LATHAM&WATKINS

Numero 1363 12 luglio 2012

Client Alert

Latham & Watkins
Finance Department

Le nuove norme per la composizione della crisi di impresa introdotte dal Decreto Sviluppo

Introduzione

Il Consiglio dei Ministri tenutosi lo scorso 22 giugno 2012 ha approvato il decreto legge n. 83 recante misure urgenti per la crescita del Paese[1] pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale in data 26 giugno 2012 (il "Decreto"), attraverso il quale sono state, tra l'altro, introdotte significative modifiche al Regio Decreto n. 267 del 16 marzo 1942 (la "Legge Fallimentare") ed in particolare alle norme relative alle procedure di composizione della crisi d'impresa.

In linea con i principi ispiratori delle precedenti riforme della Legge Fallimentare, le nuove norme tendono (i) da un lato, ad incentivare l'imprenditore a denunciare tempestivamente la propria situazione di crisi e a tutelare lo svolgimento dell'attività di impresa anche in una fase di crisi preservando il valore dell'azienda e, (ii) dall'altro, a migliorare l'efficienza e la flessibilità degli strumenti negoziali di composizione e soluzione delle crisi di impresa, i quali – a dispetto del carattere liquidatorio e sanzionatorio posto alla base dell'originario impianto normativo della Legge Fallimentare – assumono un ruolo sempre più centrale nella risoluzione delle crisi di impresa[2].

"Le modifiche alla Legge Fallimentare introdotte dal Decreto Sviluppo mirano a migliorare l'efficienza e la flessibilità degli strumenti negoziali di composizione e soluzione delle crisi di impresa."

I piani attestati di risanamento

La maggior parte delle modifiche introdotte dal Decreto recepiscono le indicazioni suggerite dalla dottrina e della giurisprudenza maggioritaria che si sono occupate dei piani attestati di risanamento, con particolare riguardo alla legittimazione alla designazione del professionista[3] ed al dovere del professionista di attestare la veridicità dei dati aziendali[4].

Con riguardo al primo profilo, il Decreto attribuisce al solo debitore la legittimazione alla designazione del professionista, eliminando l'inutile prassi dell'istanza avanti al Tribunale competente per la nomina in via vicaria dell'esperto e stabilendo i requisiti volti ad assicurarne l'indipendenza che, pertanto, vanno ad aggiungersi a quelli attualmente previsti dalla norma in parola.

In particolare, oltre ad applicarsi al professionista le cause di ineleggibilità e decadenza previste dall'articolo 2399 cod. civ. con riguardo ai sindaci[5], il professionista non deve (i) essere legato all'impresa, ovvero a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento, da rapporti di natura personale ovvero professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; e (ii) neppure per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere

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 2012 Latham&Watkins. Tutti i diritti sono riservati.

prestato – negli ultimi cinque anni – attività di lavoro, anche autonomo, in favore del debitore ovvero avere partecipato agli organi di amministrazione o di controllo.

Quanto al contenuto dell'asseverazione, il Decreto prevede una disciplina più rigorosa rispetto a quella previgente. Ai sensi dell'abrogata disposizione, infatti, l'esperto era tenuto ad attestare la ragionevolezza del piano con riguardo alla sostenibilità da parte del debitore dell'indebitamento nell'arco piano. La nuova formulazione della norma, invece, impone al professionista di attestare, *in primis*, la veridicità dei dati aziendali e, quindi, la fattibilità del piano. Non circoscrivendo il Decreto l'attestazione di veridicità ai soli dati contabili, pare corretto ritenere che – come affermato da autorevole dottrina in tema di concordato preventivo[6] – il giudizio circa la veridicità dei dati debba estendersi anche a quelli extracontabili posti a fondamento del piano di risanamento, quali – ad esempio – l'esistenza di contratti strategici per il risanamento dell'impresa, il portafoglio ordini, la corretta rilevazione dei fatti di gestione nonché le potenziali sopravvenienze passive. Tale attestazione costituisce il presupposto naturale sul quale il professionista dovrà svolgere l'ulteriore asseverazione inerente la concreta fattibilità del piano di risanamento.

