

CIRCOLARE n. 2/2005
RISERVATA AI CLIENTI E AI CORRISPONDENTI DELLO
STUDIO GHIDINI, GIRINO & ASSOCIATI

www.ghidini-associati.it

(N.B. La presente circolare è meramente informativa e non costituisce parere)

NUOVE DISPOSIZIONI
IN MATERIA FALLIMENTARE

Decreto Legge 15 marzo 2005 n. 35 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 16 marzo 2005 n. 52)

Il decreto legge 35/2005 da pochi giorni pubblicato in Gazzetta Ufficiale, meglio noto come “decreto per la competitività”, ha comportato significative innovazioni nei più disparati campi del diritto. In questa circolare si propone un breve tratteggio delle novità e delle modifiche introdotte nella Legge Fallimentare (RD del 16.3.1942 n. 267).

1) Azione revocatoria

L'art. 67 LF è stato sensibilmente modificato, in particolare:

- a) introducendo un criterio certo di valutazione delle sproporzioni di prestazione;
- b) dimezzando il c.d. “periodo sospetto”;
- c) individuando un'ampia serie di atti sottratti all'azione di revoca.

- (a) Gli atti caratterizzati da sproporzione economica compiuti nell'**anno** (dunque **non più nel biennio**) anteriore alla dichiarazione di fallimento sono revocabili nel caso in cui quanto dato (o promesso dal) superi di oltre il **25%** quanto ricevuto (o promesso) al fallito. Anteriormente, l'apprezzamento era rimesso al giudice, chiamato a decidere in ordine alla misura notevole della sproporzione.
- (b) La revoca di atti estintivi di debiti scaduti ed esigibili compiuti con mezzi anomali di pagamento e di garanzie per debiti non scaduti colpisce solo gli atti effettuati nell'**anno** (**non più nel biennio**) anteriore al fallimento. Le garanzie per debiti scaduti e ogni altro pagamento sono revocabili se compiuti nel **semestre** (**non più nell'anno**) anteriore al fallimento.
- (c) **Non** sono in ogni caso **revocabili** indipendentemente dal momento in cui sono compiuti:
 - i. **pagamenti di beni e servizi** effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei **termini d'uso** (dove “termini” ha l'evidente significato di condizioni

applicate). Si intende preservare la normale operatività aziendale dell'impresa in crisi evitando che il forzato blocco di pagamenti ne pregiudichi ogni possibilità di ripresa;

- ii. le **rimesse su conto corrente bancario**, purché non abbiano ridotto in maniera “*consistente e durevole*” l'esposizione debitoria del fallito verso la banca. Esenzione in sé apprezzabile, ma connotata da un elemento valutativo troppo ampio e di difficile determinazione specie in relazione alla durevolezza di effetti ove l'esposizione sia stata ridotta in prossimità del fallimento;
- iii. **vendite** a giusto prezzo di immobili da adibire a **prima casa** (propria o di parenti e affini entro il 3° grado). Norma che solo apparentemente attenua la drammatica situazione del privato che acquisti dal costruttore/venditore poi fallito. Il richiamo al “giusto prezzo” reintroduce ampi margini di opinabilità. Sarebbe stato preferibile definire un criterio connotato da maggior certezza (come nel caso sub (a) sopra citato);
- iv. **atti, pagamenti e garanzie** posti in essere in esecuzione di un **piano** che appaia idoneo al **risanamento** e ad assicurare la stabilità finanziaria del debitore. Il piano deve essere ragionevole e la ragionevolezza va attestata da apposita relazione (come nel caso di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento: art. 2501/bis cod. civ.). La disposizione mira a favorire il ricorso al concordato stragiudiziale, liberando i soggetti coinvolti dall'angoscia della possibile revocabilità degli atti. Si tratta di una misura opportuna, ma ancora una volta connotata da elementi dai contorni sfuggenti (piano che “*appaia idoneo*”). E' possibile che in realtà il legislatore abbia con ciò inteso indurre gli operatori a ricorrere preferibilmente al concordato stragiudiziale omologato, nuovo istituto introdotto con la riforma in commento (*infra* § 3);
- v. **atti, pagamenti e garanzie** posti in essere in esecuzione di un **concordato preventivo, un'amministrazione controllata o un concordato stragiudiziale omologato** (*infra* § 3). Il tema era, come noto, controverso in giurisprudenza;
- vi. **pagamenti effettuati a dipendenti o collaboratori** anche non subordinati (tipicamente tutte le forme di collaborazione di tipo lavoristico ammesse dalla nuova disciplina in materia);
- vii. **pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, eseguiti alla scadenza**, necessari per ottenere prestazioni di servizi funzionali all'accesso alle procedure di amministrazione controllata o concordato preventivo. Si tratta dei compensi dovuti ai professionisti che a vario titolo “accompagnino” l'azienda alla procedura minore. Non è chiara l'apparente esclusione della deroga nel caso di servizi resi per accedere al concordato preventivo stragiudiziale (*infra* § 3). E' auspicabile una correzione in sede di conversione o comunque una successiva integrazione in via interpretativo-analogica da parte della giurisprudenza.

