

SOLUZIONI alla CRISI d'IMPRESA: CIRCOLARE ASSONIME

L'Assonime, con la circolare 7 febbraio 2013, n. 4, si è occupata della sistematizzazione delle principali novità riguardanti le nuove soluzioni concordate della crisi di impresa.

di **CESARE D'ATTILIO**

dottore commercialista e revisore legale – Studio D'Attilio

Alla luce delle modifiche apportate alla legge Fallimentare dal D.L. 22 giugno 2012 n. 83, conv. con modif. con L. 7 agosto 2012 n. 134, l'Assonime ha di recente pubblicato la circolare 7 febbraio 2013, n. 4 riguardante «*le nuove soluzioni concordate della crisi di impresa*».

Il documento si configura come un lavoro di lineare sistematizzazione delle principali novità che hanno interessato *maxime* l'istituto del concordato preventivo, nonché gli accordi di ristrutturazione dei debiti, l'istituto della prededuzione e la disciplina del professionista attestatore, con particolare riguardo al chiarimento delle incertezze normative, delle quali viene offerto di volta in volta un opportuno *memorandum*, che la norma ha in parte o totalmente chiarito.

Alla luce della premessa di cui sopra, di seguito si andranno a riassumere i tratti salienti della riforma e i punti principali del resoconto elaborato da Assonime a riguardo, al fine di offrirne un quadro esauriente, tuttavia sintetico, considerate la crisi economico-finanziaria ancora in atto e la conseguente volontà del Legislatore di incentivare la crescita e la continuazione dell'attività aziendale.

MODIFICHE al CONCORDATO PREVENTIVO

Le maggiori novità introdotte dal D.L. 83/2012, convertito dalla L. 134/2012 hanno interessato, tanto dal punto di vista formale quanto sostanziale, l'istituto del concordato preventivo. In particolare, sono state apportate modifiche a tre ambiti relativi all'istituto in commento, ovvero la domanda di concordato e i suoi effetti, le modalità di formazione della volontà dei creditori, il *cram down* in sede di omologazione del concordato.

Certamente, di notevole rilievo è la possibilità, prevista nel nuovo art. 161, co. 6, L.f., in capo all'imprenditore di presentare davanti al tribunale una «*domanda di concordato incompleta*», ovvero una sorta di domanda con riserva di integrazione della prescritta ulteriore documentazione, null'altro allegando al ricorso se non i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi.

La «*domanda con riserva*», da quanto emerge dalla Circolare, deve presentare un contenuto minimo essenziale, ovvero:

CRISI d'IMPRESA

- la sottoscrizione del debitore;
- l'indicazione dell'ufficio giudiziario a cui si rivolge che deve essere quello del luogo in cui ha la sede principale l'impresa;
- la formale domanda di apertura della procedura di concordato;
- la richiesta di fissazione di un **termine**, che *ex lege* deve essere **compreso** tra i **sessanta e i centoventi giorni prorogabile per giustificati motivi per non oltre sessanta giorni**, per il completamento della domanda con la presentazione della vera e propria proposta, del piano e della documentazione di cui all'art. 161 commi 2 e 3 L.f.

Inoltre, l'onere in capo al debitore di allegare al ricorso i bilanci degli ultimi tre esercizi, ha il duplice obiettivo da un lato di consentire al tribunale di verificare la regolarità formale della domanda e la competenza dell'ufficio adito, dall'altro di appurare la sussistenza dei presupposti dimensionali di fallibilità dell'impresa, circoscrivendo, in questo modo, ai soli imprenditori «fallibili» l'accesso di questa domanda semplificata di ammissione ai benefici della procedura di concordato preventivo.

La preoccupazione per un uso distorto della domanda con riserva, al fine di godere dei relativi benefici, ha certamente influito sulla nuova formulazione dell'art. 161 L.f.: il tribunale, infatti, deve imporre all'imprenditore, nelle more della presentazione della prescritta documentazione per l'ammissione alla procedura, **periodici obblighi informativi**, anche concernenti la gestione finanziaria dell'impresa, sanzionandone la violazione con il procedimento d'inammissibilità di cui all'art. 162, L.f.