Da ultimo, il Decreto prevede la facoltà del debitore di pubblicare il piano di risanamento nel Registro delle Imprese, il cui esercizio comporta l'insorgere di un vantaggio fiscale per il debitore medesimo.

Ed invero, il quarto comma dell'articolo 33 del Decreto stabilisce che, ai fini di quanto previsto dal quarto comma dell'articolo 88 del DPR 22 dicembre 1986 n. 917 (il "TUIR"), la riduzione dei debiti dell'impresa non costituisce sopravvenienza attiva per la parte eccedente le perdite pregresse e di periodo di cui alla predetta disposizione del TUIR.

La pubblicazione del piano di risanamento *ex* articolo 67, terzo comma, lett. (d) della Legge Fallimentare, non conferisce, invece, alcun vantaggio fiscale al creditore, precisando il Decreto[7] che le perdite sui crediti sono deducibili esclusivamente se il debitore è soggetto ad una procedura concorsuale ovvero a seguito dell'omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex articolo 182 *bis* della Legge Fallimentare.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti

Come detto poc'anzi, oltre a chiarire che anche nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti la nomina del professionista costituisce un atto del debitore, il Decreto stabilisce che l'attestazione deve avere ad oggetto la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo con particolare riferimento all'idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei.

Al riguardo, si rileva come il Decreto, nel riformare l'istituto in discorso ha accolto le istanze formulate dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria nonché dagli operatori del settore. Ed invero, l'introduzione del principio per cui i creditori estranei all'accordo debbano essere pagati "*integralmente*", pone fine ai diversi dubbi interpretativi sollevati dalla precedente formulazione della norma, ai sensi della quale i creditori estranei all'accordo avrebbero dovuti essere pagati "*regolarmente*"[8].

Un'ulteriore novità degna di menzione riguarda l'introduzione di termini di adempimento previsti per il pagamento dei creditori estranei: ed invero, il novellato primo comma dell'articolo 182 *bis* della Legge Fallimentare prevede che il pagamento di tali crediti dovrà essere effettuato entro 120 giorni decorrenti (i) dalla data di omologazione dell'accordo di ristrutturazione con riguardo ai debiti già scaduti a tale data; ovvero (ii) dalla data di scadenza dei debiti che, alla data di omologazione, non siano ancora scaduti. Attraverso l'introduzione di una moratoria *ex lege*, il Decreto sembra aver risolto uno dei punti deboli dell'istituto che ha contribuito, sino ad ora, a renderlo poco appetibile agli occhi del debitore, e cioè

la necessità per il debitore di avere a disposizione al momento dell'omologazione dell'accordo le somme necessarie per far fronte al pagamento dei creditori estranei all'accordo, con un aggravio notevole di nuova finanza a carico del sistema bancario.

Un'ulteriore modifica introdotta dal Decreto riguarda l'attribuzione al debitore che abbia depositato avanti al Tribunale l'istanza di cui al sesto comma dell'articolo 182 *bis* della Legge Fallimentare volta ad ottenere – in pendenza di trattative con i creditori – la protezione del proprio patrimonio da azioni cautelari o esecutive, della facoltà di presentare ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, senza che vengano meno gli effetti protettivi sul proprio patrimonio.

