

Circolare ABI - Serie Legale n. 19 - 23 agosto 2010

RIFORMA DEL SISTEMA CONCORSUALE

Disciplina degli istituti di risanamento - novità introdotte dall'art. 48 del dl n. 78/2010

Introduzione

Nella Gazzetta Ufficiale del 30 luglio 2010 n. 176 (supplemento ordinario 174/L) è stata pubblicata la legge n. 122/2010 di conversione del dl n. 78/2010 (c.d. Manovra), recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica.

L'art. 48 di tale provvedimento novella alcune disposizioni della legge fallimentare, introducendo innovazioni finalizzate ad incentivare il ricorso da parte degli operatori ai tre istituti di risanamento, quali il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis ed i piani cc.dd. attestati di cui all'art. 67, comma 3 lett. d).

Questi istituti sono stati configurati dal legislatore in occasione delle precedenti novelle alla medesima legge fallimentare, intervenute tra il 2005 ed il 2007, e, al fine di favorire l'emersione tempestiva della crisi d'impresa nonché incentivare le composizioni negoziali per il salvataggio delle imprese stesse, le relative operazioni sono state esonerate dalle azioni revocatorie.

Nella prassi operativa si è avvertita tuttavia l'esigenza, da un lato, di affiancare alla tutela dalle azioni revocatorie anche il presidio di tipo penale, al fine di garantire completa protezione alle operazioni di risanamento, nonché, dall'altro lato, di migliorare ulteriormente la disciplina civilistica dei tre istituti con taluni correttivi. Nell'intento di andare in contro a tali esigenze l'art. 48 della Manovra introduce le seguenti innovazioni:

- previsione della prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti erogati nel contesto dei concordati preventivi e degli accordi di ristrutturazione dei debiti;
- integrazione della disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, nell'ottica di anticipare gli effetti della sospensione delle azioni esecutive e cautelari nella fase delle trattative;
- esenzione da taluni reati delle operazioni poste in essere in attuazione dei tre istituti di risanamento.

Si procede di seguito a meglio definire i contenuti e la portata di tali innovazioni.

1. Intervento in tema di prededucibilità dei crediti

Il tema della prededuzione è regolato in via generale dalla legge fallimentare all'art. 111 – rivisitato in occasione delle novelle del 2006 e del 2007 - che al comma 1 stabilisce l'ordine di distribuzione delle somme in sede di riparto, dando priorità ai c.d. crediti prededucibili¹.

Questi ultimi sono definiti al comma 2 “quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge”.

In sede interpretativa la portata di tale norma è stata intesa in modo restrittivo. Infatti, ne è stata esclusa l'applicazione all'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti sul postulato che gli stessi non possono qualificarsi come “procedura concorsuale” alla stessa stregua del concordato preventivo; inoltre, pure con riferimento a tale ultimo istituto, l'inciso “in occasione o in funzione delle procedure concorsuali” ha condotto a limitare il beneficio della prededuzione alle spese e ai crediti sorti nel corso del procedimento che, come noto, viene chiuso con l'omologa del concordato (l'attuazione del quale è dunque “fuori procedura”).

¹ Subito dopo i crediti prededucibili trovano soddisfazione, a norma del medesimo art. 111 l. fall., i crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute ed in ultima istanza i crediti chirografi.

Muovendo da tale interpretazione si è avvertita nella prassi l'esigenza di estendere il beneficio della prededucibilità con riferimento sia all'istituto del concordato preventivo sia degli accordi di ristrutturazione dei debiti al fine di neutralizzare i limiti dell'attuale art. 111 l. fall. In risposta a tale esigenza, l'art. 48 della Manovra introduce nella legge fallimentare il nuovo art. 182-quater rubricato "Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti", nel quale sono qualificati come prededucibili:

- a) crediti per finanziamenti effettuati da banche e intermediari **in esecuzione** di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato;
- b) crediti per finanziamenti effettuati da banche e intermediari **in funzione della presentazione della domanda** di ammissione alla procedura di concordato ovvero della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, a condizione che tali finanziamenti siano previsti dal piano concordatario o dall'accordo e purché: con riferimento al concordato preventivo la prededucazione sia disposta dal tribunale con provvedimento che accoglie la domanda di ammissione alla procedura; con riferimento all'accordo di ristrutturazione dei debiti vi sia omologa dell'accordo stesso;
- c) crediti derivanti da **finanziamenti dei soci** resi in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione fino a concorrenza dell'80% del loro ammontare ed in deroga alle disposizioni civilistiche sulla postergazione (artt. 2467 e 2497-quinquies);
- d) **compensi del professionista** purché: con riferimento al concordato preventivo la prededucazione sia disposta dal tribunale con provvedimento che accoglie la domanda di ammissione alla procedura; con riferimento all'accordo di ristrutturazione dei debiti vi sia omologa dell'accordo.

Fatta eccezione per i compensi del professionista, la prededucibilità sancita dalla Manovra è riferita a crediti derivanti da finanziamenti che le banche e gli intermediari finanziari abbiano concesso all'impresa non solo in attuazione del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti omologati dal tribunale ma anche nella fase precedente l'accesso alla procedura concordataria o al deposito della domanda di omologa dell'accordo di ristrutturazione. Quest'ultima è notoriamente la fase più problematica in quanto si rende necessario favorire la prosecuzione dell'attività, attraverso l'iniezione di nuova finanza (c.d. finanza ponte), quando l'impresa sta elaborando la proposta di concordato preventivo ovvero sta raggiungendo con i creditori l'accordo per la ristrutturazione dei debiti da sottoporre al tribunale.

Stando al testo normativo, per i finanziamenti attuativi del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti la prededucazione consegue (automaticamente) al provvedimento di omologa del tribunale, senza necessità di ulteriori statuizioni giudiziali. Stessa regola viene prevista per i finanziamenti dei soci, relativamente ai quali peraltro il beneficio è limitato alla misura dell'80% dell'ammontare del finanziamento stesso.

Circa i finanziamenti effettuati nella fase precedente la procedura di concordato o il deposito della domanda di omologa dell'accordo di ristrutturazione, il beneficio della prededucazione richiede diverse condizioni: per il concordato preventivo la prededucazione deve essere concessa dal giudice con il provvedimento di ammissione alla procedura (non vi sono quindi meccanismi automatici); per gli accordi di ristrutturazione dei debiti il beneficio consegue all'omologa del tribunale. In entrambi i casi il finanziamento deve essere contemplato nel piano (concordatario ovvero nel piano oggetto dell'accordo di ristrutturazione).

2. Integrazione della disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti

Il secondo intervento messo a punto dal legislatore con l'art. 48 della Manovra riguarda gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Tale istituto, introdotto nel 2005 e poi parzialmente modificato nel 2007, consiste in un accordo concluso in sede privatistica tra l'imprenditore ed una maggioranza qualificata di creditori, poi rimesso, congiuntamente alla relazione di attuabilità redatta da un revisore contabile o da una società di revisione, all'omologa del tribunale. L'accordo di ristrutturazione deve coinvolgere i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti, mentre i non aderenti o i dissenzienti devono essere pagati regolarmente.

Ai fini dell'omologa l'accordo di ristrutturazione dei debiti, oltre che presso la cancelleria del tribunale, deve essere pubblicato nel registro delle imprese; da tale momento e per sessanta giorni non possono essere iniziate o proseguite azioni esecutive e cautelari da parte dei creditori per titolo e causa anteriore a tale data.

Il blocco delle azioni esecutive e cautelari era misura a suo tempo ipotizzata dal legislatore per evitare le c.d. azioni di disturbo e consentire di preservare il patrimonio fino al giudizio di omologa, tenuto conto tra l'altro che per legge i creditori estranei devono essere soddisfatti regolarmente. Per quanto positiva la misura del blocco delle azioni dopo il raggiungimento dell'accordo ed in funzione dell'omologa del tribunale non era considerata soddisfacente. Si avvertiva in sede interpretativa ed operativa la necessità di proteggere il patrimonio dell'impresa anche nel corso delle trattative.

