

## **La revisione della legge fallimentare per la salvaguardia delle aziende in crisi (D.L. 15 giugno 2012 cd “decreto sviluppo”)**

Le nuove norme previste dal legislatore sono finalmente orientate ad un aiuto concreto alle composizioni della crisi aziendale; esse infatti intervengono sui tre principali strumenti legali utilizzati per il superamento delle crisi:

- i Piani attestati ex art. 67 L.F.;
- gli Accordi di Ristrutturazione dei debiti ex art 182-bis L.F.;
- il Concordato Preventivo ex art. 160 L.F.

In particolare, segnaliamo un forte riorientamento verso la “continuità aziendale” nello strumento che più di tutti, in passato, è stato usato verso forme liquidatorie delle attività, ossia il concordato preventivo.

La nuova norma fallimentare si allinea, infatti, sempre di più a quella di estrazione statunitense che vede nel noto “Chapter 11” un potente strumento di composizione negoziale della crisi d’impresa in continuità aziendale, consentendo la protezione del patrimonio del debitore e la possibilità di finanziare l’impresa in crisi, nelle more del perfezionamento dell’istituto negoziale prescelto.

Cerchiamo di ripercorrere per tappe i riverberi maggiormente significativi della nuova disciplina fallimentare.

### **1. Domanda anticipata di concordato preventivo senza allegati (art. 161)**

Sicuramente la più importante modifica, al fine di promuovere l’emersione anticipata della crisi, è data dalla possibilità, da parte del debitore, di depositare la domanda di concordato preventivo, senza presentare gli allegati, compreso il piano concordatario, di cui al 2° e 3° comma dell’art. 161. Con la presentazione della domanda il giudice assegnerà al debitore un termine compreso tra i 60 e 120 giorni (prorogabili, laddove ne ricorrano i giustificati motivi, di non oltre 60 giorni) per integrare il ricorso, pena la sua inammissibilità ai sensi dell’art. 161. E’ previsto, inoltre, con il 5° comma dell’art. 161 che, al fine di dare trasparenza e conoscenza ai terzi, la domanda di concordato sia pubblicata nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria. Tale pubblicazione sarà anche necessaria per l’individuazione dei creditori concorsuali rispetto a coloro che invece potranno vantare una prededuzione (vedi punto 3).

Ulteriore interessante modifica viene apportata con il nuovo comma 3 che prevede espressamente la possibilità di prevedere modifiche, anche sostanziali, alla domanda di concordato.

### **2. Protezione del patrimonio (art. 168)**

Quando l’azienda vive momenti di grave difficoltà si assiste ad una sorta di “assalto alla diligenza”. Molti cercano di assumere posizioni di vantaggio, aggredendo l’azienda e magari cercando di trasformare la propria posizione da **creditore chirografario a creditore titolare di un diritto reale**. Tali attività rendono estremamente difficile l’attuabilità dello stesso concordato, perché aumentando le posizioni di **privilegio**, la percentuale di falcidia dei debiti chirografari aumenta in maniera rilevante, rendendo lo stesso concordato meno interessante proprio per coloro che dovranno votarlo. Nella nuova riformulazione della legge fallimentare, proprio per ovviare a questo stato di cose, è stata prevista (vedi sub1) la possibilità di presentare la domanda di concordato senza gli allegati (che necessariamente richiedono tempo per la loro redazione) ed ulteriormente che, dalla data di pubblicazione del ricorso di ammissione al concordato preventivo, non solo si potrà accedere immediatamente alle protezioni previste dalla fattispecie normativa (quindi nessuno potrà iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio) ma, secondo l’ultimo comma dell’art. 168, anche le ipoteche giudiziali, iscritte nei 90 giorni che precedono la data della

pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

La protezione del patrimonio del debitore si avrà anche qualora l'imprenditore, pur avendo depositato la domanda di ammissione al concordato preventivo, nelle more del perfezionamento degli allegati, presenti invece la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis.

### **3. Prededucibilità dei crediti sorti dopo la presentazione della domanda di concordato preventivo al fine di garantire la continuità aziendale (art. 161)**

Dopo il deposito del ricorso per l'ottenimento del concordato preventivo, il debitore potrà anche compiere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione con conseguente prededucibilità dei crediti vantati da terzi a seguito del perfezionamento di tali atti. Tale disposizione consente, nella pratica, la continuità della vita aziendale che non si deve fermare assolutamente alla presentazione del concordato con finalità di risanamento. Senza tale protezione, risultava estremamente difficile riuscire ad ottenere delle prestazioni o la cessione di beni da terzi in quanto i relativi pagamenti correvano il rischio della revoca in violazione della par condicio creditorum.