In seguito al deposito della domanda con riserva possono pertanto paventarsi tre ipotesi:

- a) il debitore deposita regolarmente il piano e la documentazione prescritta dalla legge e, solo in seguito, il tribunale valuterà l'ammissibilità della proposta con conseguente accoglimento/rigetto della stessa. È evi-

dente, quindi, che la fissazione dei termini decretata dal giudice conseguentemente al deposito della domanda con riserva non influenza minimamente il giudizio di ammissibilità dello stesso che avviene in una fase successiva ovvero dopo il deposito di tutta la documentazione necessaria. A tal proposito, il nuovo art. 161 prevede, all'interno del piano, una descrizione analitica delle modalità e dei tempi della proposta concordataria, quale garanzia dell'impegno assunto dall'imprenditore verso terzi;

- b) il debitore, nello stesso termine previsto per il deposito dell'ulteriore documentazione *post* presentazione della domanda con riserva, ha la facoltà di presentare una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis conservando tutti gli effetti prodotti dal deposito del precedente ricorso;
- c) il debitore non presenta né il piano concordatario né la documentazione prescritta *ex lege* né la domanda di omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e, pertanto, in ossequio all'art. 162 L.f., il tribunale dichiara, con decreto, l'inammissibilità della domanda e, su istanza dei creditori o del p.m., il fallimento se ne ricorrono i presupposti.

Con riferimento agli effetti prodotti dalla domanda di concordato, si premette che, fermo restando che la domanda di concordato deve sempre essere comunicata al pubblico ministero, un'integrazione all'art. 161, co. 5, L.f. **onera ora il cancelliere della pubblicazione della domanda nel Registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in Cancelleria.**

Detta nuova disposizione è connessa alla modifica dell'art. 168, L.f., ovvero i **termini di decorrenza degli effetti protettivi** in capo al debitore non operano più **a partire** dalla data del deposito del ricorso in cancelleria, bensì dalla **data di pubblicazione del Registro imprese**. È ora previsto, altresì, il divieto per i

creditori per titolo o causa anteriore (non più al decreto) di iniziare o proseguire non solo azioni esecutive ma anche cautelari. In aggiunta, viene sancita 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.

Inoltre, non è da trascurare la facoltà concessa in capo al debitore, con riferimento al periodo intercorrente tra il deposito della domanda con riserva e il decreto con cui il Tribunale dichiara aperta la procedura di concordato, di compiere gli atti di ordinaria gestione nonché quelli urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del Tribunale stesso, il quale può chiedere sommarie informazioni a riguardo.

Ulteriore novità degna di nota, riguarda una **disciplina dei contratti in corso di esecuzione**, fino ad oggi mancante. Il **nuovo art. 169-bis, co. 1, L.f.** consente ora al debitore – su autorizzazione del tribunale o, dopo il decreto di ammissione, del giudice delegato – di chiedere la sospensione di un contratto (per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta) oppure di sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso. Discostandosi dalla disciplina dettata in tema di fallimento, il legislatore riconosce al contraente il diritto ad un indennizzo in misura pari al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Quest'ultimo diritto di credito viene previsto subisca il trattamento riservato ai creditori anteriori al concordato partecipando in regime di concorso tra gli stessi.

Restano, invece, esclusi dalla possibilità di scioglimento i rapporti di lavoro subordinato, i contratti di locazione d'immobili, di cui all'art. 80, co. 1, L.f., i contratti preliminari di compravendita d'immobile trascritto, di cui all'art. 72, co. 8, L.f. ed i contratti di finanziamento di cui all'art. 72-ter L.f.

Infine, il c.d. *cram down* di cui all'art. 180, co. 4, L.f. subisce, invece, un'**integrazione nell'ipotesi di mancata previsione di classi nel concordato**: i creditori dissenzienti, per contestare la convenienza della proposta, dovranno raggiungere la soglia minima del venti per cento dei crediti ammessi al voto.

