



La riforma del diritto fallimentare. Un percorso tutt'altro che concluso. I meccanismi di allerta precoce e la Direttiva 1023/2019

Il 10 gennaio 2019, in attuazione di un iter avviato già da tempo, il Governo italiano ha approvato il testo unico *"Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza"* (il "Codice"), che apporta sostanziali novità in tema di ristrutturazione e insolvenza e sulla relativa applicabilità a tutte le categorie di debitori, persone fisiche incluse, introducendo alcune previsioni innovative sull'allerta e la risoluzione preventiva della crisi di impresa.

L'effettiva vigenza del Codice scatterà da agosto 2020, sebbene alcune previsioni siano già in vigore, in particolare per quanto attiene agli assetti organizzativi dell'impresa, posto che vi è un ampliamento dei casi in cui le società debbono munirsi dell'organo di controllo, cui spetteranno funzioni di segnalazione della crisi al verificarsi di determinati indici.

Al contempo, anche a seguito di un lungo iter normativo, a livello comunitario è stata approvata la Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 (la "Direttiva"), riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione.

Gli Stati membri avranno tempo sino al 17 luglio 2021 per adottare le disposizioni necessarie a conformarsi alla Direttiva, con possibile proroga di un anno e termine più lungo per recepire alcune previsioni relative a innovazioni digitali.

I termini della Direttiva, pur a fronte di ben 101 "considerando", sono per alcuni versi generici, a partire dalla definizione di "ristrutturazione" fornita dall'art. 2 quale "misure che intendono ristrutturare le attività del debitore", con evidente tautologia lessicale. Al contempo, l'oggetto e l'ambito di applicazione indicati dall'art. 1 sono piuttosto chiari e

consistono nello stabilire norme in materia di

- a) quadri di ristrutturazione preventiva per il debitore in difficoltà finanziarie;
- b) procedure che portano alla esdebitazione dei debiti contratti dall'imprenditore insolvente;
- c) misure per aumentare l'efficienza delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione.

In aggiunta, si richiede agli Stati membri di provvedere affinché i debitori abbiano accesso a uno o più strumenti di allerta precoce chiari e trasparenti in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la possibilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio.

Il Codice ha in effetti anticipato l'esigenza manifestata dalla Direttiva, stabilendo, all'art. 12, gli "strumenti di allerta", intesi quali obblighi di segnalazione posti a carico degli organi di controllo societario e di alcuni creditori "qualificati" (identificati al momento nell'Agenzia delle Entrate, nell'agente per la riscossione e nell'INPS), finalizzati alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa al verificarsi di determinati indicatori stabiliti su base annuale dall'Ordine dei commercialisti, ed alla conseguente sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione.

Si tratta di obblighi particolarmente rilevanti posto che la loro inosservanza può determinare profili di responsabilità oltre che l'inefficacia degli eventuali titoli di prelazione dei creditori o l'inopponibilità del credito in riferimento a spese e oneri di riscossione.

La Direttiva prevede quindi che gli Stati membri provvedano affinché, qualora sussista una probabilità di insolvenza, il debitore abbia accesso a un quadro di ristrutturazione preventiva che impedisca l'insolvenza, al fine di tutelare i posti di lavoro e

preservare l'attività imprenditoriale. Per il perseguimento di tale obiettivo viene quindi previsto che il debitore che accede a procedure di ristrutturazione preventiva mantenga il controllo totale o almeno parziale della gestione dell'impresa (art. 5 – debitore non spossessato), e che possa anche beneficiare della sospensione di azioni esecutive individuali al fine di agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione per un periodo di base non superiore a 4 mesi, salvo quando l'azione esecutiva non sia suscettibile di compromettere la ristrutturazione dell'impresa o quando la sospensione comporti un ingiusto pregiudizio dei creditori.

Il Codice ha già di fatto previsto tutte le predette misure, attraverso l'introduzione di un organismo di composizione della crisi di impresa ("OCRI"), da costituirsi presso ciascuna camera di commercio, con il compito di ricevere le segnalazioni e gestire il procedimento di allerta, nonché di supportare l'imprenditore nel procedimento di composizione assistita della crisi.

