

**Università degli studi di Napoli
Federico II**

**FACOLTA' DI ECONOMIA
DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ECONOMIA
XXV CICLO**

Tesi di Dottorato in Diritto Privato dell'Economia

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti

**Tutor:
Prof.ssa Roberta Marino**

**Dottorando:
Marco Carminati**

I Capitolo

La disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

1. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: Evoluzione legislativa.	p. 5
1.1 <i>Segue</i>: I diversi progetti di riforma della L.F (cenni).	p. 8
1.2 Gli accordi di ristrutturazione negli ordinamenti stranieri (cenni)	p. 15
2. La disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti quale esplicazione dell'autonomia privata.	p. 32
2.1 <i>Segue</i>: Evoluzione della prassi degli accordi stragiudiziali	p. 39
3. Autonomia degli accordi di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo.	p. 44
4. Il dibattito dottrinario sulla natura degli accordi di ristrutturazione	p. 47
5. Alcune differenze funzionali e strutturali tra il piano attestato di risanamento e gli accordi di ristrutturazione	p. 51
6. I presupposti soggettivi. Le novità introdotte dal D.L. 6/7/2011 n.98, convertito in Legge 111/2011.	p. 53
7. Il procedimento di omologazione ed i presupposti oggettivi.	p. 60
8. <i>Segue</i>. La relazione del professionista - i contenuti e la funzione. Attestazione di attuabilità del Piano e del regolare pagamento dei creditori estranei. La certificazione della veridicità dei dati aziendali tra prassi giurisprudenziale e novità legislative.	p. 68
9. I poteri di controllo del Tribunale in sede di giudizio di omologazione degli accordi.	p. 82

II Capitolo

Analisi della struttura dell'Accordo di ristrutturazione. Gli effetti dell'Accordo di ristrutturazione nei confronti dei creditori aderenti e dei creditori estranei.

1. La struttura degli accordi di ristrutturazione. La causa. L'oggetto.
La forma p. 89
2. La meritevolezza della "causa di ristrutturazione" p. 95
3. L'efficacia negoziale dei singoli accordi che compongono l'Accordo di ristrutturazione p. 103
 - 3.1 Efficacia dell'Accordo in caso di rigetto dell'omologazione da parte del tribunale. p. 105
 - 3.2. Invalidità della clausola risolutiva per il sopravvenuto fallimento *ex art. 72 L.F.* p. 107
4. Gli effetti legali. Decorrenza degli stessi dalla pubblicazione dell'Accordo presso il Registro delle Imprese. p. 108
5. Ulteriori effetti derivanti dall'omologazione dell'Accordo da parte del tribunale. p. 112
 - 5.1 *Segue*: Le esenzioni da revocatoria e la prededuzione della nuova finanza p. 115
 - 5.2 *Segue*: La esimente penale *ex art. 217-bis L.F.* p. 121

III Capitolo

Gli accordi di ristrutturazione nella fase esecutiva.

- 1 Alcuni aspetti critici della disciplina: L'assenza di una regolamentazione legislativa della fase esecutiva dell'accordo.** p. 123
- 1.1 *Segue*. L'inattendibilità delle valutazioni prospettiche contenute nel Piano posto alla base dell'Accordo. I c.d. meccanismi di *self adjusting*. Ulteriori soluzioni in prospettiva *de jure condendo*.** p.128
- 2 I rimedi esperibili dai creditori in caso di inadempimento dei singoli accordi in assenza di norme che prevedano la risoluzione dell'intero Accordo di ristrutturazione.** p. 132
- 3 La responsabilità civile del professionista "attestatore" nei confronti dell'imprenditore, dei creditori aderenti e dei creditori estranei. La responsabilità penale dell'esperto nell'ipotesi falsa attestazione di cui all'art. 236- *bis* LF.** p. 138

I Capitolo

La disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

1. Gli accordi di ristrutturazione del debito: Evoluzione legislativa.

L'art. 2 del d.l. 14.3. 2005, n. 35¹ (c.d. decreto competitività) ha introdotto un istituto del tutto nuovo per il nostro ordinamento: gli Accordi di ristrutturazione dei debiti². Il legislatore nel primo modulo della riforma della legge fallimentare³ ha, invero,

¹ Convertito senza modifiche nella Legge 14 maggio 2005, n. 80.

² Per un commento all'istituto, v. G. FAUCEGLIA, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Diritto Fallimentare*, I, 2005, 842; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis legge fallim.) e gli effetti per i coobbligati e fideiussori del debitore*, *Diritto Fallimentare*, I, 2005, 849; G. VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis della legge fallimentare*, *Ibidem*, 876; M. FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, *Il Fallimento*, 2005, 595; S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 4, 2005, 739 e ss.; M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla "reorganization"*, *Il Foro italiano*, I, pt.1, 2006, 263 e ss.; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Banca borsa e titoli di credito*, I, pt.1, 2006, 16; *ID.*, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, 396; G. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Il Fallimento*, 6, 2006, 670. VALENSISE, *sub art. 182-bis*, in NIGRO-SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, 2, Torino, 2006, 1102; v. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006, 127; L. ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2007, 623. Evidenza l'ampliamento dei confini dell'autonomia privata E. GABRIELLI, *Autonomia privata e procedure concorsuali*, *Rivista di diritto privato*, 4, 2005, 739.

³ Il c.d. decreto competitività, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, il D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (emanato in attuazione della delega contenuta nella legge di conversione del decreto competitività del 14 maggio 2005, n. 80). La norma di interpretazione autentica intervenuta sulle regole del concordato preventivo, segnatamente il D.L. 30 dicembre 2005, n. 373 (convertito con modificazioni dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51). Successivamente, in forza di un supplemento di delega dal Parlamento al Governo, l'emanazione del c.d. correttivo alla riforma del 2006, segnatamente D. lgs. del 7 settembre 2007. Infine, recentemente, la modifica dell' Art. 182 bis della L. F. ad opera del decreto legge del 31 maggio 2010, n. 78, convertito in legge n. 122 del 2010.

introdotto due strumenti di gestione privatistica dell'insolvenza⁴ alternativi alla liquidazione concorsuale dell'attivo aziendale e del conseguente riparto tra i creditori, segnatamente i piani di risanamento attestati di cui all'art. 67, comma 3, L.F. e gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Le recenti modifiche apportate dalla L. 134/2012 (di conversione del D.L. 83/2012), con decorrenza 11/9/2012, delineano l'istituto degli "Accordi di ristrutturazione dei debiti"

L'articolo 182 *bis* dispone: *"I. L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d) sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini:*

a) entro centoventi gironi dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data;

b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione.

II. L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione.

III. Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive

⁴ Sulla natura privatistica dell'istituto, cfr. Corte d'Appello di Roma, 1 giugno 2010, in www.ilcaso.it.

sul patrimonio del debitore, né acquisire titoli di prelazione se non concordati.. Si applica l'art. 168 secondo comma.

IV. Entro trenta giorni dalla pubblicazione i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione. Il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato.

V. Il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello ai sensi dell' articolo 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese.

VI. Il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al terzo comma può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di cui al presente articolo, depositando presso il tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 la documentazione di cui all'articolo 161, primo e secondo comma, lettere a), b), c), e d), e una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. L'istanza di sospensione di cui al presente comma è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione.

VII. Il tribunale, verificata la completezza della documentazione depositata, fissa con decreto l'udienza entro il termine di trenta giorni dal deposito dell'istanza di cui al sesto comma, disponendo la comunicazione ai creditori della documentazione stessa. Nel corso dell'udienza, riscontrata la sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma e delle condizioni per l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilita' a trattare, dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati assegnando il termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista a norma del primo comma. Il decreto del precedente periodo è reclamabile a norma del quinto comma in quanto applicabile.

VIII. A seguito del deposito di un accordo di ristrutturazione dei debiti nei termini assegnati dal tribunale trovano applicazione le disposizioni di cui al secondo, terzo, quarto e quinto comma. Se nel medesimo termine è depositata una domanda di concordato preventivo, si conservano gli effetti di cui ai commi sesto e settimo.

L'attuale testo normativo è stato più volte oggetto di modifica.

Il D.L. 35/2005 (*decreto sulla competitività*) in vigore dal 17/3/005, convertito con L. 80/2005 (in vigore dal 15/5/2005⁵) ed il D.lgs. 5 del 2006, entrato in vigore il

⁵ La norma così formulata non ha riscontrato il *favor* della comunità professionale ed imprenditoriale poiché molteplici erano le lacune che successivamente sono state colmate dai successivi interventi del legislatore, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo del presente elaborato.

Si veda in proposito V. MISINO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce dell'ulteriore intervento riformatore tra carenze normative e prospettive di rilancio* – su www.unijuris.it; S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, *Il Fallimento*, 8, 2005, 181; F. SERAO, *Dal diritto fallimentare al diritto della crisi d'impresa*, *Diritto e pratica delle Società*, 12, 2007; E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa*, *Banca, Borsa, Titolo di credito*, vol. 63, 3, 2010; S. ALLODI, *Accordi di ristrutturazione: possibili risvolti applicativi*, *Diritto e Pratica delle società*, 9, 2007; G. LORENZA, *Il mancato successo degli accordi di ristrutturazione*, *Diritto e pratica delle società*, 6, 2007.

