LATHAM&WATKINS

Numero 1080 13 Settembre 2010

Client Alert

Latham & Watkins
Finance Department

La legge di conversione del decreto legge n. 78 del 31 maggio 2010 apporta ulteriori modifiche alla legge fallimentare

Con la legge 30 luglio 2010, n. 122, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 176 del 30 luglio 2010 (nel seguito, la "**Legge di Conversione**") per la conversione del decreto legge n. 78 del 31 maggio 2010 (nel seguito, il "**Decreto**")[1], il legislatore italiano ha introdotto ulteriori modifiche alla legge fallimentare (il regio decreto n. 267 del 1942, nel seguito, "**L.F.**"), brevemente illustrate nel seguito.

"La disciplina dei reati fallimentari è stata significativamente modificata, come auspicato da più parti."

Reati fallimentari

La disciplina dei reati fallimentari è stata significativamente modificata, come auspicato da più parti, in modo da coordinare le fattispecie incriminatrici con gli istituti recentemente introdotti dal legislatore allo scopo di favorire il risanamento dell'impresa in stato di crisi.

La Legge di Conversione ha infatti inserito nella L.F. il nuovo art. 217-*bis*, il quale prevede espressamente che i pagamenti e le operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato o di un piano attestato di risanamento di cui all'art. 67, comma terzo, lettera d), L.F., non possono integrare i reati di bancarotta semplice di cui all'articolo 217[2] L.F. né i reati di bancarotta fraudolenta (c.d. preferenziale) di cui all'articolo 216, comma 3, L.F..

Questa importante modifica della L.F. comporta, da un lato, che l'imprenditore in crisi non possa essere chiamato a rispondere dei citati reati di bancarotta e, d'altro lato, che i creditori (o i suoi rappresentanti, come gli amministratori o i funzionari della banca creditrice) coinvolti nella soluzione concordata dello stato di crisi non possano essere responsabili degli anzidetti reati in concorso con l'imprenditore poi dichiarato fallito a seguito dell'insuccesso della ricordata soluzione concordata.

E' importante anche notare che la Legge di Conversione annovera tra gli istituti cui si applica l'art. 217-*bis* L.F. anche il piano attestato ai sensi dell'articolo 67, comma 3, lettera d), L.F., che è stato fino ad ora lo strumento negoziale di risoluzione della crisi d'impresa più usato tra quelli introdotti con la riforma della L.F., verosimilmente in ragione della sua maggior celerità e dell'assenza dell'intervento dell'autorità giudiziaria[3]. Il piano attestato, dunque, al pari dell'accordo di ristrutturazione e del concordato preventivo, copre (ma in modo più rapido) non solo il rischio di successive azioni revocatorie fallimentari, ma anche, seppur parzialmente, il rischio di incorrere in sanzioni penali.

Latham&Watkins è una partnership a responsabilità limitata regolata dalle leggi dello Stato del Delaware (USA) ed opera in tutto il mondo con partnership affiliate a responsabilità limitata nel Regno Unito, in Francia, in Italia e a Singapore e una partnership affiliata a Hong Kong e in Giappone. Latham & Watkins opera in Arabia Saudita in collaborazione con lo studio legale di Mohammed Al-Sheikh. Copyright 2010 Latham&Watkins. Tutti i diritti sono riservati.

Prededucibilità dei crediti

Il Decreto aveva già previsto[4] che, in caso di successivo fallimento dell'imprenditore, fossero prededucibili i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari, erogati non solo in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologati, ma anche in funzione della presentazione delle relative domande all'autorità giudiziaria. Circa quest'ultimo caso di prededucibilità il Decreto ne subordinava l'applicazione all'avvenuta omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. La Legge di Conversione, invece, anticipa il momento di avveramento della condizione che consente la prededucibilità dei crediti derivanti dai finanziamenti erogati in funzione della domanda di ammissione al concordato preventivo, in quanto consente la loro parificazione ai crediti prededucibili qualora il provvedimento adottato dal tribunale in relazione all'ammissibilità al concordato preventivo disponga espressamente la parificazione dei crediti derivanti da tali finanziamenti ai crediti prededucibili. Dal che consegue, da un canto, che nella domanda di concordato si dovrà chiedere espressamente tale parificazione e, dall'altro, che la nuova finanza difficilmente potrà essere erogata prima della positiva determinazione del tribunale riguardo alla prededucibilità dei relativi crediti.