L'OCRI, ricevuta la segnalazione o l'istanza da parte del debitore, convoca quest'ultimo per l'audizione e individua le possibili misure per porre rimedio alla crisi, imponendo un termine al debitore per conformarsi. In caso di inadempimento o di mancata comparizione all'audizione, verranno informati gli autori delle segnalazioni nonché il pubblico ministero, che potranno così richiedere il fallimento del debitore (sebbene in vigore del Codice non si parlerà più di "fallimento", ma di "liquidazione giudiziale"). Se invece il debitore chiederà l'avvio del procedimento di composizione assistita della crisi, si darà avvio ad un termine non eccedente a tre mesi finalizzato alla ricerca di soluzioni concordate della crisi di impresa (che potranno prevedere l'accesso al concordato preventivo o alla ristrutturazione dei debiti e il beneficio della sospensione delle azioni esecutive per analogo termine).

Il debitore manterrà in ogni caso il controllo dell'azienda e non sarà quindi spossessato, sebbene a seconda della procedura prescelta vi sarà un controllo più o meno ampio da parte del tribunale.

La possibilità che, in particolare, l'OCRI segnali al pubblico ministero la mancata comparizione del debitore per l'audizione, o il mancato raggiungimento di un accordo con i creditori non seguito dal ricorso al concordato preventivo o alla ristrutturazione dei debiti, con il conseguente rischio che ne consegua il fallimento (liquidazione giudiziale) del debitore, rende di fatto obbligatoria la procedura, e questo rappresenta forse uno dei possibili aspetti di contrasto con la Direttiva, che prevede la mera facoltatività dei quadri di ristrutturazione preventiva, di talché in attuazione della Direttiva potrebbe intervenire una modifica del Codice.

La Direttiva prevede quindi che gli Stati membri dispongano di piani di ristrutturazione con alcune caratteristiche minime, tra le quali la possibile suddivisione in classi dei creditori (già prevista in Italia, ma assente in molti ordinamenti comunitari) e l'intervento dell'autorità giudiziaria per l'omologazione dei piani che (i) incidono sui crediti dei dissenzienti; (ii) prevedano nuovi finanziamenti; (iii) determinino la perdita di più del 25% della forza lavoro.

Tale ultima previsione viene tuttavia condizionata alla effettiva ammissibilità, nello specifico ordinamento, di una simile perdita, il che fa salvo, ad esempio, quanto previsto dalla normativa italiana che consente riduzioni di personale solo a condizioni rigorose.

Per quanto attiene, invece, alle altre due previsioni che comportano la necessità dell'intervento dell'autorità giudiziaria per l'omologazione dei piani di ristrutturazione (che la Direttiva identifica come "ristrutturazione trasversale"), l'Italia può considerarsi già "in regola", alla luce di quanto previsto nel Codice in tema di "cram-down" e di concessione di finanziamenti autorizzati prima dell'omologa di concordato preventivo o accordi di ristrutturazione dei debiti, o durante le procedure medesime.

Nel primo caso, infatti, gli effetti dell'accordo possono essere estesi anche ai creditori non aderenti che appartengono alla medesima categoria, individuata tenuto conto dell'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici, a condizione che siano rispettate determinate condizioni, quali la regolare informazione dei creditori e l'aver consentito a questi di partecipare alle trattative, e in presenza di percentuali piuttosto alte di creditori aderenti.

Per quanto attiene ai finanziamenti, il debitore può richiedere di essere autorizzato dal Tribunale a contrarli se siano funzionali all'esercizio dell'attività aziendale sino all'omologa del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero all'apertura e allo svolgimento di tali procedure e siano in ogni caso funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori. Tali finanziamenti – sempre prededucibili – possono essere altresì richiesti in esecuzione delle predette procedure di ristrutturazione.

Peraltro, la Direttiva insiste per la tutela di tali finanziamenti, richiedendo agli Stati membri di prevedere che non vengano dichiarati nulli, annullabili o inopponibili nel caso di successiva insolvenza del debitore, così riducendo drasticamente il caso di possibili revocatorie, che in Italia sono in astratto ipotizzabili solo per i finanziamenti temporanei concessi dopo che il debitore sia divenuto incapace di pagare i propri debiti in scadenza, ma non nelle altre ipotesi.