17/7/2006⁶, sono stati oggetto di modifiche con la L. 169/2007, con la quale il legislatore ha recepito l'esigenza di proteggere, seppur per un limitato periodo di tempo, il patrimonio del debitore dalle azioni esecutive dei creditori durante la fase della omologazione dell'accordo (c.d. *automatic stay*).

Il blocco delle azioni esecutive, difatti, diventa una necessità per consentire che nelle more del giudizio di omologazione non vada compromesso il tentativo di risolvere la crisi d'impresa attraverso gli accordi⁷.

Con la novella del 2010 (D.L. 78/2010 pubblicato in G.U. n. 176 del 30/7/2010, convertito con la L. 122/2010) il legislatore ha introdotto il blocco delle azioni esecutive sin dalla fase delle trattative avviate con i creditori e la prededucibilità dei finanziamenti concessi da intermediari finanziari in funzione e/o in esecuzione degli accordi⁸, l'inapplicabilità delle norme penali fallimentari alle operazioni compiute in esecuzione dell'accordo⁹.

Recentemente la legge 134/2012 ha apportato rilevanti modifiche sul piano della moratoria concessa nei confronti dei creditori estranei, prevedendo un termine entro il quale pagare integralmente gli stessi, stabilito in centoventi giorni dalla omologazione nel caso di crediti già scaduti e centoventi giorni dalla scadenza nei casi che questa ricada in un periodo successivo all'omologa.

⁶ Il legislatore non muta sostanzialmente il contenuto della norma, lasciando irrisolte questioni applicative che impediscono l'utilizzo di questo istituto, quali l'assenza di un *automatic stay* delle azioni dei creditori, vale a dire di un blocco delle azioni esecutive dei creditori durante il periodo compreso tra il deposito dell'accordo e la sua omologazione, o addirittura durante la fase delle trattative che precedono la conclusione dell'accordo

⁷ Le norme predette, tuttavia, non assicuravano la prededucibilità della cosiddetta *finanza-ponte*, spesso presupposto dell'attuabilità del piano di ristrutturazione proposto dal debitore, così come ancora elevato era il rischio che al debitore ed ai creditori nell'esecuzione del piano potessero essere contestati reati di bancarotta preferenziale o di concorso in ricorso abusivo del credito, per l'assenza di un coordinamento tra le norme dell'istituto e le norme penali.

⁸ A norma dell'art. 182 *quater* L.F.

⁹ Si veda il nuovo art. 217 *bis* L.F.

Infine, come si approfondirà nel corso dell'elaborato, sono stati puntualizzati i requisiti di indipendenza che deve possedere l'attestatore, con modifica dell'articolo 67 L.F., nonché il compito specifico di attestare la veridicità dei dati aziendali di partenza, recependo l'orientamento dottrinario e giurisprudenziale dominante.

1.1 Segue: I diversi progetti di riforma della L.F (cenni)

Il primo progetto complessivo di riforma della L.F., fu il disegno di legge delega n. C-7458, recante “*Delega al Governo per la riforma delle procedure relative alle imprese in crisi*”, presentato agli organi legislativi il 24/11/2000¹⁰.

Tra i principi da attuare, recava una procedura unitaria di “crisi” di carattere anticipatorio ed una relativa alla insolvenza, eventuale e successiva, che avrebbe sostituito quella di fallimento e le altre procedure concorsuali allora in vigore.

Non erano contemplate in questo progetto soluzioni della crisi di carattere stragiudiziale, come gli accordi *ex at. 182 bis*.

Secondo la proposta, l'apertura della procedura di crisi poteva essere avviata su istanza del debitore, quando erano evidenti sintomi di squilibrio patrimoniale, economico o finanziario che potessero sfociare nell'insolvenza.

Il debitore, allo scopo di consentire il risanamento dell'impresa, avrebbe dovuto presentare un piano di risanamento dell'impresa di estinzione dei debiti.

La procedura di crisi si caratterizzava per la conservazione della gestione dell'impresa in capo al debitore, ma sotto un continuo intervento giudiziale (commissario giudiziale e Giudice delegato).

¹⁰ Si veda M.PANUCCI- M. BIANCHINI, *La riforma della disciplina della crisi d'impresa*, *Confindustria – Centro Studi / Progetto concorrenza*

Aspetto interessante, non contemplato nel vigente testo normativo, è che nella proposta si dà rilevanza alla fase esecutiva del piano, inserendo un orizzonte temporale entro il quale lo stesso, sotto il vigilante controllo degli organi giudiziari, doveva essere attuato (due anni).

Difatti, come si approfondirà in seguito, la norma attuale non ha previsto sia l'aspetto della durata congrua di un piano di risanamento omologato, sia quello di un adeguato controllo dell'esecuzione del piano da parte del debitore.

La proposta conteneva, infine, un'articolata riformulazione della disciplina dei reati fallimentari, nonché l'istituzione di sezioni specializzate presso i Tribunali delle città sedi di Corti d'Appello, come previsto nella legislazione francese (vedi *infra* par. 3).

Un'ulteriore proposta di legge, la C-7497, distingueva tra una procedura di carattere anticipatorio (la procedura di ristrutturazione delle passività) ed una invece di carattere liquidatorio (la procedura di insolvenza).

Per la prima volta il legislatore, con la suddetta proposta, aveva disciplinato accordi tra debitore e creditore da attuarsi attraverso o una forma di ristrutturazione "parziale" del debito, perchè coinvolta una sola classe di creditori¹¹, oppure attraverso i cd. "accordi di composizione negoziale della crisi", che potevano avere ad oggetto l'intero ceto creditorio e consistere in accordi tra debitore e creditori omologati dall'autorità giudiziaria, ispirandosi così a soluzioni vigenti in altri ordinamenti, quali il *pre-packaged bankruptcy* statunitense (vedi *infra* par. 3).

Altro profilo interessante è che le suddette procedure di risanamento dei debiti, sia "minore" che "ordinaria", presentavano, a differenza della disciplina attuale, alcune caratteristiche tipiche di una procedura concorsuale, vale a dire la previsione di

¹¹ Art. 3 comma 1 lettera l) del progetto di legge C. 7497

un'adunanza dei creditori chiamati ad esprimere il voto sul piano, l'adozione di criteri di maggioranza per l'approvazione del piano, vincolanti anche per i creditori dissenzienti.

In particolare, il disegno di legge C-7497 prevedeva misure di incentivazione all'adozione tempestiva di accordi stragiudiziali, sotto forma di una normativa fiscale di favore per i creditori e per il debitore¹², quali dilazioni di pagamento di tributi e contributi previdenziali, diminuzione di sanzioni per il mancato pagamento di debiti tributari e contributivi, non punibilità degli illeciti commessi prima del ricorso all'autorità giudiziaria, quando il danno per i creditori fosse stato eliminato o ridotto.

Il ruolo del Giudice, secondo la proposta in esame (a differenza dell'attuale testo normativo) non veniva circoscritto ad un mero controllo di legittimità ma poteva entrare nel merito della convenienza per la procedura di alcuni atti.

Nonostante la loro completezza, le suddette proposte di legge non ebbero seguito e non furono approvate nell'ambito della Riforma.

Successivamente, alla fine del 2001 venne istituita, presso il Ministero della Giustizia, una Commissione (cd. Commissione Trevisanato) che avrebbe dovuto elaborare un autonomo progetto di legge delega da presentare in Parlamento.

Nel luglio del 2003 la Commissione licenziò due testi di disegni di legge che furono presentati al vaglio del Ministro di Giustizia, al quale fu rimessa la scelta definitiva in merito a quello da presentare al Parlamento per l'approvazione definitiva.

¹² Al contrario ancora oggi la normativa fiscale non disciplina in modo univoco il caso delle sopravvenienze attive derivanti da riduzioni di debiti a seguito della stipulazione di un accordo di ristrutturazione ex art. 182/bis L.F. (vedasi il testo dell'art. 88, comma 4, del T.U.I.R.), creando incertezza in capo al debitore sull'eventuale tassabilità delle plusvalenze derivanti da accordi conclusi.

I due testi alternativi sul tema delle procedure di composizione concordata della crisi¹³ si distinguevano, come già tra l'altro evidenziato nei precedenti progetti di legge, per aver anticipatamente ovviato ad alcune criticità dell'attuale normativa.

In particolare, i testi prevedevano la nomina da parte del Tribunale, a seguito dell'omologa del piano, del commissario giudiziale, del giudice delegato, del consiglio dei creditori, rispettivamente con compiti di controllo sull'amministrazione del patrimonio dell'imprenditore, con compiti di sorveglianza e poteri consultivi (non vi è dubbio che secondo l'impostazione data si trattava di procedura concorsuale, rendendo superfluo ogni dibattito sulla "concorsualità" della procedura che si è aperta invece all'indomani del varo del D.L. 35/2005 e successive modificazioni (si veda al par. 4).

Nonché il potere del tribunale di disporre in ogni momento, anche d'ufficio, la risoluzione per grave inadempimento delle obbligazioni derivanti dall'accordo o l'annullamento per fraudolenta formazione del consenso entro due anni dalla chiusura della procedura di crisi, disciplinando, pertanto, la fase patologica degli accordi.