Il Decreto, inoltre, introduce una nuova disposizione di rilevante importanza volta - da un lato - a consentire la prosecuzione dell'attività di impresa preservandone il valore e - dall'altro - ad incentivare il debitore a ricorrere agli accordi di ristrutturazione dei debiti ed al c.d. pre-concordato (su cui *infra*). L'articolo 182 *quinquies* della Legge Fallimentare prevede, infatti, che, in pendenza dell'omologazione dell'accordo *ex* articolo 182 *bis* delle Legge Fallimentare ovvero a seguito del deposito dell'istanza di cui al sesto comma dell'articolo 182 *bis* della Legge Fallimentare, il Tribunale può autorizzare il debitore: (i) a contrarre finanziamenti, sempre che sia stato attestato dal professionista designato dal debitore in possesso di tutti i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lett. d) della Legge Fallimentare, che il ricorso all'ulteriore indebitamento è funzionale "*alla migliore soddisfazione dei creditori*"; nonché (ii) a pagare i crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, sempre che sia stato attestato dal professionista che il relativo pagamento *"sia essenziale per la prosecuzione dell'attività di impesa e funzionale alla migliore soddisfazione dei creditori"*.

La norma, peraltro, precisa che i finanziamenti concessi a condizione dell'intervenuta autorizzazione del Tribunale beneficiano della prededucibilità a norma di quanto previsto dall'articolo 111 della Legge Fallimentare e – ove previsto dal provvedimento autorizzatorio de Tribunale – possono essere garantiti con pegno e ipoteche. Quanto, invece, al pagamento dei crediti dei fornitori effettuato in forza dell'autorizzazione del Tribunale, la norma stabilisce che tale atto solutorio non è soggetto ad azione revocatoria fallimentare.

La disposizione *de qua* appare più incisiva rispetto alla disciplina dettata in tema di prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti di cui al vigente articolo 184 *quater* della Legge Fallimentare. Ed invero, il nuovo articolo 182 *quinquies* prevede che: (i) diversamente da quanto previsto dall'articolo 182 *quater* della Legge Fallimentare[9], il debitore può essere autorizzato ad accedere all'ulteriore indebitamento, prededucibile, a seguito della presentazione del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo di cui al sesto comma dell'articolo 161 della Legge Fallimentare ovvero dell'istanza di cui al sesto comma dell'articolo 182 *bis* della Legge Fallimentare; (ii) i finanziamenti possono essere – in astratto – erogati da qualsivoglia soggetto e non esclusivamente da banche ed intermediari finanziari; e (iii) previa autorizzazione del Tribunale, i finanziamenti possano essere garantiti da garanzie reali.

Le novità in tema di concordato preventivo

Il Decreto ha introdotto molteplici modifiche alla disciplina del concordato preventivo che sono nel seguito sinteticamente descritte.

La domanda di ammissione al concordato preventivo

Con riguardo alla documentazione da allegare al ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, il Decreto ha stabilito che dovrà essere depositato anche un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta.

Tale modifica appare certamente opportuna per due ordini di motivi: in primo luogo, è fatto obbligo al debitore di indicare le modalità di attuazione e la tempistica del concordato, elementi di assoluta importanza specie con riguardo ai concordati con cessione dei beni, ove le modalità di attuazione del piano e la relativa *timeline* sono indispensabili[10] per orientare la scelta dei creditori e del Tribunale. In secondo luogo, il professionista è tenuto ad attestare anche le modalità di attuazione nonché la relativa tempistica: tale profilo assume certamente rilevanza con riguardo al giudizio di fattibilità dell'intero piano concordatario.

Con riguardo alla relazione del professionista, il Decreto richiede che essa venga nuovamente predisposta, nell'ipotesi di modifiche sostanziali della proposta concordataria ovvero del piano che – ai sensi delle attuali previsioni della Legge Fallimentare – possono intervenire sino a che siano state iniziate le operazioni di voto da parte dei creditori: tale modifica implica, evidentemente, la possibilità per il debitore di apportare al ricorso, e più in generale alla proposta concordataria, modifiche "*sostanziali*", con la conseguenza che il concordato, con gli effetti che ne sono propri, continua anche se sostanzialmente modificato.