Nella fattispecie, l'art. 161 6) recita che dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di ammissione del concordato di cui all'articolo 163 l.f., il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione. I crediti di terzi, eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore, sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111 L.F.

Sono state inoltre introdotte delle norme con valenza tanto per il concordato preventivo in ipotesi di continuità tanto per gli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis.

### **4. Prededucibilità dei finanziamenti concessi (art. 182 – quinquies)**

Per garantire continuità del suo business la società che presenta un concordato o un accordo di ristrutturazione deve dare dei segnali vitali al mercato, pertanto deve continuare la sua attività incassando crediti, contraendo debiti (spesso necessari, sotto forma di finanza interinale) ma anche effettuando dei pagamenti ai fornitori (anche i cui crediti sono sorti precedentemente) che in questo modo possono continuare, in modo fattivo, a dare fiducia alla società che sta' attraversando un così delicato momento.

La norma, infatti, disciplina, all'art. 182 quinquies, il comportamento del debitore che ha presentato una domanda di ammissione al concordato preventivo (art. 161) o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis) il quale può chiedere al tribunale di essere autorizzato:

- a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'art. 111, o a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi finanziamenti;
- pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi che, in questo caso, avranno la tutela dell'azione revocatoria prevista dall'art. 67.

Tali attività sono richiedibili solo nel caso in cui un professionista, in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 67 lettera d) e designato dallo stesso debitore, verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti o il pagamento di tali crediti sono funzionali (o essenziali) alla migliore soddisfazione dei creditori.

Nel solo caso di pagamenti di crediti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore, senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori, non sarà necessaria l'attestazione del professionista.

## 5. Il Piano nel caso di Concordato con continuità aziendale (Articolo 186-bis)

Il legislatore ha voluto disciplinare esplicitamente i casi di continuità aziendale, prevedendo, naturalmente, che l'azienda debba presentare un piano dove s'individuino le strategie da attuare per fare ripartire l'azienda in modo sano.

L'art. 161, secondo comma, lett. e) prevede espressamente la redazione di un Piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta. Nel caso in cui in tale Piano sia prevista la prosecuzione dell'attività d'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 dell'art. 186 bis che di seguito commentiamo, nonché gli articoli 160 e seguenti, in quanto compatibili. Il piano che, naturalmente, può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa dovrà avere dei contenuti minimi quali:

- a) analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;
- b) la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;
- c) Il piano può 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.

## 6. Prosecuzione e scioglimento dei contratti in corso (art. 186 bis e 169 bis)

Novità anche in termini contrattuali, tanto per la prosecuzione dei contratti che per la necessità di sciogliersi dai contratti particolarmente gravosi per la società che abbia presentato ricorso per concordato preventivo. Infatti, sempre all'art. 186 bis prevede che, fermo quanto previsto nell'articolo 169-bis (di seguito commentato), 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. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'art. 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni.

L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara:

- a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, lettera d) che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;
- b) 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, il quale si è impegnato 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.

Per quanto concerne i contratti in corso di esecuzione, anche qui viene preso come parziale riferimento il Chapter 11 Statunitense (che include però anche i contratti di lavoro). Infatti, laddove

si ritiene che tali contratti non siano ulteriormente necessari per la prosecuzione dell'attività, l'art. 169 – bis prevede che il debitore nel ricorso, di cui all'art. 161, può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato, lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta.

In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato (pertanto non gode di per sé di alcuna forma di privilegio o prededucibilità)

Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai rapporti di lavoro subordinato nonché ai contratti di cui agli articoli 72, comma 8 (contratto preliminare di vendita trascritto avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado), e 80 primo comma (contratto di locazione d'immobili).

## **7. Integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo di ristrutturazione (art. 182 – bis)**

Uno dei grandi limiti dell'accordo di ristrutturazione è sempre stato il pagamento (regolare) dei creditori estranei all'accordo, ossia quelli rimasti al di fuori dalla percentuale minima prevista del 60%. La nuova disciplina dell'art 182 bis consente, sempre garantendo l'integrale pagamento di tali creditori una dilazione secondo i seguenti criteri:

- a) entro cento venti giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data;
- b) entro cento venti giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione

Con tale ulteriore dilazione si spera di rendere maggiormente applicabile tale fattispecie giuridica di composizione della crisi aziendale.