Dai testi si evince, altresì, che il disposto di cui all'art. 4, comma 4 (lettere J o K a seconda del testo alternativo di riferimento) anticipava la disciplina degli attuali accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis*, prevedendo una modalità semplificata di omologazione, quando (seguendo l'indirizzo del c.d. *prepackaged proceeding* statunitense) il debitore raggiungeva accordi con il ceto creditorio, o parte di esso, attraverso modalità puramente negoziali ed in via stragiudiziale.

Come si legge nella relazione illustrativa dei progetti di legge, la nuova disciplina era diretta a fornire una cornice giuridica alla prassi, ampiamente invalsa tra gli operatori,

¹³ Art. 4 dei due testi alternativi del disegno di legge della Commissione "Trevisanato".

volta a privilegiare l'individuazione negoziale tra i principali creditori ed il debitore delle forme di soluzione stragiudiziale alla crisi aziendale¹⁴.

La similitudine tra gli accordi in esame e quelli previsti dalla Commissione "Trevisanato" si evidenzia con riguardo alle condizioni di accessibilità a tale procedura semplificata.

Anche in questi ultimi l'accordo si sarebbe dovuto raggiungere con un tetto di adesioni, rappresentato dal settantacinque per cento dei crediti ovvero il sessanta per cento dei crediti ove per due terzi siano riferibili a banche o altri intermediari finanziari, nonché è prevista la presentazione di una relazione sottoscritta dal professionista abilitato sulla fattibilità del piano e la previsione del pagamento immediato ed integrale dei creditori estranei.

Una novità interessante introdotta dal disegno di legge in esame, purtroppo non recepita dal legislatore della riforma e per questo oggetto di numerose critiche, è la previsione di meccanismi di allerta e prevenzione della crisi.

Gli istituti di allerta e prevenzione, previsti dall'art. 3 del disegno di legge in esame, prevedevano l'attribuzione alle pubbliche amministrazioni il compito di evidenziare, attraverso l'iscrizione in un registro apposito, i mancati pagamenti di crediti pubblici, nonché i protesti, i crediti iscritti a ruolo dagli enti previdenziali e quelli superiori da € 100.000,00, i crediti delle società di energia, e l'obbligo a carico degli organi di controllo dell'impresa di individuare le situazioni di difficoltà e di segnalarle all'autorità giudiziaria.

Come noto, tale progetto di legge delega non ebbe seguito ed il legislatore anziché presentare un autonomo, coordinato e armonioso testo di legge della crisi d'impresa,

¹⁴ Si veda op. cit., PANUCCI-BIANCHINI; B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, *Giurisp. comm.*, III, 2001,327 ss.

ha privilegiato la via della modifica della legge fallimentare preesistente, con successivi e numerosi interventi correttivi.

I limiti di questa tecnica di normazione sono evidenti, tenuto conto che il legislatore in più momenti ha dovuto novellare l'impianto normativo iniziale per giungere a soluzioni che erano già state contemplate nei progetti di legge esaminati.

L'ultimo intervento correttivo del legislatore in materia risale alla recente L. 134/2012 (di conversione del D.L. 83/2012), con decorrenza 11/9/2012, con la quale sono state apportate rilevanti modifiche procedurali all'istituto in esame.

1.2. Segue: Gli accordi di ristrutturazione negli ordinamenti stranieri (cenni)

Dall'esame dei modelli di riforma delle procedure concorsuali adottati nei paesi europei e negli Stati Uniti negli ultimi anni, emerge l'intento comune dei vari legislatori di privilegiare l'interesse al recupero dell'impresa in crisi, con un diverso grado di intervento dell'organo giudiziario nella gestione e controllo delle procedure concordate di risanamento dell'impresa.

In ambito europeo le riforme degli ultimi anni si sono tutte ispirate allo schema della *Reorganization* statunitense, prevista dal *Chapter 11* del *Bankruptcy*, .

E'opportuno, a questo punto, operare una breve disamina della disciplina statunitense della crisi d'impresa ¹⁵.

La procedura della *Reorganization*, alternativa a quella della *Liquidation* prevista dal *Chapter 7*, ha lo scopo, analogamente al concordato preventivo ed agli accordi di ristrutturazione disciplinati nel nostro ordinamento, di evitare la dissoluzione

¹⁵ si veda P. MANGANELLI, *Gestione della crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, *Il Fallimento*, 2,2011, 129

dell'impresa e di riorganizzarne la struttura economica e finanziaria, assicurando la continuazione dell'attività ed il soddisfacimento totale o parziale dei crediti.

Relativamente all'ambito di applicazione, possono essere sottoposti alla procedura in esame tutte le imprese, sotto forma di società o di ditta individuale, eccetto quelle che operano nel settore bancario-finanziario, assicurativo e ferroviario per le quali è prevista una disciplina particolare.

L'avvio della procedura può avvenire ad istanza del debitore (*voluntary case*) oppure ad istanza dei creditori (*involuntary case*).

Nel primo caso, il debitore presenta apposita istanza (*petition*) alla sezione specializzata del Tribunale territorialmente competente (*Bankruptcy Court* ¹⁶) con l'onere di dimostrare di avere dei debiti e presentare la lista dei propri creditori.

Nel secondo caso, invece, i creditori che vantano crediti non inferiori a 10.000,00 USD possono presentare istanza al Tribunale, a condizione che venga provata l'irregolarità nei pagamenti del debitore o che il suo patrimonio sia stato sottoposto, anche in parte, a sequestro giudiziario nei 120 giorni precedenti.

La formulazione della norma consente l'accesso alla procedura anche ad imprese in assoluta solvenza, al solo scopo di ristrutturare la propria situazione finanziaria e prevenire probabili future insolvenze¹⁷, differenziandosi in ciò dal nostro ordinamento che richiede, quale requisito di ammissibilità, lo stato di crisi.

L'organo giudiziario competente, esaminata la documentazione accoglie l'istanza ed emana un provvedimento di avvio della procedura (*order of relief*) a decorrere dal

¹⁶ Negli Stati Uniti la gestione giudiziaria della crisi d'impresa è affidata a sezioni altamente specializzate del Tribunale, in grado pertanto di valutare ed esprimere un giudizio di merito oltre che di legittimità sul piano di riorganizzazione proposto, nonché di controllare la fase gestionale della ristrutturazione.

¹⁷ E' compito del Tribunale verificare che la riorganizzazione proposta non abbia esclusivamente finalità opportunistiche e/o fraudolente in danno dei creditori ma che sia finalizzata alla soddisfazione di interessi meritevoli di tutela.

quale tutte le azioni esecutive avviate dai creditori, garantiti e non, restano sospese fino alla omologazione del piano (*automatic stay*).

L'apertura della procedura determina, altresì, la nomina di un "comitato dei creditori chirografari" e la nomina dello stesso debitore come gestore dell'impresa nell'interesse dei creditori (*trustee*), al pari della figura del nostro Curatore.

Eccetto alcune situazioni particolari, il debitore mantiene la gestione della propria impresa, ma nella specifica veste di fiduciario del ceto creditorio.

Questi deve redigere dei resoconti mensili sulla sua gestione e tenere continuamente informati il/i comitato/i dei creditori ed il Tribunale.

Inoltre, per le operazioni che esulano dall'ordinaria amministrazione deve ottenere la preventiva autorizzazione del Tribunale.

Soltanto in caso di cattiva di gestione, frode, incompetenza, disonestà del debitore, il Tribunale nomina un curatore che affianchi o sostituisca il debitore nell'attività d'impresa¹⁸.

Nella prima udienza innanzi alla Corte fallimentare il debitore presenta le c.d. *first-day motions*, ossia le richieste di approvazione da parte del Giudice di determinati provvedimenti necessari per la continuazione dell'attività d'impresa.

In questa fase il debitore chiede solitamente al giudice di essere autorizzato ad accedere alla nuova finanza, che se concessa è di regola assistita da privilegio sui beni del debitore.

Una volta ottenute le prime autorizzazioni, entro 120 gg. dall'avvio della procedura il debitore deve compilare il piano di riorganizzazione ed entro 180 gg. il piano deve essere approvato.

¹⁸ Nel nostro ordinamento analoghe misure sono previste dall'art. 182 *quinquies*, recentemente introdotto dalla L. 134 del 2012 (c.d. decreto sviluppo)

Il debitore durante il suddetto periodo, prorogabile entro certi limiti, ha l'esclusiva per la presentazione del piano.

Decorso inutilmente il termine, l'iniziativa alla presentazione del piano, nell'ambito di una procedura già avviata, passa a qualsiasi parte interessata, tra cui un creditore, il curatore o un comitato dei creditori.

A differenza della nostra procedura di concordato preventivo disciplinata dall'art. 160 e seguenti L.F.¹⁹, pertanto, l'iniziativa (sia all'avvio della procedura che alla presentazione del piano) può essere presa anche da soggetti diversi dal debitore, purchè parti interessate.

Inoltre, il piano di riorganizzazione deve prevedere la suddivisione dei creditori in classi di interessi omogenei, differentemente da quanto disciplinato dalla normativa italiana che lo prevede come eventualità.