Innovata anche la disciplina in tema di **effetti della revoca**. L'art. 71 (il decreto indica come modificato l'art. 70, ma si tratta di un evidente refuso posto che la norma sugli effetti è portata dall'art. 71) è stato integrato da nuove previsioni. In particolare:

- (a) in caso di pagamenti effettuati tramite **intermediari specializzati, sistemi di compensazione o società fiduciarie**, l'azione va svolta e produce effetti nei confronti del

destinatario effettivo della prestazione. Norma corretta e coerente con il principio già affermato nel d. lgs. 210/01 in tema di definitività dei sistemi di pagamento in ambito finanziario;

- (b) se la revoca ha ad oggetto atti estintivi di **rapporti “continuativi o reiterati”** (locuzione amplissima atta a ricomprendere qualsivoglia prestazione di durata), la restituzione opera solo con riferimento alla differenza fra l’ammontare massimo raggiunto dalle pretese del terzo e l’ammontare residuo delle stesse.

La nuova disciplina opera con riferimento alle azioni revocatorie “*proposte*” dopo il 16 marzo 2005 (data di entrata in vigore del decreto di riforma).

2) Concordato preventivo

La riforma muta radicalmente presupposti, procedure e configurazione dell’istituto concordatario.

L’art. 160 LF viene integralmente riscritto e vengono quindi **aboliti** gli anteriori **requisiti di meritevolezza** (contabilità regolare, assenza di fallimenti pregressi, non commissione di reati economici). Scompare anche il distinguo fra concordato con o senza cessione dei beni ed il riferimento al pagamento minimo, nel secondo caso, di almeno il 40% del debito chirografario (anche se l’art. 186, che prevede la risoluzione del concordato per mancato raggiungimento di tale percentuale, non è stato abrogato introducendo così un elemento di dubbio circa la perduranza del requisito ovvero la sua implicita abrogazione).

Il nuovo art. 160 rimette alla **più ampia libertà di parte** la definizione delle regole dell’accordo fra impresa debitrice e ceto creditorio. L’imprenditore insolvente allo scopo deve predisporre un piano il quale “*può*” prevedere:

- (a) la **ristrutturazione** del debito e la soddisfazione del credito in qualsivoglia forma anche mediante cessione dei beni, accoli o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l’attribuzione di strumenti finanziari ai creditori o a società da questi partecipate;
- (b) la **cessione delle attività** delle imprese interessate a **terzi assuntori** (che possono essere anche creditori o società da questi partecipate o all’uopo costituite e le cui azioni vadano attribuite al restante ceto);
- (c) la **suddivisione dei creditori in classi**, costituite in base alla posizione giuridica di ciascuno di essi e all’omogeneità degli interessi economici di cui sono portatori (possono quindi immaginarsi, ad esempio, classi di creditori bancari, fornitori, etc.);
- (d) **trattamento differenziati per** creditori di **classi** diverse (incidendo con ciò parzialmente sul principio di *par condicio*, o meglio ammettendone un’applicazione per aree di interesse).

La disciplina procedurale è stata a sua volta ampiamente rivisitata (cfr. nuovi artt. 161, 163, 177, 180 e 181 LF).

Il piano proposto e la documentazione a supporto (relazione patrimoniale, economica e finanziaria, elenco analitico ed estimativo delle attività, elenco nominativo dei creditori suddivisi in funzione delle eventuali cause di prelazione, elenco dei titolari di diritti reali o personali sui beni dell’impresa, stima del valore dei beni ed elenco dei creditori particolari dei soci illimitatamente responsabili) vanno accompagnati dalla relazione di un **professionista** che deve farsi **garante della veridicità dei dati e della fattibilità del piano**. La disposizione formalizza una prassi del resto già diffusa, la novità è data alla responsabilità specifica imposta al consulente.

