

MAGGIO 2016

LE NUOVE GARANZIE INTRODOTTE DAL DECRETO LEGGE N. 59/16: IL PEGNO NON POSSESSORIO ED IL PATTO MARCIANO

In data **3 maggio 2016**, sulla Gazzetta Ufficiale n. 102 è stato pubblicato il decreto legge n. 59/16, varato dal Governo in data 29 aprile (il "**Decreto**") che contiene, *inter alia*, una serie di misure finalizzate ad accelerare il recupero di crediti. Tali misure, pensate soprattutto come strumento a supporto della gestione e del recupero di NPLs, possono essere distinte in:

- (i) misure di carattere sostanziale. A tal riguardo, occorrerà fare riferimento agli articoli 1 e 2 del Decreto con cui sono stati introdotti e riconosciuti nel nostro ordinamento, rispettivamente, l'istituto del "pegno non possessorio" e del "trasferimento della proprietà in funzione di garanzia di beni immobili";
- (ii) misure di carattere procedurale, volte in particolare a snellire e ad abbreviare i termini delle procedure di recupero (concorsuali ed esecutive).

Il presente *alert* viene redatto al fine di fornire alcune prime indicazioni relative alle nuove forme di garanzie introdotte dal Decreto (Pegno non possessorio e trasferimento della proprietà in funzione di garanzia di beni immobili).

Il Decreto è in vigore dal 4 maggio 2016 ed è già presso le Camere per la sua conversione in legge. In tale sede, non è escluso che siano apportate modifiche alle previsioni che si riportano di seguito.

A cura dei Dipartimento italiano di Finance

Patrizio Messina

pmessina@orrick.com

Raul Ricozzi

rricozzi@orrick.com

Gianrico Giannesì

ggiannesì@orrick.com

Madeleine Horrocks

mhorrocks@orrick.com

Emanuela Molinaro

emolinaro@orrick.com

Annalisa Dentoni-Litta

adentonilitta@orrick.com

Il presente documento è una nota di studio. Quanto nello stesso riportato non potrà pertanto essere utilizzato o interpretato quale parere legale né utilizzato a base di operazioni straordinarie, né preso a riferimento da un qualsiasi soggetto o dai suoi consulenti legali per qualsiasi scopo che non sia un'analisi generale delle questioni in esso affrontate. La riproduzione del presente documento è consentita purché ne venga citato il titolo e la data accanto all'indicazione: Orrick, Herrington & Sutcliffe, Newsletter.

SOMMARIO

- **Pegno non possessorio**
- **Trasferimento di immobili in funzione di garanzia**

1. PEGNO NON POSSESSORIO

La prima novità introdotta dal Decreto è rappresentata dal pegno non possessorio che le imprese possono concedere per garantire il rimborso di crediti, presenti e futuri, inerenti l'esercizio dell'impresa. Ai fini della costituzione di tale tipologia di pegno e della sua opponibilità nei confronti di terzi non è necessario che l'impresa si privi del possesso del bene e, conseguentemente, del suo utilizzo, per consegnarlo al creditore o ad un terzo custode, come invece fino ad ora richiesto dalle previsioni del codice civile.

Il pegno non possessorio previsto dal Decreto – che ricorda molto il *floating charge* di diritto inglese – comporta un indubbio vantaggio per le imprese che, non perdendo il possesso del bene strumentale all'impresa concesso in pegno, potrebbero continuare ad esercitare la propria attività senza alcun pregiudizio. Sotto il profilo dell'interesse del creditore garantito, i

vantaggi offerti da questa forma di garanzia riguarderebbero principalmente le diverse possibili modalità di escussione del pegno. Come si descriverà più in dettaglio nel prosieguo, al verificarsi di un evento di inadempimento, il creditore garantito potrà escutere il pegno non possessorio, oltre che procedendo alla vendita del bene, anche appropriandosi dello stesso bene oggetto della garanzia o procedendo alla sua locazione, imputando i canoni a soddisfacimento del credito garantito.