Questa suddivisione rende più agevole l'avanzamento dell'*iter* procedurale poiché all'interno di ciascuna classe viene nominato un comitato, composto generalmente dai sette membri maggiormente rappresentativi, che si affianca a quello già nominato in fase di avvio della procedura.

Il piano conterrà tutte le linee d'azione predisposte dal debitore per superare la crisi, prevedendo transazioni, dilazioni, reperimento di nuova finanza ecc. al fine di consentire la continuazione dell'attività, fornendo lavoro ai dipendenti, pagare i creditori e fornire un ritorno agli azionisti.

Il piano deve essere accompagnato da una relazione esplicativa predisposta sempre dal debitore (le cosiddette *disclosure statement*), idonea a consentire a qualsiasi ipotetico

¹⁹ Sostanzialmente la procedura del *Chapter 11* equivale alla nostra procedura di concordato preventivo e che nell'ambito della stessa la modalità prevista di raggiungere preventivamente un accordo con i creditori su di un piano concordato prima di sottoporlo al vaglio della corte (*prepackaged plan*) equivale ai nostri accordi di ristrutturazione dei debiti.

investitore o creditore la possibilità di compiere una valutazione completa e precisa del piano.

Si tratta nella sostanza di un documento nel quale il debitore precisa le modalità, i tempi e le probabilità di successo della riorganizzazione, analogo al piano previsto dal legislatore nazionale.

Per l'esame dell'idoneità del piano e soprattutto dell'allegata relazione il Tribunale fissa un'apposita udienza, alla quale può intervenire qualsiasi interessato previamente avvisato.

La Corte, se ritiene le informazioni contenute nella relazione e nei documenti allegati (tra cui il piano) adeguate, approva il *disclosure statement* e, con notifica a mezzo posta ai creditori ed agli altri interessati, comunica il termine entro il quale far pervenire l'accettazione o il rifiuto e la data dell'omologazione, oltre ad inviare un modulo di voto (*ballot*) su cui esprimere il proprio orientamento.

Durante l'udienza di omologazione i creditori vengono chiamati a votare per l'accettazione o il rigetto del progetto di riorganizzazione. Il voto avviene per classi ed il piano viene approvato se in ciascuna classe votante ha ottenuto il voto favorevole di almeno i due terzi del valore nominale dei crediti e la maggioranza, per teste, dei creditori votanti.

D'altro canto, la legge statunitense dispone che una classe è reputata aver approvato il piano quando le pretese dei suoi membri non abbiano subito alcuna riduzione. All'opposto, si presume che una classe abbia rifiutato quando lo stesso non prevede riparti in favore dei creditori ad essa appartenenti.

Il *Bankruptcy Code* al fine di accelerare sia questa fase che l'intera procedura di riorganizzazione prevede un meccanismo breve di acquisizione del consenso: il

Prepackaged Plan of Reorganization che sarà oggetto di approfondimento in seguito.²⁰

L'approvazione del piano è soggetta all'omologazione (*confirmation*) da parte della Corte e chiunque può fare opposizione in tale sede.

Nel processo di omologazione la Corte verifica che siano state rispettate tutte le procedure e gli adempimenti da parte del debitore per la proposizione del piano ed, in particolare, accerta che il piano sia fattibile (controllo di merito oltre che di legalità), che il debitore sia in buona fede, che il piano sia <<*in the best interest of creditors*>> vale a dire che il trattamento che ciascun creditore riceve in base al piano non deve essere peggiore rispetto a quello che riceverebbe in caso di procedura di liquidazione concorsuale (*chapter 7*).

L'omologazione del piano produce due effetti: rende il piano vincolante per tutti i creditori che abbiano o meno accettato il piano; comporta la liberazione del debitore da tutti i suoi debiti e responsabilità (*c.d. discharge*). Infine, termina l'*automatic stay* in quanto i beni cessano di essere nella disponibilità del debitore ma sono sottoposti alla giurisdizione esclusiva della Corte fallimentare.

Il cosiddetto *discharge* (o esdebitazione) del debitore è senz'altro uno degli effetti più importanti dell'omologazione, analogamente a quanto accade per il nostro concordato preventivo e contrariamente a quanto avviene invece per gli accordi di ristrutturazione, consentendo all'imprenditore "riorganizzato" di ripartire da una situazione finanziaria definitivamente risanata.

²⁰che non va confuso con il c.d. *Pre-negotiated Plan of Reorganization*, dove il debitore raggiunge un accordo di massima con i principali creditori in merito agli aspetti essenziali del piano, salvo poi presentare l'istanza per l'ammissione al *chapter 11* con la votazione sul piano nel corso della procedura P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, op.cit., 129-140.

Dall'omologazione deriva, inoltre, l'obbligo di eseguire il piano, sotto il rigido controllo del tribunale che, pertanto, continua ad esercitare tutti i poteri ed i controlli opportuni per la realizzazione del programma.

Il *Code*, vista l'importanza degli effetti che derivano dalla omologazione, consente la sua revoca su istanza di ciascun soggetto interessato, da proporre entro centottanta giorni dalla sua pronuncia, solo in caso di prova che la stessa sia stata ottenuta con frode.

In questo caso la Corte revocando l'omologazione risolve anche gli effetti esdebitatori per il debitore e potrà decidere alternativamente: di estinguere la procedura; di convertirla in procedura di fallimento; di continuare *la reorganization* nominando un *trustee*; di modificare il piano per una nuova votazione, qualora non sia stata iniziata l'esecuzione del piano originario e lo richieda l'originario proponente o il debitore.

La procedura si conclude con uno specifico provvedimento della Corte quando il piano è stato interamente eseguito.

In realtà, sebbene parte della dottrina è concorde nel ritenere che il legislatore interno si sia ispirato al *Chapter 11* per la previsione degli Accordi *ex art. 182 bis L.F.*, la procedura statunitense appena descritta contiene maggiori affinità con il concordato preventivo. Si pensi alla preventiva fase di ammissione alla procedura da parte del Tribunale, alla fase della votazione, quella dell'omologazione, alle peculiarità della vincolatività del piano per tutti i creditori e l'esdebitazione del debitore.

Tuttavia, come già anticipato, nell'ambito della procedura di riorganizzazione suesposta il legislatore statunitense ha previsto una modalità breve secondo cui il debitore, prima di presentare qualsiasi istanza al tribunale, predispone il piano di riorganizzazione, lo negozia e lo sottopone alla votazione dei propri creditori.

Se il piano ottiene il consenso formale della maggioranza dei creditori il debitore depositerà il medesimo, unitamente all'istanza di ammissione alla procedura di riorganizzazione. In tal caso, una volta che la corte accerta la sussistenza di tutti i requisiti formali per poter accedere al *Chapter 11* e concessa l'*automatic stay* sul patrimonio del debitore, si passerebbe direttamente alla fase dell'omologazione dove il tribunale accerta la regolarità formale e sostanziale del piano approvato dai creditori nonché della relazione allegata e ne dichiara la sua omologazione, con gli effetti nei confronti dei creditori e del debitore innanzi descritti.

Il *Prepackaged Plan* deve rispettare alcuni requisiti minimi:

- deve essere inoltrato e posto all'attenzione di sostanzialmente tutti i creditori con un tempo sufficiente per decidere se accettare o rifiutare;
- deve essere stato approvato con le maggioranze richieste dalla procedura di *Chapter 11*
- la sollecitazione al voto e la procedura di voto devono svolgersi in conformità con ogni legge applicabile e comunque a seguito della divulgazione ai creditori delle <<adequate information>> relative al piano medesimo.

Il *Prepackaged Plan* viene normalmente impiegato quando la maggior parte dei crediti verso il debitore è detenuta da un numero contenuto di creditori, solitamente professionisti appartenenti al mondo finanziario, abituati a trattare situazioni simili e dotati delle capacità ed i mezzi necessari.

Sembra che si possa affermare che il nostro legislatore nel regolamentare l'innovativa procedura degli accordi *ex art. 182 bis L.F.* si sia ispirato alla procedura specifica del

Prepackaged Plan disciplinata nell'ambito della più generica procedura di riorganizzazione del *Chapter 11*, seppur con delle peculiarità²¹.

Il *Prepackaged plan* e l'accordo *ex art. 182 bis* L.F. presentano notevoli differenze, potendo sintetizzarle nell'approccio più "dirigistico" del primo rispetto ad una impostazione più "privatistica" del secondo, ciò a fronte di una maggiore vincolatività per i creditori ed i terzi del primo rispetto al secondo.

I nostri "accordi" sono fundamentalmente strumenti di negoziazione stragiudiziale dell'insolvenza che solo in fase successiva ed eventuale vengono sottoposti al controllo del tribunale per la loro omologazione.

Il *prepackaged*, invece, è una modalità di attuazione e gestione di una procedura giudiziale di risoluzione della crisi d'impresa che nel nostro ordinamento equivale all'attuale concordato preventivo.

Così come strutturato, l'istituto del *prepackaged* rende superfluo qualsiasi dibattito sulla sua natura concorsuale, a differenza degli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 bis* sui quali, come si approfondirà al paragrafo 4, si è acceso all'indomani della riforma della legge fallimentare un dibattito sulla loro natura non concorsuale e sulla loro autonomia rispetto al concordato preventivo.

