

Introduzione

Il 15 giugno 2012 il Consiglio dei Ministri ha approvato un decreto legge recante misure urgenti per la crescita del Paese (di seguito “Decreto Sviluppo”). Il Decreto Sviluppo è stato pubblicato nel supplemento ordinario numero 129 allegato alla Gazzetta Ufficiale n. 147 del 26 giugno 2012. L’articolo 33 (Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale) del Decreto Sviluppo ha apportato significative modifiche al Regio Decreto n. 267 del 16 marzo del 1942 (la “Legge Fallimentare”) incidendo, in particolare, sulla disciplina del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione ex articolo 182-bis della Legge Fallimentare e dei piani di risanamento ex articolo 67 comma 3 lettera (d) della Legge Fallimentare. Il Decreto Sviluppo è intervenuto da un lato emendando taluni preesistenti istituti e disposizioni, dall’altro introducendo nuove norme nella Legge Fallimentare stessa. In via preliminare è opportuno precisare che le disposizioni del Decreto Sviluppo che si andranno ad illustrare saranno applicabili solo ai procedimenti di concordato preventivo e per l’omologazione di accordi di ristrutturazione ex articolo 182-bis della Legge Fallimentare introdotti a partire dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del Decreto Sviluppo, nonché ai piani di risanamento ex articolo 67 comma 3 lettera (d) della Legge Fallimentare elaborati successivamente al predetto termine. In via transitoria, pertanto, rimarrà applicabile la disciplina ad oggi vigente che continuerà a regolare i concordati preventivi, gli accordi di ristrutturazione ed i piani di risanamento elaborati e presentati precedentemente al termine di cui sopra.

1. Piani di risanamento e requisiti del professionista attestatore

L’intervento riformatore ha inciso sulla disciplina dei piani di risanamento prevedendo da un lato una nuova e maggiormente specifica regolamentazione dei requisiti e dei compiti del professionista c.d. “attestatore” e, dall’altro, introducendo la facoltà di pubblicare il piano di risanamento nel registro delle imprese su richiesta del debitore. Quanto al primo punto è bene sottolineare come, rispetto alla disciplina vigente, sia modificato l’oggetto dell’attestazione del professionista: non più la ragionevolezza del piano, bensì la “*veridicità dei dati aziendali e la fattibilità*” dello stesso, in linea con quanto previsto in materia di concordato preventivo. Il nuovo articolo 67 comma 3 lettera (d) specifica inoltre che il professionista debba essere designato dal debitore (ponendo fine al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla competenza a tale nomina) e declina il requisito dell’indipendenza dello stesso secondo i seguenti parametri: (i) assenza di legami professionali o personali all’impresa e a coloro che hanno interesse all’operazione di risanamento, tali da comprometterne l’indipendenza di giudizio; (ii) possesso dei requisiti previsti dal codice civile per l’elezione alla carica di sindaco (cfr. art. 2399 cod. civ.); (iii) assenza, negli ultimi cinque anni, di alcuna prestazione di lavoro subordinato o autonomo (anche per il tramite di soggetti con i quali il professionista sia unito in associazione professionale) in favore del debitore ovvero assenza di alcuna partecipazione agli organi di amministrazione o di controllo di quest’ultimo. In virtù del rimando operato dalle disposizioni della Legge Fallimentare tali requisiti sono destinati ad applicarsi anche in materia di concordato preventivo e accordi di ristrutturazione.

2. Accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis: l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo

Il testo dell'articolo 182-bis così come emendato dal Decreto Sviluppo prevede in primo luogo che il debitore debba assicurare l'integrale (e non più "regolare") pagamento dei creditori estranei all'accordo di ristrutturazione e che ciò debba avvenire secondo i seguenti termini: (i) centoventi giorni dall'omologazione dell'accordo in caso di crediti già scaduti a quella data; (ii) centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione. La norma precisa altresì che dalla data di pubblicazione dell'accordo e per i sessanta giorni successivi i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non solo, come già previsto, siano inibiti dall'esercizio di azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore ma nemmeno possano acquisire titoli di prelazione se non concordati. Da ultimo, il riformato articolo 182-bis consente al debitore che, nei termini e alle condizioni della Legge Fallimentare, abbia depositato una proposta di accordo di ristrutturazione, di presentare domanda di concordato preventivo nei termini fissati dal tribunale: in tal caso si mantengono gli "effetti protettivi" del patrimonio del debitore già prodottisi.