Un'ulteriore novità riguarda la pubblicazione della domanda di concordato nel Registro delle Imprese: tale adempimento assume particolare rilevanza, in quanto la data di pubblicazione costituisce il *dies a quo* da cui decorrono gli effetti protettivi a favore del ceto creditorio, volti a scongiurare la disgregazione del patrimonio sociale e l'alterazione della *par condicio creditorum*. Peraltro, il Decreto introduce un ulteriore effetto protettivo dei creditori, prevedendo l'inopponibilità ai creditori anteriori al concordato delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la pubblicazione.

Il deposito della sola domanda di concordato preventivo a norma del sesto comma dell'articolo 161 della Legge Fallimentare

Tra le modifiche più rilevanti apportate dal Decreto al fine di consentire al debitore "*di beneficiare degli effetti protettivi del proprio patrimonio e* [di impedire] *che i tempi di preparazione della proposta e del piano aggravino la situazione di crisi sino a generare un vero e proprio stato di insolvenza*"[11], merita menzione il sesto comma dell'articolo 161 della Legge Fallimentare, ai sensi del quale, infatti, il debitore può depositare la sola domanda di concordato, riservandosi di presentare la documentazione richiesta dalla legge entro un termine fissato dal giudice compreso fra 60 e 120 giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, per massimi 60 giorni. In pendenza di tale termine, al debitore è peraltro riconosciuta la facoltà di depositare la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182 *bis* della Legge Fallimentare, con conservazione sino all'omologazione degli effetti ottenuti con il ricorso.

Ove il debitore non provveda al deposito dell'ulteriore documentazione richiesta ai fini dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo, la proposta di concordato verrà dichiarata inammissibile, a norma del secondo comma dell'articolo 162 della Legge Fallimentare, dal Tribunale il quale – su istanza del creditore ovvero su richiesta del Pubblico Ministero, e previa verifica della sussistenza dei presupposti di legge – può dichiarare il fallimento del debitore; conseguenza quest'altra che ci aspettiamo diventi una prassi "sanzionatoria" nel caso di abuso da parte del debitore di presentare l'istanza.

Infatti, ancorché le finalità perseguite dalla norma siano certamente condivisibili, potrebbe esservi il rischio che l'istituto in commento venga utilizzato in modo strumentale ed improprio: da un lato, infatti, i debitori potrebbero provvedere al deposito della sola domanda di concordato al solo fine di ottenere la protezione del proprio patrimonio a norma dell'articolo 168 della Legge Fallimentare e, dall'altro, potrebbero utilizzare, quale leva negoziale nei confronti dei propri creditori, il rischio di fallimento dovuto al mancato deposito della documentazione a corredo della domanda di concordato.

La disciplina dei contratti in corso di esecuzione

Un'ulteriore modifica apportata alla Legge Fallimentare da parte del Decreto riguarda l'introduzione di una norma *ad hoc*, l'articolo 169 *bis* della Legge Fallimentare, per la disciplina dei contratti in corso di esecuzione.

A seguito di espressa richiesta del debitore, il Tribunale ovvero il Giudice Delegato (a seconda dell'intervenuta ammissione o meno alla procedura di concordato preventivo), possono autorizzare l'impresa in crisi (i) a sciogliersi dai contratti in esecuzione alla data di deposito del ricorso, fatta unicamente salva la clausola compromissoria, ovvero (ii) a sospendere l'esecuzione dei contratti per un termine di 60 giorni, prorogabile per una sola volta.

Per effetto dello scioglimento ovvero della sospensione del contratto, l'altra parte ha diritto di ricevere un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento che sarà soddisfatto come credito anteriore al concordato. Sarebbe, forse, stato più tutelante se il Decreto avesse previsto per la parte del sinallagma contrattuale che subisce, suo malgrado, lo scioglimento ovvero la sospensione del contratto, l'insorgenza di un credito prededucibile e non meramente di grado anteriore al concordato.