Nel *prepackaged* il debitore presenta unitamente al piano una relazione che è sottoposta all'attento vaglio sia di legittimità che di merito da parte del tribunale in ben due fasi (durante l'udienza del *disclosure* che in quella della omologazione).

Negli accordi di ristrutturazione, invece, a seguito della relazione ed attestazione del professionista, il tribunale nella fase della omologazione, come si vedrà in seguito, opera un controllo di legittimità, in base alla documentazione allegata all'istanza dal

²¹ P. QUARTICELLI, *Gestione negoziata della crisi d'impresa e autotutela preventiva dei diritti dei creditori*, Banca, Borsa e Titoli di credito, vol. LXIV, gen-feb, 2011

debitore e l'attestazione di idoneità del piano a soddisfare regolarmente i creditori dissenzienti da parte del professionista.

Viceversa la procedura del *prepackaged* è basata su una impostazione più "pubblicistica", il debitore gode del vantaggio della vincolatività del piano di riorganizzazione anche per i creditori dissenzienti e della esdebitazione da tutte le posizioni di debito precedenti all'avvio della procedura del *Chapter 11*. In altri termini, una volta omologato il piano, al debitore viene effettivamente offerta l'opportunità di sciogliere il vincolo obbligatorio pregresso e costituirne uno *ex novo* attraverso gli accordi con i creditori aderenti.

Come si evince dal testo dell'art. 182 *bis* L.F., il piano e la relazione del professionista devono attestare l'idoneità al regolare soddisfacimento dei creditori estranei all'accordo.

Ne emerge che gli accordi non producono effetti se non indiretti nei confronti dei creditori estranei.

Altro aspetto, che si approfondirà in seguito, il nostro legislatore ha lasciato assolutamente all'autonoma pattuizione delle parti anche il regolamento della fase attuativa dell'accordo omologato, non prevedendo alcun controllo pubblico durante la fase esecutiva del piano.

Un altro modello legislativo interessante da comparare agli accordi di ristrutturazione è rappresentato dal modello francese²².

Rispetto all'istituto nazionale si segnalano alcuni elementi meritevoli di rilievo, quali la presenza (come già per quello statunitense) di tribunali di commercio i cui membri (magistrati consolari) vengono eletti tra gli appartenenti alle categorie di imprenditori

²² Per un'approfondita analisi, si v. E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009

o dirigenti di società e possono avvalersi di esperti a cui richiedere consulenze e perizie e la previsione delle c.d. misure d'allerta²³

Queste ultime rappresentano uno strumento attraverso cui l'autorità giudiziaria è in grado di venire tempestivamente a conoscenza di una situazione di difficoltà da parte dell'imprenditore e quindi intervenire con i vari strumenti di risoluzione della crisi d'impresa.

A seguito della riforma del 2005 introdotta con la *Loi de sauvegarde des entreprises* (L. 2005-845 del 26/7/2005), le procedure vigenti sono le seguenti: *Mandatarié ad hoc, Conciliation, Sauvegarde, Redressement Judiciaire, Liquidation juduciarie*.

La procedura di *Conciliation* ha maggiori affinità con i nostri accordi di ristrutturazione.

Con questa procedura, qualora il debitore si trovi in difficoltà economiche o in stato di cessazione dei pagamenti da non più di quarantacinque giorni può tentare, sotto il controllo del Tribunale, una sistemazione amichevole con i propri creditori.

A seguito dell'istanza presentata dal debitore il Tribunale, con il provvedimento di apertura, non impugnabile, nomina un conciliatore, anche su eventuale proposta del debitore, che ha il compito di favorire la conclusione fra il debitore ed i suoi principali creditori di un accordo amichevole destinato a mettere fine alle difficoltà dell'impresa²⁴.

L'incarico ha una durata di non oltre quattro mesi (prorogabile a cinque).

Aspetto fondamentale è che con la riforma è caduta la possibilità di ordinare la sospensione delle azioni nei confronti del debitore per la suddetta durata, ciò al fine di

²³ M. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia ed in Italia, Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2, 2008

²⁴ Si evidenziano sul punto le similitudini tra la figura del Conciliatore e l'organismo di composizione della crisi previsto dalla L. 3/2012 sul sovraindebitamento del debitore civile e dell'imprenditore non fallibile.

rafforzare la riservatezza del procedimento, ma il Presidente può accordare dilazioni fino a 24 mesi²⁵.

L'istituto si differenzia notevolmente dagli accordi *ex art. 182 bis L.F.*, ove si prevede che dal deposito dell'accordo al Registro delle imprese scatti l'*automatic stay* per un periodo prestabilito.

Nella disciplina francese, viceversa, se risulta impossibile un accordo, il conciliatore ne relaziona al presidente che fa cessare con una decisione il procedimento.

Inoltre, su richiesta congiunta delle parti aderenti all'accordo e previa una dichiarazione certificata del debitore in cui lo stesso attesta di non essere insolvente al momento della conclusione dell'accordo o che lo stesso farà cessare l'insolvenza, l'accordo è oggetto di una ordinanza di <<constatazione>> strettamente riservata del presidente (non pubblicata e non impugnabile) che gli da forza esecutiva tra le parti aderenti e fa cessare la procedura.

A questa fase se ne aggiunge un'altra eventuale, dal momento che su istanza del debitore l'accordo così perfezionato può essere omologato (art. L. 611-8).

All'uopo viene fissata l'udienza in camera di consiglio con la convocazione del debitore, dei creditori firmatari, dei rappresentanti dei lavoratori e del P.M., con accertamento che il debitore non sia insolvente, che l'accordo assicuri la <<perennità>> dell'attività dell'impresa, che non siano pregiudicati gli interessi dei creditori non firmatari.

Con l'omologazione si ha, analogamente a quanto previsto dal legislatore italiano, l'effetto sospensivo di ogni azione di cognizione ed esecutiva sui beni del debitore per la durata della sua esecuzione (tuttavia i creditori non aderenti mantengono entro certi

²⁵ Si veda M. GUERNELLI, *op.cit.*

limiti la loro libertà d'azione), la “*purgazione*” del periodo sospetto attraverso l'esenzione da revocatoria degli atti di gestione conclusi in attuazione del piano, la collocazione privilegiata dei crediti sorti durante l'esecuzione del piano.

Gli artt. L. 611-10 ss. del Code comm., disciplinano la fase esecutiva dell'accordo, volta per lo più a neutralizzare le iniziative autonome ed individuali dei singoli creditori, al fine di salvaguardare l'esecuzione di un accordo che abbia ottenuto l'omologazione da parte del tribunale, per la sua idoneità a rimuovere lo stato di cessazione dei pagamenti e ad assicurare la continuazione dell'attività d'impresa.

Dalla breve disamina così operata dell'ordinamento francese si ritiene che emergano alcuni aspetti degni di nota.

In questo ordinamento la fase genetica degli accordi tra il debitore ed i principali creditori non è lasciata alla libera iniziativa delle parti ma è soggetta all'intervento attivo di un soggetto esterno nominato dal Tribunale: il conciliatore.

Ciò, peraltro, significa implicitamente che la richiesta di intervento del Tribunale da parte del debitore precede l'avvio delle trattative con i creditori, a differenza della disciplina italiana dove la richiesta di intervento del Tribunale di solito è successiva all'avvio delle trattative, eccetto la procedura di “pre-accordo” prevista dal comma VI dell'art. 182 *bis* L.F., successivamente introdotto dalla L. 122 del 2010 (di conversione del D.L. 78/2010).

Gli accordi tra le parti (definitivi ed incondizionati)²⁶, raggiunti grazie all'azione di mediazione del conciliatore e oggetto dell'ordinanza di constatazione da parte del tribunale, sono di per sé validi ed efficaci indipendentemente dalla loro successiva ed

²⁶ Dal momento che gli accordi vengono raggiunti con l'intervento del mediatore nominato dal tribunale, devono essere definitivi e non condizionati risolutivamente e/o sospensivamente a qualche evento futuro ed incerto.

eventuale omologazione che, al pari del diritto nazionale, ha l'effetto ulteriore di “proteggere” gli atti posti in essere in esecuzione degli accordi.

Una volta ottenuta l'omologazione l'autorità giudiziaria opera un controllo della fase esecutiva dell'accordo, prevedendo, tra l'altro, *l'automatic stay* per tutto il periodo della sua esecuzione²⁷.

In Inghilterra e Galles l'insolvenza è disciplinata dall'*Insolvency Act* del 1985, entrato in vigore nel 1986²⁸, nonché nell'*Enterprise Act*, del 2002 entrato in vigore il 1° aprile 2004²⁹, in cui sono disciplinate diverse procedure: la *Administration procedure*, la *Administrative receivership procedure*, lo *Scheme of Arrangements* ed i *Company voluntary Arrangement*, regolati adesso dal *Companies Act 2006*.