3. Il nuovo concordato preventivo

Il concordato preventivo è l'istituto su cui ha maggiormente inciso la riforma operata per mezzo del Decreto Sviluppo.

3.1 La domanda di ammissione alla procedura concordataria

Significative modifiche sono state introdotte già a partire dalla fase della domanda di ammissione alla procedura concordataria: il novellato articolo 161 della Legge Fallimentare non solo dispone che, in aggiunta alla documentazione già prevista, il ricorso sia accompagnato da "un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta" ma anche, e qui risiede un'importante novità, che l'imprenditore possa depositare il solo ricorso contenente la domanda di concordato (la quale, a cura del cancelliere, sarà pubblicata nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito) e riservarsi di presentare la proposta, il piano e la documentazione ancillare entro un termine fissato dal giudice e compreso tra sessanta e centoventi giorni. Nel medesimo termine l'imprenditore potrà, in alternativa, depositare domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione: in tal caso gli effetti protettivi sul patrimonio dell'imprenditore prodottisi con la presentazione del ricorso si conservano sino all'omologazione dell'accordo. E' stato inoltre previsto che nel periodo compreso tra la data di deposito del ricorso e la data del decreto di ammissione alla procedura il debitore possa compiere non solo atti di ordinaria amministrazione ma anche, previa autorizzazione del tribunale, atti urgenti di straordinaria amministrazione, con la precisazione che tutti i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli

atti legalmente compiuti dal debitore saranno prededucibili. Da ultimo pare opportuno segnalare come a seguito dell'intervento riformatore risulti esplicitamente contemplata la possibilità di modificare - anche sostanzialmente - il piano o la proposta concordataria, con l'avvertenza che, in tal caso, si renderà necessaria una nuova relazione da parte del professionista attestatore.

3.2 Inefficacia delle ipoteche e disciplina dei contratti in corso di esecuzione

Il Decreto Sviluppo ha comportato la modifica del termine a quo per l'inibitoria delle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, non più da individuarsi nella data di presentazione del ricorso ma in quella di pubblicazione dello stesso nel registro delle imprese. E' opportuno segnalare che le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti tale data saranno inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato. L'intervento riformatore registra altresì l'introduzione di un'importante novità normativa contenuta nel neo-introdotta articolo 169-bis. Tale disposizione prevede, infatti, che il debitore, con il ricorso per l'ammissione alla procedura concordataria, possa chiedere al Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, al giudice delegato di essere autorizzato a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso ovvero a sospenderli per non più di sessanta giorni. In entrambi i casi il contraente riceverà un indennizzo a titolo di risarcimento dei danni conseguenti al mancato adempimento e tale credito sarà soddisfatto come credito anteriore al concordato. Per espressa previsione normativa tale disciplina non si applica ai rapporti di lavoro subordinato, ai contratti di locazione di immobili ed ai contratti preliminari di vendita di immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado che siano stato trascritti ai sensi del codice civile.

3.3 Il concordato con continuità aziendale

Il Decreto Sviluppo ha introdotto nella Legge Fallimentare un articolo (art. 186-bis) interamente dedicato all'ipotesi in cui il piano concordatario preveda la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio ad una o più società - anche di nuova costituzione. E', questa, l'ipotesi del concordato cd. "*con continuità aziendale*". In tale caso, e posto che il piano potrà prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, dovranno essere soddisfatti i seguenti requisiti: (i) la documentazione ancillare alla domanda di ammissione al concordato dovrà contenere analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività di impresa prevista dal piano concordatario, nonché delle risorse finanziarie e delle relative modalità di copertura; (ii) il professionista attestatore dovrà, nella sua relazione, attestare che la prosecuzione dell'attività di impresa sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. Il piano potrà inoltre prevedere una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori privilegiati salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti su cui sussiste la causa di prelazione. La disciplina del concordato con continuità aziendale registra specifiche previsioni relativamente ai rapporti contrattuali in corso alla data di deposito del ricorso, dei quali viene espressamente esclusa la risoluzione per effetto dell'apertura della procedura, nonché relativamente ai contratti pubblici

pendenti sottoscritti dal debitore. Con riferimento a tali ultimi contratti si prevede che essi possano continuare a patto che il professionista attestatore ne attesti la conformità al piano, unitamente alla ragionevole capacità di adempimento del debitore. Da ultimo, il neo-introdotta articolo 186-bis articolo prevede che l'impresa ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale possa partecipare a procedure di assegnazione di contratti pubblici a patto che presenti in gara: (i) la relazione di un professionista che attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto; (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 il quale si sia 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 stesso ed a subentrare all'impresa nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara o dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto per qualsivoglia ragione. Si applicano a tal proposito le disposizioni in tema di avvalimento di cui al "Codice degli appalti". L'impresa potrà concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, a patto che queste ultime non siano assoggettate ad una procedura concorsuale e che l'impresa stessa non rivesta la qualità di mandataria.