A tale esigenza mira a dare risposta l'art. 48 della manovra che, al comma 2, detta disposizioni che vanno ad integrare l'art. 182-bis di nuovi commi. In particolare, nel nuovo comma 6 viene consentito all'imprenditore che abbia trattative in corso di chiedere al tribunale il blocco delle azioni depositando, oltre alla documentazione riferita allo stato patrimoniale dell'impresa (di cui all'art. 161, commi 1 e 2):

- la proposta di accordo con i creditori;
- una dichiarazione, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla menzionata proposta di accordo sono in corso trattative con creditori rappresentativi di almeno il 60% dei crediti;
- una dichiarazione del professionista attestante l'idoneità della proposta di accordo a consentire il regolare pagamento dei creditori estranei alle trattative.

L'istanza dell'impresa è altresì pubblicata nel registro delle imprese.

A norma del nuovo comma 7 dell'art. 182-bis il tribunale è chiamato in un primo momento a verificare la **completezza della documentazione depositata**, fissando entro 30 giorni l'udienza e disponendo la comunicazione della documentazione stessa ai creditori. Al controllo formale segue poi in sede di udienza il controllo relativo ai **contenuti della documentazione** sotto i profili della sussistenza dei presupposti per il raggiungimento dell'accordo con le maggioranze prescritte dall'art. 182-bis e della sussistenza delle condizioni per il pagamento regolare dei creditori estranei alle trattative.

Ove tale esame dia esito positivo il tribunale dispone con decreto motivato, reclamabile da chi ne abbia interesse, il blocco delle azioni esecutive e cautelari nonché il divieto di acquisire titoli di prelazione se non concordati, assegnando al tempo stesso **un termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo** ai fini della procedura di omologazione. Quest'ultima segue le regole dell'art. 182-bis, commi da 1 a 5, che non hanno subito mutamenti.

3. Interventi in materia penale

In sede di conversione del dl n. 78/2010 è stato inserito all'art. 48 della Manovra un nuovo comma destinato ad incidere sulla disciplina dei reati fallimentari. In particolare viene introdotto nella legge fallimentare il nuovo art. 217-bis, rubricato "esenzione dai reati di bancarotta", del seguente tenore:

"Le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160, o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 182-bis ovvero del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)".

L'importanza dell'esenzione di cui all'art. 48 della Manovra va colta considerando che nell'ambito delle novelle del 2005/2007 il legislatore aveva regolato il tema del risanamento tutelando le operazioni attuative dei tre nuovi istituti solo sul piano civilistico (tramite cioè l'esenzione dalle azioni revocatorie) non operando alcun coordinamento con le pertinenti fattispecie di reato. Ne è seguito un periodo di incertezza interpretativa che ha reso più difficoltoso il ricorso ai tre istituti.

L'esigenza di porre rimedio a tale incertezza è stata evidenziata dall'Associazione Bancaria nel corso dell'Audizione tenutasi nel novembre 2009 dinanzi alle Commissioni riunite, Giustizia e Sviluppo Economico della Camera dei Deputati, incaricate dell'esame del ddl 1741, rubricato "Delega al Governo per il riordino della legislazione in materia di gestione delle crisi aziendali". Posizione omologa a quella dell'ABI è stata espressa anche dalla Banca d'Italia sempre in sede di Audizione al ddl 1741, tenutasi nel maggio 2010.

Tale ddl 1741, oltre a recare all'art. 1 principi di delega per la riforma delle procedure di amministrazione straordinaria, detta all'art. 2 disposizioni di delega per la riforma organica dei reati fallimentari nel quale non trova risposta la questione del coordinamento delle disposizioni penali con la nuova disciplina del risanamento configurata dalla legge fallimentare.