Quest'ultima procedura che se avviata da una società o da un imprenditore individuale prende rispettivamente il nome di *Company voluntary arrangement (CVA)* o di *Individual voluntary arrangement (IVA)*, sembrerebbe essere la procedura di soluzione concordata formale della crisi d'impresa che presenta le maggiori similitudini con gli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 bis L.F.*³⁰

In particolare il *Voluntary agreement* consiste in un contratto tra debitore e creditore, finalizzato ad evitare la liquidazione (l'accordo può essere raggiunto anche dopo l'apertura della procedura di *bankruptcy*) attraverso il quale il primo offre il pagamento di un determinato ammontare di crediti entro un termine (la legge a riguardo è particolarmente flessibile lasciando alle parti la determinazione delle

²⁷ Così P.QUARTICELLI, *Gestione negoziata della crisi di impresa, Banca, Borsa e Titoli di credito*, gen-feb, 2011,11-48

²⁸ *Insolvency act – Chapter 45*, 25th july 1986

²⁹ Si veda per un approfondimento A. GIARDINI, *Le procedure concorsuali in Inghilterra, Commercio internazionale*, 13,2011,13-17

³⁰ si veda I. MECATTI, *L'insolvenza del debitore civile nel Regno Unito, Analisi Giuridica dell'Economia*, 2,2004, 347

modalità di esdebitazione) e i creditori gli accordano un *moratorium*, ovvero una sospensione dei pagamenti e/o una dilazione degli adempimenti.

La proposta deve necessariamente prevedere un trattamento per i creditori migliore rispetto a quello che potrebbero ottenere con la procedura di liquidazione.

Da un punto di vista procedurale, la proposta deve essere redatta dal debitore con l'assistenza di un professionista esterno specializzato (*Insolvency practitioner* - IP), il quale deve relazionare al giudice circa la possibilità che l'offerta sia approvata dai creditori e quindi implementata.

Il giudice può approvare la proposta con un *interim order* da cui derivano due effetti temporanei che perdurano sino all'approvazione o al rigetto dell'IVA: da una parte sono sospese le azioni esecutive individuali dei creditori, dall'altra non è possibile fare istanza di *bankruptcy* contro il debitore.

A prescindere dal giudizio del giudice, l'*Insolvency practitioner* deve poi convocare l'assemblea dei creditori con il compito di votare sulla proposta.

Nel caso di approvazione da parte del 75% della massa passiva, tutti i creditori chirografari sono vincolati al rispetto dell'accordo anche in caso di voto contrario.

L'accordo così raggiunto deve poi essere approvato dall'IP che assume il ruolo di supervisore del rispetto del medesimo.

La procedura termina o con la riabilitazione del debitore, oppure con l'insolvenza dello stesso se mancano i mezzi o il debitore non si attiene al piano approvato.

La procedura dello *Scheme of arrangement* (part 26 del Companies Act 2006), rappresenta similitudini sia con gli "accordi" nazionali che con la procedura di concordato preventivo.

A differenza dei “*voluntary arrangement*” appena esaminati, che rappresentano una procedura quasi totalmente stragiudiziale dal momento che il giudice interviene soltanto per impedire la continuazione di azioni esecutive sul patrimonio del debitore, ivi inclusa la dichiarazione di fallimento, lo *scheme of arrangement* prevede l’omologazione del piano da parte del Tribunale. La procedura stabilisce che quest’ultimo, su richiesta del debitore, autorizzi la convocazione dei creditori dopo che ne sia stata verificata la congruità della loro divisione in classi.

La convocazione sarà accompagnata anche dalla proposta di ristrutturazione e dal piano relativo.

Se, nell’ambito dell’udienza fissata innanzi all’organo giudiziario competente, la proposta raggiunge una votazione favorevole da almeno il 75% per valore dei creditori nell’ambito della maggioranza delle classi, l’accordo si ritiene approvato ed il Tribunale procede all’omologazione del medesimo.

Con l’omologazione il programma di ristrutturazione diviene vincolante per tutti i creditori, anche per quelli dissenzienti, e viene pubblicato al registro delle imprese competente ai fini pubblicitari.

La dottrina ha giustamente osservato che la prassi di ricercare soluzioni alla crisi d’impresa senza l’intervento dell’Autorità Giudiziaria, si è talmente sviluppato e consolidato in Gran Bretagna fin dagli anni settanta da essere noto come *London Approach*, esso non si basa su un codice formale, ma piuttosto sul consenso, la persuasione e la collegialità, dell’azione delle banche, al fine di contemperare gli interessi dei vari creditori dell’impresa in difficoltà³¹.

³¹ Op.cit., I. MECATTI

Il c.d. *London Approach*, si fonda dunque sull'azione coordinata delle banche che partecipano al salvataggio, le quali rinunciano all'esercizio individuale delle azioni esecutive, sul patrimonio del debitore, e partecipano insieme alle spese.

Nell'ambito delle procedure, un ruolo di mediazione e coordinamento è svolto dalla *Bank of England* che esercita anche una funzione di persuasione rispetto alle banche meno inclini ad aderire all'accordo.

Il principale limite di tale disciplina può individuarsi nei costi elevati, derivanti dalla necessità di ricorrere a consulenti specializzati.

Gli accordi conclusi con il *London Approach*, si fondano sul principio del *freedom of contract*, e sul cui principio di relatività degli effetti negoziali, per cui nessun creditore può essere pregiudicato senza il suo consenso dalla stipulazione di un accordo di risanamento, ne può essere costretto ad acconsentirvi. Inoltre la conclusione dell'accordo di salvataggio non preclude ai creditori esclusi di intraprendere azioni esecutive individuali³².

Sia nella legislazione tedesca che in quella spagnola, che alla prima si è ispirata, non si prevede un analogo istituto di soluzione concordata della crisi d'impresa che preceda la declaratoria di insolvenza e quindi il fallimento.

In Germania ed in Spagna, differentemente da quanto evidenziato negli altri ordinamenti, l'eventuale proposizione di un piano di ristrutturazione finalizzato al recupero del bene azienda è prevista nell'ambito della più ampia e generale procedura di insolvenza conclamata³³.

³² Op Cit., E. FRASCAROLI SANTI

³³ si veda Op Cit., E. FRASCAROLI SANTI

Nel diritto spagnolo è previsto un unico procedimento “*el concurso*” durante il quale, una volta terminata la fase comune, con la determinazione dell’attivo e del passivo, il debitore può proporre ai creditori il concordato.

Questo si presenta accompagnato da una proposta di pagamento e da un piano di risanamento dell’impresa sul quale daranno informazioni i curatori fallimentari.³⁴

Parimenti in Germania la proposta di un piano di riorganizzazione è prevista soltanto nell’ambito della procedura di insolvenza dichiarata (concordato fallimentare).

2. La disciplina degli Accordi di ristrutturazione dei debiti quale esplicazione dell’autonomia privata.

Come si è già avuto occasione di evidenziare, con la riforma della Legge fallimentare il legislatore valorizza il ruolo dell’autonomia privata nella gestione della crisi in cui versa l’impresa.

L’intento del legislatore è chiaramente quello di trovare soluzioni al rischio di *default* dell’imprenditore che implicino un minore intervento pubblico dell’economia nella prospettiva di ridurre le inefficienze e i ritardi.

Riguardo all’ampliamento dell’autonomia privata nell’ambito della disciplina delle soluzioni alla crisi d’impresa e più in generale del diritto commerciale³⁵, i civilisti più

³⁴ per una consultazione dei tratti salienti della normativa dei paesi comunitari in tema di crisi d’impresa si veda il sito della Commissione Europea – rete giudiziaria – fallimento: www.e.europa/civiljustice/bankruptcy

³⁵ Si pensi alla riforma del diritto societario del 2005, D.lgs. 5/2003, con la quale si è assistiti ad un fenomeno di de-regolamentazione della normativa societaria che rientra in una tendenza di lungo periodo volta alla profonda trasformazione nella gestione dell’economia da parte dello Stato in favore senz’altro per quella di mercato. Ne è un esempio, della “tipizzazione affievolita” che emerge chiaramente con riferimento alla novellata disciplina della S.r.l., che equivale ad una riduzione dell’area occupata dalle norme inderogabili e quindi ad un’accentuazione dell’autonomia privata. Così L. ROVELLI, *I nuovi assetti privatistico nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria, Il Fallimento*, 9,2009,1029.

accorti hanno evidenziato un'inversione di tendenza rispetto ad altri interventi normativi di settore (dal diritto antitrust al quello dei consumatori)³⁶, rilevando opportunamente che l'ampliamento dei confini dell'autonomia privata sia, in realtà, in controtendenza con tutte le norme settoriali del nostro ordinamento che, recentemente, hanno fortemente regolamentato l'autonomia privata per la necessità di rendere più efficiente e competitivo il mercato.

Si può fare riferimento, in tal senso, alle norme che in ambito europeo disciplinano i rapporti tra imprese, i lavoratori e i consumatori in cui l'autonomia privata è stata forgiata ad una "dimensione bilaterale" che tenesse conto del significativo squilibrio tra soggetti più deboli rispetto ad altri operanti nello stesso mercato ed ad evitare che la stessa autonomia si trasformi in strumento distorsivo per cui nel mercato prevale il potere del più forte³⁷.