Ai sensi della citata disposizione non possono essere oggetto di scioglimento né di sospensione i rapporti di lavoro subordinato, i contratti preliminari trascritti aventi ad oggetto l'abitazione principale dell'acquirente ed il contratto di locazione avente ad oggetto bene immobili.

Una disciplina *ad hoc* è, invece, prevista per la sorte dei contratti nel caso del concordato con continuità aziendale, come descritto al successivo paragrafo 4.4.

Il concordato con continuità aziendale

Con l'introduzione dell'articolo 186 *bis* della Legge Fallimentare, il Decreto prevede un quadro normativo relativo alla specie dei concordati preventivi finalizzati alla prosecuzione dell'attività di impresa (fino ad oggi oggetto di prassi basate sulle norme generali del concordato), regolati da disposizioni speciali e dalle norme generali di cui agli articoli 160 e ss. della Legge Fallimentare che troveranno applicazione in quanto compatibili.

Il nuovo articolo 186 *bis* della Legge Fallimentare precisa, al primo comma, la nozione di concordato con continuità aziendale, che ricorre laddove il piano concordatario preveda: (i) la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore; ovvero (ii) la cessione dell'azienda in esercizio; ovvero ancora (iii) il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione. Il Decreto precisa altresì che nell'ambito dei concordati con continuità aziendale è comunque ammessa la liquidazione di quegli *assets* non funzionali all'esercizio dell'impresa.

Tra le principali peculiarità dell'istituto *de quo*, la nuova disposizione impone che il piano di cui all'articolo 161 secondo comma lett. e) contenga l'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura e che il professionista attesti che la prosecuzione dell'attività sia "*funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori*". Al fine di favorire il ricorso a tale procedura, il Decreto ha, inoltre, attribuito al debitore la facoltà di prevedere nel piano una moratoria *ex lege* della durata massima di 12 mesi dalla data di omologazione del concordato preventivo per il pagamento dei creditori muniti di pegno, ipoteca e privilegio, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.

Merita certamente menzione la disciplina dettata dall'articolo 186 *bis* della Legge Fallimentare, con riguardo ai contratti in corso di esecuzione.

Al fine di scongiurare la risoluzione dei rapporti contrattuali in esecuzione per effetto dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo, la nuova

disposizione prevede che: (i) l'apertura della procedura *de qua* non determina la risoluzione dei contratti di cui è parte il debitore, *ivi* inclusi quelli stipulati con le pubbliche amministrazione, stabilendo la nullità di qualsivoglia pattuizione contraria e facendo salva la facoltà del debitore di richiedere lo scioglimento ovvero la sospensione dei contratti in essere a norma dell'articolo 169 *bis* della Legge Fallimentare; e (ii) la prosecuzione dei rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione non è preclusa dall'ammissione del debitore al concordato preventivo con continuità aziendale[12], a condizione che il professionista abbia attestato la conformità al piano dei rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nonché la ragionevole capacità di adempimento del debitore. 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.

La nuova disposizione, inoltre, consente al debitore di partecipare a procedure di assegnazione di contratti pubblici, anche in raggruppamento temporaneo di imprese sempre che non rivesta la qualità di mandataria ed a condizione che vengano presentati in gara: (i) una relazione del professionista attestante, da un lato, che la partecipazione alla procedura di assegnazione sia conforme al piano e, dall'altro, la ragionevole capacità di adempimento del contratto; e (ii) una dichiarazione di un altro operatore in possesso di tutti i requisiti per l'affidamento dell'appalto, con il quale si impegni nei confronti della stazione appaltante e del debitore a mettere a disposizione - per tutta la durata del contratto - le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e, nell'ipotesi in cui il debitore fallisca ovvero non sia in grado di eseguire regolarmente il contratto, a subentrare al debitore.

Da ultimo, il Decreto prevede che, se nel corso di un concordato in continuità aziendale l'esercizio dell'attività d'impresa cessi o risulti manifestamente dannosa per i creditori, il Tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173 della Legge Fallimentare, salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato.