Il credito garantito

Il pegno non possessorio può essere costituito a garanzia del rimborso di crediti presenti e futuri (in quest'ultimo caso, purché determinati o determinabili), concessi per l'esercizio dell'impresa. All'interno del relativo contratto di pegno, deve essere indicato l'importo massimo garantito.



Oggetto del pegno non possessorio

Il pegno non possessorio può essere costituito su beni mobili destinati all'esercizio dell'impresa, ad esclusione dei beni mobili registrati. Tali beni mobili possono essere:

- esistenti o futuri; e
- determinati o determinabili anche mediante riferimento ad una o più categorie merceologiche o ad un valore complessivo.

A ben vedere, i beni mobili che possono essere concessi in garanzia coinciderebbero con quelli già previsti dall'articolo 46 del Testo Unico Bancario in materia di privilegio speciale a garanzia di finanziamenti concessi a medio e lungo termine da banche a imprese.

Facoltà di disporre dei beni mobili oggetto di pegno non possessorio e trasferimento della garanzia (senza novazione)

Se non diversamente previsto nel relativo contratto di pegno, **il debitore o il terzo concedente il pegno ha la facoltà di trasformare o alienare, nel rispetto della relativa destinazione economica, o comunque disporre del bene concesso in pegno.**

In questo caso, **il pegno si trasferisce automaticamente**, a seconda del caso, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato dal pegno o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, **senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia.**

Costituzione del pegno non possessorio ed opponibilità

Ai fini della costituzione del pegno non possessorio, si richiede:

- (i) un contratto costitutivo del pegno che deve risultare, a pena di nullità, da atto scritto contenente (a) indicazione del creditore, del debitore e dell'eventuale terzo concedente il pegno; (b) la descrizione del bene dato in garanzia e del credito garantito; (c) l'indicazione dell'importo massimo garantito;
- (ii) l'iscrizione in un apposito registro istituito presso l'Agenzia delle Entrate, denominato "registro dei pegni non possessori"

Dalla data di iscrizione nel registro dei pegni non possessori, il pegno diviene opponibile nei confronti dei terzi e delle procedure concorsuali. Si prevede altresì che il pegno non possessorio prenda "grado" dalla stessa data di iscrizione.

Anche se sulla base del dato letterale del Decreto, sembrerebbe che la costituzione del pegno dipenda

solo dalla iscrizione dello stesso nel registro (si prevede testualmente che "il pegno non possessorio si costituisce esclusivamente con l'iscrizione in un registro..."), non si ritiene che per questo non sia "anche" necessario il relativo contratto di pegno che nello stesso Decreto si definisce come "contratto costitutivo".

Escussione del pegno non possessorio

Al verificarsi di un evento di escussione del pegno, previo avviso scritto al datore della garanzia e agli eventuali titolari di un pegno non possessorio trascritto successivamente, il creditore garantito ha la facoltà di procedere all'escussione della garanzia con le seguenti modalità:

- (i) vendendo il bene oggetto del pegno non possessorio e trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, avvertendo il datore della garanzia dell'importo ricavato e restituendo allo stesso l'eventuale eccedenza. La vendita deve avvenire tramite procedure competitive sulla base di una stima del bene effettuata da soggetti terzi specializzati (il cui intervento non è richiesto qualora il bene non abbia un valore apprezzabile: tale previsione potrebbe incontrare alcune difficoltà applicative dal momento che nel Decreto non si fornisce alcun criterio né si rinvia ad una valutazione terza per stabilire quando il bene possa essere considerato di "non apprezzabile valore");
- (ii) escutendo l'oggetto del pegno non possessorio, fino a concorrenza della somma garantita (si segnala che nel Decreto si parla di crediti; tale riferimento sembrerebbe essere un refuso, indicando l'articolo 1, comma 2, del Decreto che oggetto del pegno non possessorio sono beni mobili destinati all'esercizio dell'impresa);
- (iii) ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel registro delle imprese, dando in locazione il bene concesso in garanzia e imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda i criteri e le modalità di valutazione del corrispettivo della locazione. Non è chiaro che cosa si richieda sia oggetto di iscrizione nel registro delle imprese e non è da escludere che in realtà si volesse fare riferimento al registro dei pegni non possessori (da considerare tuttavia che il Decreto, nel descrivere il contenuto dell'iscrizione da effettuarsi nel registro dei pegni non possessori, non menziona l'indicazione della modalità con cui si intende procedere all'escussione del pegno);