E ancora, i finanziatori non possono essere ritenuti civilmente, amministrativamente o penalmente responsabili in base al rilievo che detti finanziamenti sono pregiudizievole per la massa dei creditori, a meno che non sussistano altre ragioni stabilite dal diritto nazionale (quali i casi di frode).

Infine, viene posta particolare attenzione alla esdebitazione, sul presupposto che le norme nazionali che offrono una seconda opportunità agli imprenditori variano tra gli Stati membri per quanto riguarda la durata dei termini per l'esdebitazione e le condizioni per l'ammissione al beneficio. La Direttiva, quindi, stabilisce all'art. 21 che gli Stati membri provvedono affinché il periodo trascorso il quale l'imprenditore insolvente può essere liberato integralmente dai propri debiti non sia superiore a tre anni a decorrere dall'apertura della specifica procedura, e che l'esdebitazione non richieda l'intervento dell'autorità giudiziaria.

Previsioni, queste, del tutto rispettate dal Codice, che esclude il beneficio – così come del resto consentito dalla Direttiva – solo per l'imprenditore condannato per reati di bancarotta o che abbia già beneficiato due volte dell'esdebitazione o ne abbia comunque

già beneficiato entro un termine recente.

In sostanza, se da un lato l'Italia sembrerebbe avere approvato un impianto normativo piuttosto conforme alle richieste comunitarie e, conseguentemente, il recepimento della Direttiva è di fatto già in fase avanzata, sarà sicuramente da semplificare il meccanismo di "early warning" così come strutturato nel Codice, più simile a una ulteriore procedura prefallimentare che a una effettiva procedura stragiudiziale snella e rapida.

A ciò dovrà ovviamente accompagnarsi una sensibilizzazione delle imprese italiane verso il ricorso a simili procedure in una fase che non sia già di effettiva insolvenza, ma sia realmente precoce e in grado di prevenire la futura insolvenza, e per fare questo occorrerà garantire che i dirigenti non siano dissuasi dal prendere decisioni commerciali ragionevoli o dal correre rischi commerciali ragionevoli, in particolare ove tali pratiche possano migliorare le probabilità di successo della ristrutturazione di un'impresa potenzialmente sana ("considerando" 70 della Direttiva).

Per maggiori informazioni contattare:

Paolo Bonolis | Partner

E paolo.bonolis@cms-aacs.com
T +39 06 47815 1

Gianfabio Florio | Senior Associate

E gianfabio.florio@cms-aacs.com
T +39 02 89283800

Le opinioni ed informazioni contenute nel presente documento hanno carattere esclusivamente divulgativo. Esse pertanto non possono considerarsi sufficienti ad adottare decisioni operative o l'assunzione di impegni di qualsiasi natura, né rappresentano l'espressione di un parere professionale. Il documento è proprietà di CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni.

C/M/S Law-Now™

Law . Tax

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles
on a variety of topics delivered by email.

cms-lawnow.com

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni è membro di CMS, organizzazione internazionale di studi legali e tributari indipendenti.

Uffici CMS:

Aberdeen, Algeri, Amburgo, Amsterdam, Anversa, Barcellona, Belgrado, Berlino, Bogotá, Bratislava, Bristol, Bruxelles, Bucarest, Budapest, Casablanca, Città del Messico, Colonia, Dubai, Düsseldorf, Edimburgo, Francoforte, Funchal, Ginevra, Glasgow, Hong Kong, Istanbul, Johannesburg, Kiev, Lima, Lione, Lipsia, Lisbona, Londra, Luanda, Lubiana, Lussemburgo, Madrid, Manchester, Milano, Mombasa, Monaco, Monaco di Baviera, Mosca, Muscat, Nairobi, Parigi, Pechino, Podgorica, Poznan, Praga, Reading, Riad, Rio de Janeiro, Roma, Santiago del Cile, Sarajevo, Shanghai, Sheffield, Singapore, Siviglia, Skopje, Sofia, Stoccarda, Strasburgo, Tirana, Utrecht, Varsavia, Vienna, Zagabria e Zurigo.

cms.law