Nuovi finanziamenti, pagamento dei creditori anteriori e atti di straordinaria e ordinaria amministrazione

Il Decreto introduce due disposizioni volte ad incentivare la prosecuzione dell'attività produttiva, anche attraverso la stipulazione di nuovi contratti tra i terzi e l'imprenditore che abbia depositato il ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo.

Il nuovo articolo 182 *quinquies* della Legge Fallimentare consente anche al debitore che abbia depositato il ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma del sesto comma dell'articolo 161 della Legge Fallimentare, di richiedere l'autorizzazione al Tribunale a contrarre nuovi finanziamenti prededucibili, eventualmente anche garantiti da pegno o ipoteca, a condizione che il professionista designato del debitore ed avente tutti i requisiti di cui all'articolo 67 terzo comma, lett. d) della Legge Fallimentare – previa verifica del complessivo fabbisogno finanziario del debitore – attesti che l'ulteriore indebitamento è funzionale alla migliore soddisfazione dei creditori.

Sebbene la disposizione in commento attribuisca anche al debitore che ha depositato, a norma di quanto previsto dal sesto comma dell'articolo 161 della Legge Fallimentare, la sola domanda di ammissione a concordato, la facoltà di richiedere l'autorizzazione a contrarre nuovi finanziamenti, tale ipotesi potrebbe in concreto rivelarsi di non facile attuazione: ed invero, come segnalato anche dalla dottrina, il professionista dovrebbe attestare – sotto la sua responsabilità – che tali finanziamenti siano funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori senza aver potuto esaminare (in quanto non ancora predisposti dal debitore) il piano finanziario ed industriale così come la proposta concordataria, documenti che – ai sensi del sesto comma dell'articolo 161 della Legge Fallimentare – saranno presentati successivamente al deposito della domanda di concordato.

Ai sensi della disposizione in commento, è altresì previso che il debitore che abbia depositato istanza di concordato con continuità aziendale possa richiedere al Tribunale l'autorizzazione a pagare i crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, a condizione che il professionista, designato dal debitore ed avente tutti i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lett. d) della Legge Fallimentare, attesti che tale pagamento sia "*essenziale per la prosecuzione dell'attività di impesa e funzionale alla migliore soddisfazione dei creditori*". In assenza dell'asseverazione da parte del professionista, il debitore può comunque procedere al pagamento dei crediti anteriori al concordato solo se vengano rese disponibili da terzi, ivi inclusi – quindi – i soci, nuove risorse finanziarie (i) senza obbligo di restituzione ovvero (ii) con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori: in tal caso, tuttavia, l'importo dei pagamenti a cui il debitore può essere autorizzato non può eccedere l'ammontare delle nuove risorse apportate.

Da ultimo, ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 161 della Legge Fallimentare, nel periodo intercorrente tra la data di deposito del ricorso e la data di ammissione al concordato, è consentito al debitore compiere (i) atti urgenti di straordinaria amministrazione, previa autorizzazione del Tribunale e (ii) atti di ordinaria amministrazione; la norma *de qua* precisa, altresì, che i crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente posti in essere dal debitore sono prededucibili a norma dell'articolo 111 della Legge Fallimentare.

Mentre per il compimento degli atti urgenti di straordinaria amministrazione la nuova disposizione richiede la preventiva autorizzazione del Tribunale, tale autorizzazione non viene espressamente richiesta per gli atti di ordinaria amministrazione i quali, pertanto, possono essere posti in essere a seguito del deposito del ricorso, con la conseguenza che – stando alla lettera della nuova disposizione – eventuali crediti derivanti da tali atti legalmente compiuti beneficerebbero della prededucibilità a norma dell'articolo 111 della Legge Fallimentare.