- (iv) ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel registro delle imprese (si ripropone al riguardo la medesima osservazione di cui al numero (iii) che precede), appropriandosi del bene oggetto della garanzia fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda i criteri e le modalità di valutazione del valore oggetto del bene e dell'obbligazione garantita.

Si sottolinea che il Decreto prevede la possibilità per il debitore (si aggiunge che la stessa possibilità dovrebbe essere riconosciuta al datore della garanzia quando diverso dal debitore) di agire per il risarcimento del danno quando la vendita, la locazione o l'appropriazione del bene avviene in violazione dei criteri e delle modalità contrattualmente stabiliti e il prezzo della vendita, il corrispettivo della locazione o il valore del bene oggetto di pegno in caso di appropriazione non siano corrispondenti ai valori correnti di mercato.

Prime Osservazioni

Sulla base di una valutazione complessiva delle disposizioni contenute nel Decreto in materia di pegno non possessorio, oltre agli aspetti poco chiari già segnalati, potrebbero essere svolte le seguenti osservazioni e riflessioni.

- (i) Collocamento sistematico delle nuove disposizioni: mentre per il trasferimento della proprietà in funzione di garanzia, come si vedrà al paragrafo 2 che segue, viene introdotto un nuovo articolo all'interno della disciplina del Testo Unico Bancario, la figura del pegno non possessorio non viene collocata all'interno di una più generale disciplina, come dovrebbe essere quella del codice civile.
- (ii) Ambito di applicazione: in merito all'ambito di applicazione delle previsioni relative al pegno possessorio, sarebbe auspicabile che, in sede di conversione, sia specificato che le stesse possono trovare applicazione a tutela del rimborso di qualsiasi credito concesso per l'esercizio dell'attività di impresa (e quindi non solo per crediti derivanti da contratti di finanziamento ma anche dall'emissione di titoli di debito e/o obbligazionari).
- (iii) Sufficiente tutela del creditore garantito dal pegno non possessorio: se lo spossessamento del bene da concedere in garanzia, da una parte, può costituire un ostacolo per l'impresa alla propria attività, dall'altra, lo stesso spossessamento garantisce al creditore la sottrazione del bene alla sfera di

disponibilità del debitore e, quindi, che il debitore o il terzo datore di garanzia non possa compiere atti distrattivi del bene o che ne possano diminuire il valore. Anche se il pegno non possessorio potrebbe avere ad oggetto anche un insieme di beni e lo stesso diritto di garanzia si trasferirebbe sul nuovo bene che risulterebbe dal compimento di un eventuale atto di disposizione del bene originariamente dato in pegno, ciò non toglie che il creditore sarebbe ancor più tutelato se allo stesso creditore venisse riconosciuto un potere di controllo/ispezione e/o una forma di co-custodia degli stessi beni oggetto del pegno (come d'altra parte previsto in altri ordinamenti europei, come quello austriaco).