In tale senso, ci si è posti l'interrogativo se le procedure concorsuali siano davvero necessarie, o se invece il mercato possa trovare in se stesso la soluzione per gestire il fenomeno della crisi d'impresa, consentendo agli attori del mercato, ad esempio alle banche, ai fornitori e ai finanziatori in genere, di regolamentare l'eventualità di una insolvenza futura dell'impresa, già al momento dell'instaurazione del rapporto contrattuale³⁸. Proprio l'attuale crisi economica e la difficoltà di crescita del mercato fanno emergere nuovi interrogativi sulla opportunità di utilizzo di tali strumenti.

³⁶ E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, *Banca, borsa e tit. cred.*, 3, 2010, 295 e ss.

³⁷ A riguardo, si v. C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, *Eur. e diritto privato*, 2005, 40.

³⁸ Riguardo al ruolo del giurista nel processo evolutivo della storia e della società, si v. diffusamente S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 89. Si v. F. DENOZZA, *Norme efficienti*, Milano, 2002, ivi ampia bibliografia.

Occorre, in tale prospettiva, domandarsi se alla sostituzione di regole frutto dell'autonomia privata ai poteri di controllo e di gestione del giudice, consegua anche la predisposizione di strumenti idonei per attuarle in caso di inadempimento.

E' evidente che il legislatore ha accolto le soluzioni offerte dalla prassi riconoscendo specifica rilevanza alle soluzioni stragiudiziali della crisi d'impresa (*infra* paragrafo successivo)³⁹⁻⁴⁰.

In tal modo si è, di fatto, scardinato il dogma della "indisponibilità"⁴¹ della insolvenza lasciando ai privati⁴² la libertà di stipulare accordi stragiudiziali nell'ambito della crisi d'impresa, affidando il regolamento degli interessi dei creditori completamente alla disponibilità delle parti⁴³.

Così, nel favorire l'autonomia privata si è prevista una disciplina dell'art. 182 *bis* L.F. particolarmente scarna in quanto la stessa si limita ad indicare le modalità, tempi e forme di una sequenza procedimentale, ma non indica un contenuto minimo degli accordi, né i suoi effetti tipici.

³⁹Sull'ammissibilità dei concordati stragiudiziali si è espressa la Cass. (sent. del 18.3.1979). Successivamente, numerosi i dibattiti sulla opportunità che le soluzioni stragiudiziali, utilizzate dalla prassi, entrassero a far parte della disciplina della crisi d'impresa. A riguardo, si v. E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1995; ID., *Crisi d'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in *Tratt. Dir. comm. e Dir. Pubbl.*, a cura di Galgano, Padova, 2005, 143; ROSSI, *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, *Riv. Società*, 1996, 321. Recentemente L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007.

⁴⁰Parla di "degiurisdizionalizzazione" del diritto concorsuale: F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, *Riv. Soc.*, 2008, 135 ss.

⁴¹Il principio della "disponibilità" dell'insolvenza consente di superare i dubbi che, *prima facie*, erano stati sollevati riguardo alla meritevolezza sociale richiesta dall'art. 1322 c.c. degli accordi di ristrutturazione. Più approfonditamente Cfr. M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Principi e regole*, Milano, 2010.

⁴²Così, E CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, *Banca, borsa e tit. cred.*, 3, 2010, 295 e ss. Con specifico riferimento all'ampliamento dell'autonomia privata attraverso l'introduzione dell'istituto, si esprimono favorevolmente G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, La riforma della legge fallimentare*, Bologna, 2006, 385; LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, *Il Fallim.*, 2005, 362 e ss;

⁴³Nel senso di un'ampia negoziabilità della situazione debitoria dell'imprenditore si è espressa anche la giurisprudenza, v. Trib. Roma, sent. 16.10.2006, *Il Fallim.*, 2007, 187.

Ciò è indice proprio dell'ampia legittimazione dell'autonomia privata, per cui le parti possono utilizzare schemi contrattuali quali dilazioni di pagamento, cessione di rami d'azienda, variazioni di tasso d'interesse o, più semplicemente, *pactum de non petendo*.

L'esaltazione dell'autonomia privata nella gestione della crisi d'impresa attuata dal legislatore nazionale si ispira, come detto, alle regole di alcuni ordinamenti europei e di quello statunitense dove, come visto, le autorità hanno previsto istituti di natura privatistica per rimuovere, ove possibile, la crisi d'impresa ed evitare la liquidazione atomistica dell'azienda, al punto di spingere la dottrina a parlare di diritto della crisi d'impresa e non più esclusivamente di diritto fallimentare⁴⁴.

La dottrina ha parlato altresì di "privatizzazione" della gestione dell'insolvenza in contrapposizione alla vecchia impostazione "pubblicistica", ciò a voler sottolineare l'intento degli organi legislativi di lasciare al debitore ed ai creditori, che sono i soggetti che subiscono in via diretta gli effetti negativi della crisi d'impresa e che hanno un particolare interesse ad evitare la dispersione dei mezzi produttivi della stessa, il compito di superare, attraverso i nuovi istituti, la fase di crisi, ove possibile, anziché "sanzionare" con un intervento giudiziale l'imprenditore in difficoltà con risultati meramente liquidatori⁴⁵.

In altri termini, il legislatore ha rimesso le scelte del risanamento dell'impresa al maggiore o minore grado di condivisione delle parti sulle alternative prospettabili di risoluzione della crisi ed ha riservato all'organo giurisdizionale il ruolo di garante della legalità.

⁴⁴F. SERAO, *Dal diritto fallimentare al diritto della crisi d'impresa*, *Diritto e pratica delle società*, 22, 2007, 26

⁴⁵F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011

In tale nuova direzione l'esclusione della regola della dichiarazione d'ufficio del fallimento ed il consistente restringimento dell'area di applicazione dell'azione revocatoria ne sono un esempio evidente.

Questa tendenza è strettamente collegata al processo di affievolimento di un ulteriore "dogma": l'inviolabilità della *par condicio creditorum*.

Si può riconoscere che il R.D. 267 del 1942, che ha istituito la legge fallimentare, evidenziava la propria natura di strumento normativo che garantiva e disciplinava la tutela esecutiva dei creditori, nella forma capace di assicurare nel maggior grado ritenuto possibile la tutela della *par condicio*.

Quest'ultima intesa come regola espressa dall'art. 2741 c.c. volta alla tutela dell'interesse di tutti i creditori ad essere soddisfatti in modo paritetico tra loro, pur nel rispetto delle eventuali cause di prelazione, così da adeguare il grado di soddisfacimento del credito al limite costituito dall'incampienza del patrimonio, evitando altresì vantaggiosi pagamenti a favore di alcuni di essi in epoca prossima alla dichiarazione di fallimento attraverso l'esperimento di efficaci azioni di revocatoria.

Secondo alcuni, nella vecchia legge fallimentare accanto alla tutela degli interessi dei creditori si poteva individuare la sua matrice pubblicistica: la considerazione di un interesse "superiore" che veniva a consistere nella soppressione ed espulsione dal mercato dell'impresa inefficiente, che non crea ma distrugge ricchezza.⁴⁶

La ritenuta coincidenza dei due interessi (quello privatistico di tutela del credito e quello pubblicistico di tutela del sistema economico con l'eliminazione dell'impresa in crisi) ben giustificava la via esclusivamente giurisdizionale e concorsuale per la attuazione del diritto dei creditori.

⁴⁶ L. ROVELLI, op.ult. cit., 1029 e segg.

Tuttavia, a partire degli anni 70, con l'avvento di una grave crisi della nostra economia ed al conseguente verificarsi di dissesti imprenditoriali, la suddetta coincidenza tra l'esigenza di soddisfacimento del credito, nel rispetto della parità di condizioni e nei limiti della disponibilità patrimoniale residua dell'impresa, e l'eliminazione dal mercato di un'impresa inefficiente, si è ridimensionata.

Come detto, si è fatta avanti gradualmente la necessità di affidare alle parti, debitore e creditori, la possibilità di tentare soluzioni concordate della crisi di impresa, così da salvaguardare ove possibile il bene-azienda unitariamente inteso e, conseguentemente, i valori ad essa connessi.

L'impresa non più vista come la sommatoria di beni da liquidare singolarmente ma come bene unitario che ingloba in se valori immateriali, quale l'avviamento ed il marchio, che opportunamente devono essere valorizzati anziché andare dispersi nella vendita atomistica dell'azienda.

Come è stato rilevato,⁴⁷ nella impresa in crisi al capitale di rischio, ormai azzerato, si sostituisce il capitale di credito nella gestione dell'impresa. Lo spossamento del debitore insolvente si traduce *tout court* nell'impossessamento della nuova classe di portatori d'interesse, postergata al capitale di rischio quando la società è *in bonis*, ma privilegiata quando l'impresa sia caduta in crisi⁴⁸.

I nuovi strumenti di risoluzione concordata della crisi di impresa introdotti dalla riforma, vale a dire i piani di risanamento *ex art. 67* comma 3 lett. *d*, gli accordi di ristrutturazione ed il concordato preventivo artt. 161 e segg. L.F.⁴⁹, possono essere sistematicamente considerati in concatenazione logico-temporale, in ragione delle

⁴⁷ B. LIBONATI, *Prospettive di riforma nella crisi d'impresa*, *Giur.comm.*, I, 2001, 332

⁴⁸ Cfr. A. BASSI, *La illusione della prededuzione*, *Giur.Comm.*, 3,2011, 342

⁴⁹ L. ZOCCA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti tra utopia e realtà*, *Diritto e pratica delle società*, 11,2008, 14

rispettive modalità e finalità, dal punto di vista del maggior grado di prevalenza dell'autonomia privata e del minor grado dell'intervento pubblico-giudiziale.