Riduzione o perdita del capitale della società in crisi

Il Decreto introduce un nuovo articolo 182 *sexies* alla Legge Fallimentare a mente del quale, a far tempo dalla data di deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo, anche a norma del novellato sesto comma dell'articolo 161 della Legge Fallimentare (il c.d. pre-concordato), ovvero dalla data di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex articolo 182 *bis* della Legge Fallimentare, ovvero ancora a seguito del deposito dell'istanza di cui al sesto comma dell'articolo 182 *bis* della Legge Fallimentare e sino alla relativa omologazione, non trovano applicazione alcune previsioni dettate in tema di riduzione del capitale per perdite e di riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, previste sia con riguardo alle società per azioni che per le società a responsabilità limitata[13].

La nuova disposizione, inoltre, precisa che in pendenza del predetto lasso temporale non troveranno applicazione le cause di scioglimento previste per il caso di riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale sia per quanto riguarda le società per azioni, le società a responsabilità limitata e le società cooperative e le mutue assicuratrici.

La norma in commento, da ultimo, chiarisce che – a seguito della riduzione del capitale sociale e sino all'avvio del risanamento – gli amministratori sono tenuti a gestire la società al solo fine di conservare l'integrità ed il valore del patrimonio sociale, trovando applicazione l'articolo 2486 cod. civ., il quale, peraltro, prevede una responsabilità personale e solidale degli amministratori per i danni arrecati ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi in ragione di atti ovvero omissioni compiuti in violazione del dovere loro imposto ai sensi della richiamata disposizione codicistica.

Una volta avviato il piano di risanamento, gli amministratori non sono più soggetti quindi all'obbligo, ed alla responsabilità, di cui all'articolo 2486 cod. civ.,

la cui applicazione, certamente condivisibile in un'ottica liquidatoria, sarebbe controproducente nell'ambito di un' operazione volta al risanamento dell'impresa, in cui la gestione dell'impresa deve essere dinamicamente orientata alla continuazione dell'attività aziendale.

Falso in attestazioni e relazioni

Analogamente a quanto previsto dalla legge n. 3 del 27 gennaio 2012 recante "*Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*", il Decreto ha introdotto con il nuovo articolo 236 della Legge Fallimentare, rubricato "*Falso in attestazioni e relazioni*", una nuova fattispecie delittuosa ai sensi della quale il professionista che nelle relazioni ovvero nelle attestazioni previste dagli articoli 67, terzo comma, lett. d), 182 *bis*, 182 *quinquies* e 186 *bis* della Legge Fallimentare espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti è punto con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 Euro.

Inoltre, la norma in esame stabilisce che se il professionista ha posto in essere una condotta criminosa al fine di conseguire un ingiusto profitto per se stesso ovvero per altri la pena viene aumentata, mentre per il caso in cui dalla condotta del professionista consegua un danno per i creditori, la pena viene aumentata sino alla metà.

Vale la pena, da ultimo, rammentare che, come previsto dal secondo comma dell'articolo 25 della Costituzione, la norma penale così introdotta del Decreto non potrà avere efficacia retroattiva e, quindi, non potrà essere applicata prima della sua entrata in vigore.

Entrata in vigore delle nuove norme

Il secondo comma dell'articolo 33 del Decreto stabilisce che le nuove disposizioni si applicano ai procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti introdotti dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata di vigore delle legge di conversione, nonché ai piani di risanamento elaborati successivamente a tale termine.

Note

[1] Il testo del Decreto è consultabile sul sito http://www.gazzettaufficiale.it/guridb/dispatcher?service=1&datagu=2012-06-26&task=dettaglio&numgu=147&redaz=012G0109&tmstp=1341501932161.

[2] A tale riguardo si vedano il nostro *client alert* Numero 1080 del 13 Settembre 2010 e il *client alert* Numero 1049 del 6 luglio 2010 che illustrano altre importanti modifiche apportate recentemente alla Legge Fallimentare.