4. Disposizioni comuni a concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione

Il Decreto Sviluppo ha introdotto nella Legge Fallimentare gli articoli 182-quinquies e 182-sexies, entrambi applicabili sia agli accordi di ristrutturazione che alla procedura concordataria.

4.1 Nuova finanza e continuità aziendale

L'art. 182-quinquies detta disposizioni in tema di nuova finanza e di continuità aziendale. Quanto al primo punto, la norma prevede che il debitore che presenta domanda di ammissione alla procedura concordataria ovvero domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione (o proposta di un accordo di ristrutturazione) può chiedere al tribunale di essere autorizzato a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi della Legge Fallimentare a patto che un professionista attestatore in possesso dei requisiti di legge, verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesti che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. L'autorizzazione può riguardare anche finanziamenti individuati solo per tipologia ed entità e non ancora oggetto di trattative, nonché la concessione di pegno o ipoteca a garanzia dei finanziamenti stessi. Quanto al secondo punto, la norma prevede che: (i) il debitore che abbia presentato domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale possa chiedere al tribunale di essere autorizzato a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi previa apposita attestazione da parte di un professionista in possesso dei requisiti previsti dalla Legge Fallimentare. Tale attestazione non sarà necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori; (ii) il debitore che abbia presentato domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o una proposta di accordo di ristrutturazione ai sensi della Legge Fallimentare possa chiedere al tribunale di essere autorizzato, in presenza dei presupposti indicati sub paragrafo (i) che precede, a pagare crediti

anche anteriori per prestazioni di beni o servizi. In tal caso i pagamenti effettuati non saranno soggetti ad azione revocatoria fallimentare.

4.2 Deroga all'applicazione delle norme in materia di riduzione e perdita del capitale sociale

Il neo-introdotta articolo 182-sexies contiene deroga espressa all'operatività della disciplina in materia di perdita e riduzione del capitale sociale dettata nel codice civile, la quale non sarà applicabile al debitore nel periodo compreso tra la data del deposito della domanda di ammissione alla procedura concordataria ovvero di omologazione dell'accordo di ristrutturazione o della proposta di accordo di ristrutturazione e sino all'omologazione stessa. Per lo stesso periodo è esclusa l'operatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale. Resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle rispettive domande ovvero della proposta di accordo, l'applicazione dell'articolo 2486 del codice civile in materia di poteri degli amministratori successivamente al verificarsi di una causa di scioglimento della società e sino al "passaggio di consegne" con i liquidatori.

5. La responsabilità penale del professionista attestatore

Con la riforma operata dal Decreto Sviluppo è stata inoltre introdotta un'apposita norma disciplinante la responsabilità penale del professionista attestatore in caso di falso in attestazioni e relazioni. L'articolo 236-bis della Legge Fallimentare dispone, infatti, che sia punito con la reclusione da due a cinque anni e con multa da Euro 50.000 a Euro 100.000 il professionista che nelle relazioni o attestazioni da rendersi nell'ambito di piani di risanamento, concordati preventivi e accordi di ristrutturazione esponga informazioni false ovvero ometta di riferire informazioni rilevanti. La pena è aumentata nel caso in cui il fatto sia commesso al fine di conseguire ingiusto profitto per sé o per gli altri. Nel caso in cui dal fatto consegua un danno per i creditori, la pena è aumentata fino alla metà.

6. Ulteriori modifiche: esenzione dall'azione revocatoria

In aggiunta alle modifiche sopra illustrate, pare opportuno segnalare che la riforma ha altresì comportato un ampliamento del ventaglio degli atti esenti dall'azione revocatoria fallimentare. La novellata lettera (e) del comma 3 dell'articolo 67 della Legge Fallimentare prevede che siano esenti da tale azione non solo gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione omologato, ma anche gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente compiuti dopo il deposito del ricorso per l'ammissione alla procedura concordataria.