CONCORDATO CON CONTINUITÀ

Assoluta novità meritevole di approfondimento riguarda la **possibilità**, concessa al debitore e circoscritta ai soli concordati preventivi ed agli accordi di ristrutturazione in continuità aziendale, di **farsi autorizzare dal tribunale**, assunte eventualmente sommarie informazioni, a **pagare crediti anteriori** per prestazioni di beni e servizi laddove venga presentata domanda di ammissione al concordato preventivo con prosecuzione di attività, anche ai sensi del nuovo co. 6, art. 161, L.f. **Analoga autorizzazione** per identico fine dovrà essere **richiesta al tribunale dall'imprenditore** che presenta una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-bis, co. 1, L.f. o una proposta di accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-bis, co. 6, L.f. Anche in questo caso, l'art. 182-quinquies, L.f. richiede che un **professionista nominato** dal debitore ed in possesso dei requisiti di cui alla nuova versione dell'art. 67, co. 3, lett. d), L.f. **attesti l'essenzialità delle prestazioni dei beni e/o dei servizi per la prosecuzione dell'attività d'impresa, unitamente alla loro funzionalità ad assicurare il miglior soddisfacimento del ceto creditorio**. La norma appena introdotta stabilisce che di quest'ultima attestazione si potrà fare a meno qualora i pagamenti delle prestazioni sopra menzionate vengano effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie

CRISI d'IMPRESA

di cui il debitore possa beneficiare in regime di postergazione oppure senza obbligo di restituzione.

Ennesima **conferma** che l'intervento normativo in esame abbia tra le finalità primarie quella della salvaguardia dei fattori produttivi dell'impresa è data dalla previsione del nuovo art. 186-bis L.f. che, per la prima volta, **introduce e definisce** formalmente il **concordato con continuità aziendale**. Per addivenire, appunto, alla definizione di questa particolare tipologia di concordato, la norma in esame fa richiamo al piano concordatario di cui al nuovo art. 161, co. 2, lett. e), L.f. qualificandolo e caratterizzandolo, però, con la previsione o della prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore o della cessione dell'azienda in esercizio ovvero del conferimento della medesima in una o più società, anche di nuova costituzione. Il piano con continuità aziendale può prevedere al suo interno anche un **passaggio liquidatorio** relativamente a quei beni che fossero ritenuti non funzionali all'esercizio dell'impresa.

Trattandosi di **concordato con continuità aziendale**, la nuova norma prevede che il piano contenga al suo interno una **puntuale indicazione dei costi e dei ricavi attesi a seguito della prosecuzione dell'attività d'impresa come anche delle fonti necessarie a far fronte all'entità – analiticamente determinata – del fabbisogno finanziario**.

La peculiarità di questa tipologia di concordato fa sì che sia necessaria una specifica integrazione alla relazione del professionista di cui all'art. 161, co. 3, L.f.: quest'ultimo, infatti, dovrà anche attestare (in aggiunta alla veridicità dei dati aziendali ed alla fattibilità del piano) che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano in continuità aziendale è **funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori**.

Qualora ricorrano i presupposti del concordato in continuità aziendale e fermo quanto

disposto dall'art. 160, co. 2, L.f., la norma appena introdotta legittima la previsione di una **moratoria fino ad 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. Mentre nulla si dice in tema di pagamento dei relativi interessi, l'ultimo periodo dell'art. 186-bis, lett. c), L.f. ora conferma che i **creditori in parola muniti di cause di prelazione restano esclusi dal diritto di voto**.

Sempre in tema di continuità aziendale e a completamento della disciplina dei contratti ancora pendenti al momento del deposito del ricorso di concordato, si aggiunge la previsione che, fatto salvo quanto previsto dall'art. 169-bis, L.f. in merito alla **possibilità di sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione, questi ultimi, anche se stipulati con la pubblica Amministrazione, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura, mentre sono inefficaci eventuali patti contrari**. Ancora all'interno del medesimo art. 186-bis, L.f., in coerenza con le finalità precipue connesse all'istituto in esame, viene altresì ammessa – seppure a determinate condizioni – la **partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici dell'impresa in concordato preventivo**; a tal fine, il decreto «Sviluppo» è dovuto intervenire anche sul codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) prevedendo all'art. 38, co. 1, lett. a), la non esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti qualora l'imprenditore abbia fatto ricorso alla procedura di concordato in continuità aziendale di cui al nuovo art. 186-bis, L.f. Anche in questo caso viene **richiesto ad un professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, co. 3, lett. d), L.f. di attestare la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto oggetto della procedura di assegnazione**.