[3] Si vedano, tra le altre, le seguenti pronunce: Trib. Ravenna, 13 settembre 2011, Trib. Verona, 27 luglio 2011 e Trib. Roma, 23 febbraio 2011.

[4] G.B. Nardecchia, *Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento*, in Il Fallimento, 2/2010, 195; Trib. Milano, 10 novembre 2009, in Foro It., 2010, 1, 1, 297; E. Frascaroli Santi, *Gli Accordi di Ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2009, 144 e ss..

[5] Ai sensi del primo comma dell'articolo 2399 cod. civ. non possono essere eletti alla carica di sindaco e, se eletti, decadono dall'ufficio: (i) l'interdetto, l'inabilitato, il fallito o chi è stato condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi; (ii) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo; (iii) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza. Peraltro, nell'ipotesi in cui lo statuto abbia previsto, ai sensi del terzo comma dell'articolo 2399 cod. civ., ulteriori cause di ineleggibilità o decadenza, il professionista non dovrà trovarsi neppure in una di tali eventuali ipotesi per poter essere legittimamente designato.

[6] G. Lo Cascio, il *Concordato Preventivo*, Milano, 2008, pp. 232 e ss..

[7] Si veda, al riguardo, il quarto comma dell'articolo 33 del Decreto, il quale - peraltro - precisa che "*il debitore si considera assoggettato a procedura concorsuale dalla data della sentenza dichiarativa di 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 cri*si".

[8] Si veda, al riguardo, E. Frascaroli Santi, *Gli accordi,* cit., 139 ss. ove viene ampiamente dato atto dell'esistenza dei diversi orientamenti giurisprudenziali in ordine al significato da attribuirsi al regolare pagamento dei creditori estranei.

[9] Come noto, infatti, l'articolo 182 *quater* della Legge Fallimentare attribuisce il carattere della prededucibilità ai crediti derivanti da finanziamenti concessi *"in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e ss ovvero di un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'articolo 182* bis"

[10] Ed invero, a norma di quanto previsto dal primo comma dell'articolo 182 della Legge Fallimentare, in caso di concordati con cessione dei beni, spetta al Tribunale determinare le modalità di attuazione. Tale norma, tuttavia, nulla dispone in merito alla tempistica relativa alla realizzazione del concordato, ragion per cui parte della dottrina invocava, al riguardo, l'applicabilità dell'articolo 1183 cod. civ. Tale profilo sembra, ormai, essere del tutto superato dalla novella operata dal Decreto.

[11] Così la relazione illustrativa al Decreto *sub* articolo 33.

[12] Al riguardo, si segnala che il Decreto è intervenuto a modificare anche la lettera a) del primo comma dell'articolo 38 del Decreto Legislativo n. 163 del 2006 "*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*", il quale esclude espressamente il concordato preventivo con continuità aziendale tra le situazioni (i) atte ad escludere un'impresa dalla partecipazione alla procedura di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi; ovvero (ii) che vietino (a) all'impresa di divenire affidataria di subappalti ovvero (b) di stipulare i relativi contratti.

[13] L'articolo 182 *bis* della Legge Fallimentare richiama, con riferimento alle società per azioni, il secondo e terzo comma dell'articolo 2446 cod. civ. e l'articolo 2447 cod. civ. e, con riguardo alle società a responsabilità limitata, il quarto, quinto e sesto comma dell'articolo 2482 *bis* cod. civ. e l'articolo 2482 *ter* cod. civ.

Per qualsiasi chiarimento relativamente al presente *Client Alert*, rivolgetevi ad uno dei professionisti indicati qui di seguito o al professionista cui abitualmente vi rivolgete

Andrea Novarese
+39.02.30462043
andrea.novarese@lw.com
Milano

Paolo Rusconi
+39.02.3046.2063
paolo.rusconi@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 http://events.lw.com/reaction/subscriptionpage.html.

Abu Dhabi
Amburgo
Barcellona
Boston
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