La Legge di Conversione, inoltre, se ha lasciato invariata la disciplina della prededucibilità dei finanziamenti concessi dai soci prevista dal Decreto[5], ha per contro parzialmente modificato la disciplina relativa alla prededucibilità dei compensi spettanti al professionista nominato in caso di accordo di ristrutturazione o di concordato preventivo, stabilendo che la prededucibilità dei crediti vantati dallo stesso professionista deve essere espressamente disposta dal provvedimento del tribunale che accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo.

La prededucibilità dei crediti in esame è certamente un'importante novità. Tuttavia, stante il disposto dell'articolo 111-bis, comma 3, L.F., tali crediti non sono anche antergati ai crediti assisti da pegno o ipoteca: siamo quindi ancora lontani dagli strumenti di diritto US fra cui, in particolare, il DIP (debtor-in-possession) financing che consentono concretamente l'erogazione di finanza super senior all'impresa in crisi.

Divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive

Il Decreto aveva previsto la possibilità di richiedere all'autorità giudiziaria di disporre il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive anche nel periodo delle trattative per la conclusione di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

La Legge di Conversione precisa tale disciplina, stabilendo non solo che il giudice competente a decidere sia quello del luogo ove l'impresa ha la propria sede principale, ma anche che l'attestazione da allegare alla relativa domanda deve esprimersi anche in merito a«l'idoneità della proposta di accordo, se accettato, ad assicurare il regolare pagamento» dei creditori estranei all'accordo.

L'istanza di sospensione, per effetto delle modifiche apportate dalla Legge di Conversione alla disciplina prevista dal Decreto, preclude l'inizio o la prosecuzione di azioni esecutive e cautelari o l'acquisizione di titoli di prelazione (se non concordati), a partire dalla data della sua pubblicazione nel registro delle imprese. Tuttavia, l'indicata preclusione viene meno qualora il tribunale rigetti l'istanza di sospensione.

Note

[1] Esaminato nel nostro *Client Alert* n. 1049 del 6 luglio 2010, cui si rinvia.

[2] Si rammenta che ai sensi dell'articolo 217, comma 1, L.F. l'imprenditore dichiarato fallito è punito con la reclusione da sei mesi a due anni se, al di fuori dei casi di bancarotta fraudolenta: 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.

[3] Salvo il caso che il tribunale competente per territorio, su richiesta dell'imprenditore in crisi, accetti, come a volte succede, di nominare il professionista chiamato ad attestare il piano ai sensi dell'art. 67, comma 3, lettera d), L.F.

[4] In particolare, il comma 1 dell'articolo 48 ha aggiunto, dopo l'articolo 182-*ter* L.F., l'articolo 182-*quater*.

[5] Si rammenta che, per effetto del Decreto, i crediti per finanziamenti soci sono prededucibili nella misura massima dell'80%, laddove siano erogati in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato.

Per qualsiasi chiarimento relativamente al presente *Client Alert*, rivolgetevi ad uno dei professionisti indicati qui di seguito:

Maria Cristina Storchi
+39.02.3046.2044
mariacristina.storchi@lw.com
Milano

Andrea Novarese
+39.02.3046.2043
andrea.novarese@lw.com
Milano

Riccardo Agostinelli
+39.02.3046.2045
riccardo.agostinelli@lw.com
Milano

Simona Bormida
+39.02.30462048
simona.bormida@lw.com
Milano

Il presente *Client Alert* ha l'obiettivo di fornire informazioni di carattere generale rispetto all'argomento trattato e non deve essere inteso come un parere legale né come una disamina esaustiva di ogni aspetto relativo alla materia oggetto del documento. Si rammenta che per l'applicazione a casi specifici di quanto illustrato nel *Client Alert* sarà necessario richiedere una consulenza specifica che consideri tutte le circostanze del caso concreto. Per qualsiasi richiesta di chiarimenti riguardo all'argomento trattato, siete pregati di contattare il professionsta dello studio cui abitualmente vi rivolgete. Un elenco completo dei nostri *Client Alert*s è disponibile all'indirizzo internet www.lw.com

Se desiderate aggiornare i vostri dati o personalizzare le informazioni che ricevete da Latham & Watkins, visitate www.lw.com/LathamMail.aspx.

Abu Dhabi
Amburgo
Barcellona
Bruxelles
Chicago
Doha
Dubai
Francoforte
Hong Kong
Houston
Londra
Los Angeles
Madrid
Milano
Mosca
Monaco
New Jersey
New York
Orange County
Parigi
Pechino
Riad *
Roma
San Diego
San Francisco
Shangai
Silicon Valley
Singapore
Tokyo
Washington D. C.

* In collaborazione con lo studio legale di Mohammed A. Al-Sheikh