ACCORDI di RISTRUTTURAZIONE dei DEBITI

Al fine di incentivare l'utilizzo di questo istituto, con il quale il debitore ha la possibilità di raggiungere in via autonoma un accordo con i creditori (sottoposto alla verifica per l'omologa da parte del tribunale previo consenso dei creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti) il Legislatore ha apportato alcune **modifiche** alla relativa **normativa**, prevedendo, nella fattispecie, una **moratoria di 120 giorni** per il pagamento dei creditori estranei all'accordo e un nuovo regime di predeuzione dei finanziamenti erogati nella fase che precede l'omologa dell'accordo.

Non solo, la nuova disciplina prevede anche le seguenti **alternative**:

I. la **possibilità** per il debitore di depositare, entro i termini concessi dal giudice, una **domanda di omologazione** di un **accordo di ristrutturazione dei debiti in luogo di un piano di concordato preventivo** (nuovo art. 161, co. 6, L.f.);

II. l'**ipotesi inversa**, ovvero l'opportunità di depositare una domanda di concordato preventivo con conservazione degli effetti del blocco delle azioni esecutive ottenute con il cd. preaccordo in luogo della domanda di omologazione dell'accordo definitivo (nuovo art. 182-bis, ultimo comma, L.f.).

La **ratio** della norma si trova nella volontà di offrire all'imprenditore in difficoltà strumenti flessibili per affrontare immediatamente la situazione di crisi, coinvolgendo il tribunale nella «*gestione controllata*» dell'impresa, nell'interesse sia dei creditori sia del debitore medesimo.

Tuttavia, rimangono ancora **insoddisfatte** alcune **perplexità** circa la conservazione degli effetti tipici del concordato preventivo, nella prima ipotesi sopra esposta, poiché gli stessi

non sono previsti per l'accordo di ristrutturazione dei debiti. In particolare, si fa riferimento alla disciplina relativa all'**inefficacia delle ipoteche**, alla sospensione degli interessi sui crediti e all'inopponibilità degli atti ai creditori anteriori al concordato, allo scioglimento o sospensione dei contratti in corso di esecuzione, alle disposizioni sulla continuità aziendale, agli atti di straordinaria amministrazione autorizzati dal tribunale.

In merito alle problematiche di cui sopra, secondo Assonime, sarebbe auspicabile una valutazione ad opera del tribunale «caso per caso» circa gli effetti generati dal deposito della domanda iniziale, instaurando un rapporto collaborativo con il debitore volto alla ricerca della soluzione più appropriata.

ISTITUTO della PREDEUZIONE e TRATTAMENTO FISCALE delle PERDITE su CREDITI

Sul fronte della **prededucibilità** dei **finanziamenti effettuati in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti** omologato ex art. 182-bis, L.f., il Legislatore è intervenuto innanzitutto sull'art. 182-quater, co. 1, L.f. facendo **venir meno la limitazione del beneficio ai soli intermediari finanziari ed alle banche**. In conseguenza delle modifiche in commento, è stato necessario intervenire anche sull'art. 182-quater, co. 2 e 3, L.f. Di particolare interesse la **novità introdotta in quest'ultimo comma laddove si riconosce la predeuzione**, di cui alla nuova versione dell'art. 182-quater, co. 1 e 2, L.f. anche al **finanziatore che abbia acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo**. Trova, altresì, conferma l'**esclusione dalle operazioni di voto dei creditori – anche se soci**

CRISI d'IMPRESA

– per finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-quater, co. 2, L.f.