All'incertezza interpretativa pone ora rimedio l'art. 48 della Manovra che, in risposta alle istanze formulate dall'ABI e della Banca d'Italia, completa il sistema delle tutele poste a presidio delle operazioni di risanamento e di ristrutturazione realizzate nell'ambito dei menzionati istituti di risanamento, affiancando alla esenzione dalle azioni revocatorie l'esenzione dai reati di bancarotta fraudolenta preferenziale (cfr. art. 216, comma 3²) e di bancarotta semplice (cfr. art. 217³). Questi ultimi sono infatti le fattispecie di reato che negli anni hanno visto coinvolti l'impresa e, a titolo di concorso, i creditori con riferimento a interventi di risanamento e di ristrutturazione delle crisi che non avessero sortito esiti positivi.

Dal tenore del nuovo art. 217-bis l'esonero dai reati attiene alle ipotesi espressamente richiamate, vale a dire alle operazioni attuative del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e dei piani attestati.

² **Art. 216, comma 3:** "È punito con la reclusione da uno a cinque anni il fallito, che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione".

³ **Art. 217:** È punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente:

- 1) ha fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica;
- 2) ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti;
- 3) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento;
- 4) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa;
- 5) non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare.

La stessa pena si applica al fallito che, durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta.

Ciò non comporta peraltro che le composizioni negoziali compiute al di fuori di tali istituti siano di per sé illegittime. Tali composizioni non potranno usufruire delle tutele “automatiche” configurate dalla legge sotto il profilo delle revocatorie e dell’esonero dai reati di cui all’art. 216, comma 3, e 217; alle stesse tuttavia si applicheranno le regole generali dell’ordinamento concorsuale, per cui le eventuali sanzioni civili (revocatorie) e penali si applicheranno solo al ricorrere dei presupposti di legge⁴.

⁴ A questo riguardo si segnala peraltro che in sede interpretativa e operativa è avvertita l’esigenza di rivedere sensibilmente le fattispecie di bancarotta preferenziale e semplice, le cui condotte sono considerate eccessivamente generiche. Tale genericità ha consentito applicazioni estensive da parte di talune Corti, rendendo così incerti i confini tra comportamento lecito o illecito, sia con riferimento all’individuazione del momento di rilevanza penale delle condotte dell’imprenditore rispetto alla data di dichiarazione di fallimento (la carenza di indicazioni al riguardo consente di sanzionare atti risalenti nel tempo rispetto alla dichiarazione di fallimento anche privi di collegamento causale con lo stato di insolvenza dell’impresa) sia in ordine alla perimetrazione delle condotte censurabili.

In particolare, per il reato di bancarotta fraudolenta preferenziale la prassi applicativa ha registrato le seguenti problematiche: a) il reato è imputabile in presenza di qualsiasi tipo di pagamento effettuato dall’imprenditore, anche di crediti scaduti; b) la nozione di “simulazione” delle garanzie è intesa in senso estensivo rispetto alla simulazione civilistica; c) è irrilevante l’elemento temporale e dunque il fatto che il pagamento o la garanzia siano stati concessi in periodi anche lontani dalla dichiarazione di fallimento; d) in capo al debitore e ai creditori è richiesto l’elemento psicologico del dolo generico.

Quanto al reato di bancarotta semplice si segnala quanto segue: a) il reato è imputabile anche in presenza di condotte colpose; b) rilevano condotte anche risalenti nel tempo, lontane dalla dichiarazione di fallimento; c) il contenuto delle fattispecie di reato nel rinviare ad operazioni di grave imprudenza o di aggravamento del dissesto si prestano ad applicazioni generalizzate. In entrambe le fattispecie indicate inoltre non è regolata l’ipotesi del concorso, per cui il reato viene imputato sia all’imprenditore sia ai terzi sulla base dei medesimi presupposti.

Anche le problematiche descritte sono state evidenziate dall’ABI nel corso dell’Audizione sul ddl 1741; quest’ultimo, infatti, pur presentando indubbi elementi di miglioramento del sistema normativo vigente non è idoneo a superare le criticità segnalate. L’ABI ha quindi presentato proposte di emendamento funzionali al perseguimento dei seguenti obiettivi:

- indicazione nel dettaglio dei contenuti delle condotte;
- configurazione del reato solo per condotte realizzate in presenza di uno stato di insolvenza;
- imputabilità dei reati a titolo di concorso solo per dolo specifico, escludendo il dolo generico e la colpa grave.