## **8. Obblighi di capitalizzazione e cause di scioglimento (art. 182 sexies)**

La modifica apportata dalla definisce in modo chiaro che, dalla data in cui viene depositata la domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, non sussistono gli obblighi di ricapitalizzazione per perdite (artt. 2446, 2447, 2482-bis, 2482-ter, c.c.), o delle cause di scioglimento (artt. 2484, 2545-duodecies, cc).

Ciò permetterà quindi alle società di ricapitalizzarsi tramite le citate sopravvenienze, rinvenienti dagli stralci eventualmente caratterizzanti le proposte di concordato o di accordo di ristrutturazione dei debiti.

## **9. Il ruolo del professionista (artt. 67 e 236 – bis)**

Vista l'importanza che le norme fallimentari attribuiscono al professionista ed alle sue attestazioni o relazioni per la composizione della crisi d'impresa, si è voluto disciplinare maggiormente il ruolo e le sue responsabilità. In più occasioni lo abbiamo detto e scritto, che il ruolo dell'attestatore è delicatissimo ed è difficilissimo da svolgere in quanto in lui devono confluire conoscenze di norme fallimentari, civilistiche e conoscenza di gestione aziendale. Non è sicuramente possibile improvvisarsi o addirittura "traghettarsi" da consulente o sindaco dell'azienda in attestatore. Sono ruoli diversi per cui servono conoscenze diverse. Anche il legislatore, nel nuovo art. 67, ha voluto dare enfasi al concetto d'indipendenza dell'attestatore disciplinando che lo stesso:

- non sia legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di

giudizio;

- sia, in ogni caso in possesso dei requisiti di cui all'art. 2399 c.c. (requisiti di eleggibilità alla carica di sindaco);
- non abbia, neanche per il tramite di soggetti per i quali è unito in associazione professionale, prestato negli ultimi 5 anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo.

Con il nuovo art. 67 viene chiarito, inoltre, che il professionista dovrà esprimere la propria attestazione tanto sulla fattibilità del Piano quanto sulla veridicità dei dati aziendali e pertanto non solo sul riverbero che tali dati hanno all'interno della fattibilità del Piano.

Inoltre, all'art 236 – bis vengono previste anche delle sanzioni penali e pecuniarie per il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 67, terzo comma, lett. d), 161, terzo comma, 182-bis, 182-quinquies e 186-bis espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti.

#### **10. Esenzione da tassazione delle sopravvenienze attive (artt. 88 e 101 DPR 917/86)**

La norma interviene migliorando il trattamento fiscale delle operazioni connesse alla composizione della crisi d'impresa. L'intervento vede una migliore tutela fiscale tanto da parte di coloro che richiedono la composizione della crisi tanto da coloro che la subiscono. Tali miglioramenti non sono previsti però nel caso di applicazione dell'art. 67 a meno che quest'ultimo non sia pubblicato nel registro delle imprese, in questo caso vi sono i vantaggi, ma soltanto per i debitori. Infatti, è previsto che nel caso di concordato fallimentare o preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182 bis, ovvero di un piano attestato ai sensi dell'articolo 67, lettera d) pubblicato nel registro delle imprese, non si considerano sopravvenienze attive:

- versamenti in denaro o in natura fatti a fondo perduto o in conto capitale alle società e agli enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettere a) e b), dai propri soci
- la rinuncia dei soci ai crediti,
- la riduzione dei debiti dell'impresa

Per la parte dei creditori, sono deducibili le perdite derivanti dal mancato pagamento integrale dei crediti solo nel caso in cui il debitore è assoggettato a procedure concorsuali o ha concluso un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182 bis r.d. 16 marzo 1942, n. 267. Ai fini del presente comma, il debitore si considera assoggettato a procedura concorsuale dalla data della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento che ordina la liquidazione coatta amministrativa o del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo o del decreto che dispone la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Tale ultima disposizione sancisce pertanto l'impossibilità nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (182- bis) di emettere nota di variazione IVA non rientrando tale accordo nelle procedure concorsuali.