In tema di accesso a nuova finanza e di pagamenti per prestazioni di beni e servizi, d'indubbio valore strategico per la risoluzione delle criticità emerse nella previgente disciplina è il nuovo art. 182-quinquies, L.f. La norma appena introdotta consente sin da subito all'imprenditore, che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo o una proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti ovvero una domanda di omologazione di quest'ultimo ai sensi dell'art. 182-bis, L.f., di chiedere al tribunale un provvedimento – eventualmente preceduto dall'acquisizione di sommarie informazioni – che lo autorizzi a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'art. 111, L.f., anche se non ancora oggetto di trattative ed individuati solo per entità e tipologia. I finanziamenti appena menzionati potranno anche essere garantiti da pegno o ipoteca concessi dal debitore, pur sempre su autorizzazione del tribunale. Un professionista designato dal debitore ed in possesso dei requisiti di cui alla nuova versione dell'art. 67, co. 3, lett. d), L.f. dovrà attestare che questa nuova finanza sia funzionale alla migliore soddisfazione dei creditori.

Per quanto concerne, poi, il trattamento fiscale delle perdite su crediti ⁽¹⁾, alla luce della recenti modifiche introdotte in merito dall'art. 33, co. 5, D.L. 83/2012, il nuovo art. 101, co. 5, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 [CFF 5201] dispone che il meccanismo di deducibilità immediata delle perdite su crediti, già previsto per le procedure concorsuali classiche, risulta ora esteso agli accordi di ristrutturazione dei debiti omologati ai sensi dell'art. 182-bis, L.f.

PROFILO del PROFESSIONISTA ATTENTATORE

I molteplici richiami alle attestazioni del professionista confermano ed accentuano la centralità della figura in parola nell'ambito degli istituti di composizione negoziale della crisi d'impresa. Questa certamente la ragione che ha portato il decreto «Sviluppo» ad intervenire sui requisiti del professionista che trovano, infatti, ora una più puntuale descrizione nell'ambito della nuova formulazione dell'art. 67, CO. 3, lett. d), L.f. alla quale occorre far richiamo ogniqualvolta sia richiesta una sua attestazione. Ferma restando l'iscrizione nel registro dei revisori legali ed il possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lett. a) e b), L.f. *in primis* va innanzitutto detto che il professionista in questione deve essere designato solo e soltanto dal debitore. Cionondimeno, al fine di salvaguardarne l'indipendenza di giudizio, viene precisato come sia necessario che il medesimo professionista deve risultare pienamente indipendente rispetto all'impresa ed all'imprenditore in termini di rapporti di natura professionale e personale. Più precisamente, il professionista attestatore dovrà soddisfare i requisiti di cui all'art. 2399 c.c. senza avere prestato, nei precedenti cinque anni, attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore (neppure in via indiretta a mezzo altri soggetti a lui associati professionalmente) ovvero non deve aver avuto responsabilità negli organi di amministrazione e di controllo. Il profilo di indipendenza sopra descritto deve essere, altresì, garantito e rispettato anche con riguardo a quei soggetti coinvolti nell'e-

⁽¹⁾ Per una puntuale disamina delle modifiche apportate all'art. 101, co. 5, D.P.R. 917/1986 si veda dello stesso autore «Deducibilità delle perdite su crediti» in questa Rivista, n. 3/2013, pagg. 27 e segg.

ventuale operazione di risanamento di cui all'art. 67, co. 3, lett. d), L.f.

Le ampie responsabilità in capo all'attestatore vengono ora bilanciate dalla previsione di una specifica fattispecie di reato da parte del **nuovo art. 236-bis**, L.f. qualora il professionista esponga informazioni false oppure ometta di riferire informazioni rilevanti nell'ambito delle relazioni o attestazioni di sua competenza. Il professionista che incorre nel **reato di falso** in **attestazioni** e **relazioni** soggiace alla pena della reclusione da due a cinque anni, pena aumentata se il professionista ha agito con la

finalità di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, ulteriormente aumentata fino alla metà se dal fatto ne deriva un danno per i creditori.

Coerentemente, il decreto «Sviluppo» conferma ora anche per i piani di risanamento la **necessità** che venga attestata la **veridicità** dei **dati aziendali** e la **fattibilità** del **piano**. Per completezza, si segnala che l'ultimo periodo della nuova versione dell'art. 67, co. 3, lett. d), L.f. attribuisce al debitore la facoltà di chiedere la pubblicazione nel Registro delle imprese del piano attestato di risanamento.