socio) avrebbe probabilmente beneficiato di una prededucibilità limitata all'80% del finanziamento. Ora, la legge di conversione gli garantisce comunque la prededucibilità sull'intero importo.

Allo stesso tempo la disposizione si traduce in un benefico per gli investitori interessati a partecipare all'iniziativa di risanamento, nell'ambito della ristrutturazione, sia con capitale di rischio sia con capitale di debito. Questi ora possono beneficiare, per la parte di capitale di debito investita dopo l'acquisizione della qualità di socio, della prededucibilità integrale.

6. (Art. 217-bis L.F.)

Ai nuovi finanziamenti contratti dal debitore in crisi che ha presentato domanda di concordato (o pre-concordato) come domanda (o piano) per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, previa autorizzazione del Tribunale, non si applicano le disposizioni dettate in tema di bancarotta semplice e di bancarotta fraudolenta.

La norma già prevedeva l'esclusione dall'ambito oggettivo dei reati indicati, dei pagamenti e delle altre operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione.

La legge di conversione - atteso che il Decreto Crescita aveva introdotto la possibilità per il debitore, anche subito dopo la presentazione del relativo ricorso, di contrarre finanziamenti, effettuare pagamenti e prestare garanzie funzionali alla soddisfazione dei creditori, giusta autorizzazione del Tribunale e su attestazione dell'esperto indipendente - si è "limitata", con un intervento di chiusura, ad escludere la rilevanza penale ai fini di bancarotta semplice e fraudolenta anche per tali atti.

L'espressa esclusione dell'applicazione delle norme penali appena richiamate va certamente accolta con favore. Si rileva in ogni caso la difficile configurabilità del dolo, quale elemento soggettivo del reato, in capo alle parti coinvolte, vista la necessaria autorizzazione preventiva del Tribunale per il perfezionamento delle operazioni in questione. Del resto, ruolo centrale in tali contesti, come in molti altri della legge appena riformata, va attribuito all'esperto indipendente chiamato ad attestare l'essenzialità e la funzionalità dei pagamenti, dei finanziamenti e delle garanzie alla prosecuzione dell'attività d'impresa ed alla soddisfazione dei creditori - condizioni queste assolutamente necessarie affinché il Tribunale possa pronunciare l'autorizzazione richiesta.

Proprio in tale ottica, se da un lato è stata espressamente sancita la non rilevanza penale in termini di bancarotta semplice e fraudolenta delle operazioni di cui sopra, il Decreto Crescita ha allo stesso tempo introdotto nuove fattispecie penali all'articolo 236 bis l. fall.

La nuova norma – rubricata “Falso in attestazioni e relazioni” – punisce con la reclusione da due a cinque anni e con una multa da 50.000,00 a 100.000,00 euro, il professionista chiamato a redigere le attestazioni e relazioni previste nell’ambito della normativa fallimentare, il quale espone informazioni false od omette informazioni rilevanti.

Relativamente a tale nuova figura di reato, l’Ufficio Studi della Corte di Cassazione, nella relazione III/7/2012, ha fornito chiarimenti significativi sia sotto il profilo oggettivo della condotta criminosa che sotto il profilo soggettivo.

Relativamente all’elemento oggettivo, mentre qualsiasi falsità commissiva sembrerebbe idonea a configurare la condotta del reato, la fattispecie omissiva riguarderebbe solo informazioni “rilevanti”. Non si esclude però, secondo l’Ufficio Studi della Suprema Corte, che tale distonia potrebbe essere mitigata da interpretazioni tese ad estendere il requisito di rilevanza anche alla condotta commissiva.

Relativamente all’elemento soggettivo, le fattispecie sono dolose secondo l’accezione generica. Ne consegue che il reato è integrato sotto il profilo soggettivo dalla consapevolezza in capo al professionista della falsità dei dati esposti o della reticente rappresentazione della realtà.

In definitiva, con la riforma introdotta dal Decreto Crescita ed integrata dalla legge di conversione sono state ampliate le opzioni a disposizione degli imprenditori in crisi e concessa agli stessi maggiore flessibilità nell’impostazione delle ipotesi di risanamento, nel ricorso alle procedure regolamentate oltre a più numerosi strumenti per la migliore implementazione delle procedure medesime. Il concordato preventivo è stato profondamente modificato ed è divenuto certamente la procedura principale per favorire allo stesso tempo l’emersione tempestiva della crisi e la continuazione dell’impresa. In parallelo, il Legislatore mira ad incentivare anche il ricorso agli accordi di ristrutturazione dei debiti, che sebbene in origine presentavano caratteri, requisiti e condizioni non facilmente realizzabili, ora sono dotati di opzioni che ne dovrebbero facilitare largamente l’implementazione. La prededuzione dei finanziamenti, l’esonero dai reati di bancarotta e l’immediato blocco delle azioni esecutive e cautelari pur in assenza di un piano di ristrutturazione già definito, rappresentano validi incentivi per ricorrere ad entrambi gli istituti. I recenti interventi normativi – che in un certo senso allineano l’Italia agli ordinamenti stranieri maggiormente evoluti – consentono ora all’impresa in crisi una effettiva possibilità di accedere alla protezione immediata del proprio patrimonio, agevolando il debitore ed i suoi consulenti nell’elaborazione di un piano efficace per il superamento della crisi, facilitando la ristrutturazione in continuità e favorendo significativamente l’accesso al credito anche al debitore in manifesta crisi finanziaria ed economica.

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance Studio Legale, Via di Villa Sacchetti, 11, 00197 Rome, Italy
© Clifford Chance Studio Legale 2012
Studio Legale Associato in associazione con Clifford Chance

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.