- (iv) Oggetto del pegno non possessorio: nel caso in cui l'oggetto del pegno sia costituito da beni futuri non determinati ma determinabili e tale determinabilità si basi sul riferimento al valore complessivo dei beni, non sembrerebbe chiaro come e da chi tale valore complessivo venga o debba essere determinato.
- (v) Opponibilità del pegno non possessorio sulla base dell'ordine di iscrizione della garanzia nel relativo registro: poiché si richiede che ai fini della costituzione del pegno non possessorio lo stesso debba essere iscritto nel relativo registro, sarebbe in linea con i principi codicistici ritenere che il pegno non possessoria costituito e reso opponibile anteriormente ad analoghe garanzie (i.e. pegno possessorio) prevalga su queste ultime. A tal riguardo si segnala invece che nel Decreto, con una disposizione di non facile interpretazione, si prevede che *"il pegno non possessorio, anche se anteriormente costituito ed iscritto, non è opponibile a chi abbia finanziato l'acquisto di un bene determinato che sia destinato all'esercizio dell'impresa e sia garantito da riserva della proprietà sul bene medesimo o da un pegno anche non possessorio, a condizione che il pegno non possessorio sia iscritto nel registro in conformità al comma 6 e che al momento della sua iscrizione il creditore ne informi i titolari di pegno non possessorio iscritto anteriormente"*. E' auspicabile che in sede di conversione in legge del Decreto, tale disposizione sia oggetto di riformulazione.



2. TRASFERIMENTO DI IMMOBILI (SOSPENSIVAMENTE CONDIZIONATO) A GARANZIA DI FINANZIAMENTI

Con il Decreto viene introdotta una nuova disposizione all'interno del Testo Unico Bancario. Si tratta dell'articolo 48bis, rubricato "*Finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato*", ai sensi del quale:

- (i) il rimborso del finanziamento concesso da una banca o da un intermediario finanziario autorizzato alla concessione di finanziamenti nei confronti del pubblico può essere garantito dal trasferimento, a favore del creditore o di una società dallo stesso controllata o ad esso collegata autorizzata ad acquistare, detenere e trasferire diritti immobiliari, della proprietà di un immobile o di altro diritto immobiliare (*rectius*: di altro diritto reale su beni immobili)(1);
- (ii) il trasferimento della proprietà dell'immobile a favore del creditore è sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore, ricorrente qualora (a) il mancato pagamento si protragga per oltre sei mesi dalla scadenza di almeno tre rate, anche non consecutive, nel caso in cui il rimborso sia *amortising* (semberebbe quindi che i sei mesi debbano computarsi dalla scadenza di ciascuna delle tre rate); o (b) il mancato pagamento si protragga per oltre sei mesi dalla scadenza anche di una sola rata, quando il debitore è tenuto al rimborso rateale secondo termini di scadenza superiori al periodo mensile; o (c) il mancato pagamento si protragga per oltre sei mesi dalla scadenza del rimborso, in caso di finanziamento *bullet*;
- (iii) al verificarsi dell'evento di inadempimento, il creditore è tenuto a comunicare, al debitore o al titolare del diritto reale immobiliare concesso in garanzia, oltre che a coloro che vantano rispetto al medesimo bene immobile diritti derivanti da titolo iscritto o trascritto sull'immobile successivamente

(1) Non risulterebbe essere chiaro l'inciso secondo cui oggetto del patto a favore del creditore possano essere anche "altri diritti immobiliari". Se infatti la finalità della disposizione è quella di consentire il trasferimento della proprietà di un immobile in funzione di garanzia, il trasferimento di ogni altro diritto, diverso da quello di proprietà, non consentirebbe di realizzare tale finalità. L'unico diritto reale pieno, assoluto ed incondizionato è quello di proprietà. Ulteriori diritti reali su beni immobili possono essere diritti reali di godimento (es: usufrutto) o di garanzia (ipoteca) che, proprio per il loro contenuto, non sarebbero in grado di offrire al creditore una tutela pari a quella che, con il trasferimento della proprietà, sembra invece volergli assicurare.

alla trascrizione del patto di trasferimento, la volontà di avvalersi del patto stesso;

- (iv) oggetto del patto di trasferimento non possono essere immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o dei suoi parenti e affini entro il terzo grado;
- (v) il patto di trasferimento può essere stipulato al momento della conclusione del contratto di finanziamento o, per i contratti in corso al momento dell'entrata in vigore del Decreto, per atto notarile, in sede di successiva modificazione delle condizioni contrattuali del finanziamento.