Il Tribunale non è più chiamato a valutare l’ammissibilità del ricorso sotto il profilo sostanziale, la sua verifica essendo più che altro di tipo formale. Il **decreto** di apertura va pronunciato in presenza

di una positiva verifica circa la **completezza e regolarità della documentazione**. E' soltanto ammessa, in presenza di differenti classi creditorie, una valutazione della correttezza del criterio di classificazione.

La **maggioranza** creditoria richiesta **per l'approvazione** del concordato è **semplice** (50+1 dei crediti ammessi al voto) e non più qualificata (2/3 secondo l'antecedente disciplina). In caso di più classi occorre la maggioranza dei crediti di ciascuna classe. Il dissenso di una o più classi non impedisce l'approvazione del concordato, ma in tal caso il Tribunale è chiamato ad accertare se la **maggioranza delle classi** abbia votato favorevolmente e se la proposta di concordato possa soddisfare i creditori dissenzienti in misura non inferiore a quella delle *“alternative concretamente praticabili”*. Da quest'ultima locuzione emerge con chiarezza lo spirito della nuova disciplina e l'abbandono della logica che rivestiva anteriormente l'istituto concordatario: non più uno “sconto di pena” all'imprenditore meritevole, bensì uno strumento per garantire un più rapido ed efficace soddisfacimento del ceto creditorio. Se il fallimento è tale da garantire un minore o eguale risultato, il concordato prevale nonostante il dissenso di talune classi.

Viene confermato il principio per il quale il creditore privilegiato che voti perde il diritto alla prelazione, salvo che vi abbia rinunciato parzialmente per almeno un terzo del credito.

Snella e improntata a criteri egualmente obiettivi la **procedura di omologazione**. Il Tribunale fissa all'uopo un'udienza in camera di consiglio. I creditori dissenzienti e ogni altro interessato possono opporsi depositando, 10 giorni prima dell'udienza, una memoria corredata di tutte le eventuali istanze istruttorie. Nello stesso termine il commissario giudiziale deposita un parere motivato. Fatto salvo il rispetto del contraddittorio, il Tribunale può anche assumere informazioni e prove d'ufficio. L'omologazione interviene nel caso in cui si accertino le maggioranze di cui sopra, ha luogo con decreto (non più con sentenza) e deve emanarsi entro 6 mesi dalla data del ricorso (termine prorogabile di 60 giorni, una sola volta, dallo stesso Tribunale).

3. Concordato stragiudiziale omologato

Il **concordato stragiudiziale** non è mai stato sin qui regolato, risultando una procedura del tutto informale di natura negoziale privata, pur sempre suscettibile di invalidazione in caso di successivo fallimento dell'impresa. Accanto a tale formula – da ritenersi tuttora praticabile in quanto non espressamente vietata – si aggiunge ora la possibilità di raggiungere un **accordo preliminare con i creditori** e di sottoporlo all'**omologazione dell'Autorità Giudiziaria** (art. 182/bis di nuova introduzione).

La **procedura** è estremamente semplificata:

- (a) il debitore presenta un **ricorso** analogo a quello per concordato preventivo, parimenti corredata di documentazione attestata da un professionista;
- (b) unitamente al ricorso va depositato un **accordo di ristrutturazione del debito** stipulato con almeno il **60% dei creditori**; l'accordo va corredata da una **relazione di un esperto** concernente la sua attuabilità e la sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori che non vi hanno aderito;
- (c) l'accordo viene **pubblicato nel registro delle imprese**. Creditori dissenzienti e terzi possono proporre **opposizione** entro **30 giorni**;
- (d) il tribunale decide le opposizioni con **decreto** motivato, ma l'accordo ha efficacia sin dal giorno della pubblicazione nel registro delle imprese.

Con tale procedura si attribuisce al concordato stragiudiziale la stessa dignità di quello giudiziale e se ne conferma l'efficacia anche quando ai creditori venga riservato un differente trattamento, agevolando così la definizione almeno parziale del debito dell'impresa insolvente.

Milano, 23 marzo 2005

STUDIO GHIDINI, GIRINO E ASSOCIATI

Via S. Sofia 12 - 20122 Milano (Italia)

Tel. 0258300433 Fax 0258301508

URL: www.ghidini-associati.it