7. Disposizioni di carattere fiscale

7.1 La tassazione delle sopravvenienze attive

Il comma 4 dell'art. 33 del Decreto Sviluppo interviene sulla disciplina fiscale delle sopravvenienze attive riscrivendo il comma 4 dell'art. 88 del D.P.R. n. 917/1986 (Tuir). Nella nuova formulazione, detto comma prevede che in caso di accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis della Legge Fallimentare, ovvero di un piano attestato ai sensi dell'articolo 67 comma 3 lettera (d) pubblicato nel registro delle imprese, la riduzione dei debiti dell'impresa non costituisce sopravvenienza attiva per la parte che eccede le perdite, pregresse e di periodo, di cui all'articolo 84 del Tuir. Tali ipotesi di detassazione delle sopravvenienze attive si aggiungono a quelle già presenti nella precedente formulazione del comma 4 dell'art. 88, relative ai versamenti a fondo perduto o in conto capitale effettuati alle società dai soci, nonché alla rinuncia degli stessi ai crediti, e alla riduzione dei debiti dell'impresa in sede di concordato fallimentare o preventivo. Si tratta pertanto di una novità di particolare rilevanza per i suoi impatti di ordine pratico sulla posizione del soggetto debitore, in quanto consente di estendere il beneficio fiscale della detassazione delle sopravvenienze anche alle ipotesi di riduzione dei debiti dell'impresa derivanti dall'applicazione dei nuovi istituti di gestione delle crisi aziendali. Deve rilevarsi che, in base alla formulazione letterale della nuova norma, nel caso di accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis l'ottenimento di detto beneficio è subordinato ad un evento non dipendente dalla volontà del debitore, ossia l'omologa dell'accordo da parte del Tribunale. Quanto, invece, all'ipotesi di piano di risanamento ex art. 67 comma 3 lettera (d), l'ottenimento del beneficio è invece subordinato alla pubblicazione del piano attestato presso il registro delle imprese da parte del debitore. Deve inoltre sottolinearsi che, nelle nuove ipotesi sopra delineate, il regime di detassazione non opera in relazione all'intero ammontare della sopravvenienza attiva, bensì solo per la parte che eccede eventuali perdite fiscali, pregresse e di periodo, disponibili in capo al debitore. Ne deriva che l'unico effetto fiscale che può verificarsi in capo al debitore in ragione della nuova disposizione è rappresentato dalla possibile riduzione o azzeramento delle relative perdite fiscali di cui all'articolo 84.

7.2 La deducibilità delle perdite su crediti

L'art. 33 del Decreto Sviluppo, al successivo comma 5, interviene altresì sulla posizione fiscale dei creditori delle imprese in crisi sostituendo il comma 5 dell'art. 101 del Tuir relativo al regime di deducibilità delle perdite su crediti. Nella nuova formulazione detto comma prevede, infatti, che le perdite su crediti sono deducibili se risultano da elementi certi e precisi e, in ogni caso, se il debitore è assoggettato a procedure concorsuali o ha concluso un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182 bis della Legge Fallimentare. La modifica, da tempo invocata dagli operatori, si sostanzia nell'esonero del regime automatico di deducibilità delle perdite su crediti - prima circoscritto alle sole procedure concorsuali in senso stretto (e.g. fallimento, liquidazione coatta) - anche al nuovo istituto degli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis; l'intervento del legislatore in tal senso, peraltro, conferma quanto già affermato

dall'Amministrazione finanziaria in via interpretativa con riferimento a talune ipotesi di applicazione dell'art. 101, comma 5, del Tuir in presenza di accordi di ristrutturazione. A seguito della nuova formulazione della norma, pertanto, il creditore che accetti la falcidia del proprio credito in conseguenza dell'accordo di ristrutturazione avrà il diritto di dedurre automaticamente la relativa perdita a seguito dell'omologazione dell'accordo stesso. Va da ultimo rilevato che, stante l'attuale formulazione delle summenzionate modifiche introdotte agli artt. 88 e 101 del Tuir, non è stata garantita dal legislatore la piena simmetria tra la posizione del debitore e quella dei relativi creditori, giacché se da un lato è stata riconosciuta la detassazione delle sopravvenienze attive sia nel caso degli accordi ex art. 182-bis sia nel caso dei piani ex art. 67 comma 3 lettera (d) delle Legge Fallimentare, dall'altro la deducibilità automatica delle relative perdite su crediti è stata riconosciuta solo in relazione alla fattispecie degli accordi di ristrutturazione.