Opponibilità del patto di trasferimento

Ai fini dell'opponibilità del patto di trasferimento dell'immobile, risulta che il patto debba essere trascritto, verosimilmente, nei registri immobiliari. A tal riguardo, si specifica che, qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria.

Attuazione del trasferimento della proprietà dell'immobile

Al verificarsi di un evento di inadempimento, una volta che il creditore abbia notificato al debitore l'intenzione di volersi avvalere del patto di trasferimento, decorsi 60 giorni dalla stessa notificazione (per la quale non sembrano essere previste formalità particolari), il creditore dovrà e potrà chiedere al presidente del tribunale del luogo in cui si trova l'immobile, la nomina di un perito per la stima del bene immobile. La stima del bene dovrà essere comunicata sia al debitore che al creditore.

La condizione sospensiva cui è soggetto il trasferimento della proprietà del bene immobile si considera avverata quando (i) la stima del valore del bene viene comunicata al creditore; o (ii) nel caso in cui il valore stimato del bene sia superiore all'importo del debito inadempito, il creditore provvede a versare al debitore tale differenza.

Nel caso in cui il bene immobile sia già oggetto di esecuzione forzata, il patto di trasferimento può trovare attuazione nel contesto della procedura di esecuzione forzata con le seguenti modalità:

- a) l'inadempimento del debitore viene accertato dal giudice dell'esecuzione e la stima del valore del bene è effettuata dall'esperto nominato dal giudice;
- b) entro il termine stabilito da giudice, il creditore deve versare una somma non inferiore alle spese di



esecuzione e, qualora esistenti, all'ammontare dei crediti assistiti da diritti di prelazione anteriori a quello del creditore garantito dal patto di trasferimento o un ammontare pari all'eventuale differenza tra il valore stimato del bene e l'ammontare del debito inadempito: effettuato tale versamento, il giudice dà atto dell'avveramento della condizione con apposito decreto;

- c) il ricavato della vendita del bene che, in assenza di indicazioni contrarie del Decreto, si ritiene avvenga secondo le modalità e le condizioni previste dal codice di procedura civile, viene distribuito (tra i creditori che hanno preso parte alla procedura esecutiva) in conformità con le norme dello stesso codice di procedura civile.

Dal momento che la vendita del bene e la distribuzione delle somme ricavate dalla vendita avverrebbero secondo le modalità sopra indicate, non sembrerebbero chiare le ragioni per le quali sia richiesto al creditore, come indicato alla lettera (b) che precede, di provvedere egli stesso, e prima della vendita e della stessa distribuzione delle somme che ne derivano, al versamento degli importi a copertura dei crediti assistiti da diritti di prelazione anteriori a quello del creditore garantito dal patto di trasferimento o dell'eventuale differenza tra il valore stimato del bene e l'ammontare del debito inadempito.

Prime Osservazioni

(A) Ambito di applicazione: in merito all'ambito di applicazione delle previsioni relative al trasferimento della proprietà di beni immobili in funzione di garanzia, sarebbe auspicabile che, in sede di conversione, sia previsto che le stesse possono trovare applicazione non solo in caso di crediti derivanti da contratti di finanziamento, come invece espressamente indicato, ma anche almeno a tutela dei crediti derivanti dall'emissione di titoli di debito e/o obbligazionari.

(B) Oggetto del trasferimento: sarebbe opportuno che, sempre in sede di conversione, sia chiarita la conformità del trasferimento di diritti reali immobiliari diversi da quello di proprietà con le finalità che sembra si intendano perseguire, consistenti principalmente nel legittimare l'uso della proprietà in funzione di garanzia.