Difatti, in una situazione di crisi d'impresa ipotetica si potrebbe pensare dapprima alla sottoscrizione di un piano attestato di risanamento ex art. 67 da parte del debitore con alcuni creditori, raggiungendo in tal caso l'autonomia privata la massima esaltazione considerata l'assenza totale dell'intervento giudiziale.

I piani suddetti potrebbero utilizzarsi ad esempio quando vi è un largo totale consenso dei creditori, che renderebbe inutile un giudizio di omologazione, o al contrario quando il raggiungimento di una percentuale di adesione inferiore al 60 per cento non consentirebbe l'omologazione dell'accordo. Ciò vale altresì quando la situazione di difficoltà finanziaria è così modesta da poter evitare un coinvolgimento ampio di creditori e terzi.

Successivamente si collocherebbero gli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 bis L.F.*, in cui l'autonomia privata è pur sempre ampia, poiché il deposito dell'accordo in Tribunale e presso il registro delle imprese presuppone l'avvenuta contrattazione tra il debitore ed i singoli creditori (o come si vedrà in seguito tra il primo e tutti i creditori) ed il raggiungimento di un accordo privato, dal contenuto più vario tra quelli che la disciplina civilistica prevede (remissione, novazione, *pactum de non petendo* ecc).

L'accordo di ristrutturazione di natura privatistica, come si avrà modo di analizzare, consistendo nella sommatoria di singoli contratti o in contratti plurilaterali⁵⁰, è già di per sé vincolante tra le parti e verrà sottoposto al controllo di legittimità dell'organo giudiziario attraverso l'omologa, producendo gli effetti ulteriori di protezione previsti dalla disciplina fallimentare.

⁵⁰Si veda in proposito sent. Trib. Bologna, 17 novembre 2011

Gli accordi di ristrutturazione si presentano quale strumento opportunamente utilizzabile quando la crisi è più consistente ed esistono pochi grandi creditori (ad esempio il ceto bancario), che rappresentano la soglia del sessanta per cento necessaria per poter richiedere l'omologazione al tribunale e quando si prevede la prosecuzione dell'attività in capo al debitore originario.

L'esperienza passata, difatti, ha dimostrato che le crisi d'impresa sono spesso sfociate in fallimento proprio per le difficoltà di ottenere i consensi dei creditori più piccoli, spesso numerosi, sparsi sul territorio e riluttanti a una qualche forma di accordo sulla rispettiva pretesa.

Quando la crisi d'impresa è consistente e le prospettive di continuazione dell'attività in capo al debitore sono minime, quando l'esposizione debitoria risulta eccessivamente frammentata rendendo difficile l'ottenimento della percentuale minima di adesione per gli "accordi", il concordato preventivo diviene lo strumento più adatto per risolvere l'insolvenza in modo alternativo al fallimento.

L'autonomia privata viene compressa dall' incisivo intervento dell'autorità giudiziaria sin dalla fase genetica dell'accordo collettivo tra debitore e creditori.

Difatti, il sistema procedurale del concordato preventivo prevede che il raggiungimento dell'accordo tra le parti avvenga nell'ambito della procedura giudiziale già avviata, durante la fase della adunanza dei creditori sotto il severo controllo del Giudice designato nella qualità di presidente.

2.1 Segue: Evoluzione della prassi degli accordi stragiudiziali

Come detto, da tempo è invalsa la prassi di stipulare accordi in via extra-giudiziale volti al superamento di situazioni temporanee di difficoltà finanziarie delle imprese⁵¹.

A partire dagli anni 90, per far fronte alla grande crisi dei gruppi industriali e finanziari si erano diffuse le convenzioni stragiudiziali fra l'imprenditore ed i maggiori creditori. Questi accordi presentano rispetto a qualsiasi soluzione giudiziale l'indubbio vantaggio della duttilità, flessibilità, rapidità, riservatezza ed idoneità a risolvere anche la crisi dei gruppi d'impresa, rappresentando la massima espressione dell'autonomia privata. Possono consistere in concessioni di semplici dilazioni di pagamento, stipulazione di *pactum de non petendo*, remissione parziale del debito, postergazione di crediti.

Molto utilizzate le convenzioni bancarie, intendendo per esse quelle forme di contrattazione concertata tra il debitore in crisi e i maggiori suoi creditori bancari e finanziarie volti al superamento dello squilibrio finanziario dell'impresa.

Con il coinvolgimento degli istituti finanziari creditori si riducono notevolmente i rischi di un insuccesso del tentativo di composizione negoziale della crisi. Ciò in primo luogo perché in un sistema imprenditoriale come il nostro, dove la tendenza a sottocapitalizzare le aziende ed a fare ricorso massiccio al mercato dei capitali con la prassi del multiaffidamento è evidente, la concertazione bancaria evita che nella fase delle trattative qualche creditore finanziario possa sfuggire al tentativo di composizione negoziale della crisi con l'avvio di azioni individuali facendo svanire il tutto. In secondo luogo per la concreta possibilità di acquisire nuova finanza da poter

⁵¹L. ZOCCA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti tra utopia e realtà*, *Diritto e Pratica delle Società*, 11, 2008, 14; D. BENINCASA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e le soluzioni stragiudiziali delle crisi d'impresa*, *Altalex*, 3168, 17/3/2011; G. FAUCEGLIA, *Autonomia privata e concordato preventivo*, *Rivista di diritto dell'impresa*, 1, 2010; A. PATTI, *Crisi d'impresa: definizioni stragiudiziali*, *Il Fallimento*, 5,2003

utilizzare per il pagamento immediato dei creditori minori non coinvolti nell'accordo e per nuovi investimenti strategici.

Le convenzioni bancarie possono perseguire la finalità della continuazione dell'impresa, seppur opportunamente ridotta per la dismissione di cespiti o di rami d'azienda (cosiddette convenzioni di salvataggio), od anche soltanto la liquidazione della attività, al di fuori di un ambito concorsuale giudiziario.

Normalmente esse danno luogo a forme di ristrutturazione del debito, cumulativamente o alternativamente attraverso un abbattimento della esposizione debitoria (di solito relativamente alla quota interessi ma talvolta anche quella capitale), un consolidamento della stessa, la conversione di crediti in capitale proprio, l'immissione di nuova finanza.

Significativa al riguardo è la predisposizione di uno specifico codice di comportamento da parte dell'Associazione Bancari Italiana⁵², che prevede per gli istituti aderenti l'osservanza di specifiche regole di comportamento volte alla correttezza e lealtà reciproca nell'ambito di un piano concertato di salvataggio, alla segretezza dei dati emergenti dalle riunioni, alla fissazione di regole decisionali per maggioranza ed ai criteri di ripartizione del credito.

Al diffondersi delle convenzioni bancarie è stata avanzata parallelamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza la problematica del rischio di abuso nella concessione del credito ed, più in generale, alla meritevolezza e liceità degli accordi stragiudiziali⁵³.

⁵²Si veda in proposito il *Codice di comportamento* dell'ABI, Bancaria Editrice, 2000

⁵³F. DI MARZIO, *Contratto e crisi d'impresa*, Atti del convegno dell'ODCEC di Latina del 9/2/2006; M. FABIANI, *Estratto da Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Zanichelli, 2011; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2009

Le banche, difatti, nel rapporto con l'imprenditore in crisi si assumono il rischio di concedere credito rendendosi partecipi dell'aggravamento del suo dissesto finanziario, col rischio di incorrere nelle responsabilità civili e penali per concessione abusiva del credito, e quello di revocare i fidi concessi in violazione dei principi di correttezza e buona fede, esponendosi ad azioni risarcitorie per revoca brutale dei fidi.

Il problema della concessione abusiva del credito senz'altro si manifesta nell'evenienza in cui la convenzione non raggiunge lo scopo prefissato e l'impresa in crisi viene assoggettata alla procedura fallimentare⁵⁴.

Ne consegue che se il piano di risanamento attuativo della convenzione conclusa è stato posto al solo scopo di mantenere artificialmente in vita l'impresa insolvente, così da consentire la maturazione in capo agli istituti aderenti ingiustificati vantaggi rispetto agli altri membri del ceto creditorio (ad esempio per il consolidamento di garanzie e pagamenti ricevuti o per la sistematica sostituzione di crediti privilegiati a crediti chirografari), la responsabilità degli aderenti alla convenzione per concessione abusiva del credito è configurabile.

In tal caso, difatti, il piano di salvataggio è dolosamente posto in essere ai danni del ceto creditorio.

Diversamente, quando gli istituti di credito aderenti alla convenzione evidenziano un comportamento improntato alla trasparenza ed alla correttezza, non solo nei rapporti reciproci, ma anche nei confronti del debitore e del suo ceto creditorio, con il fine ultimo della risoluzione della crisi d'impresa, senza la creazione di situazioni di privilegio a sfavore degli altri creditori, l'accordo contrattuale in via extragiudiziale stipulato non può ritenersi immeritevole di tutela *ex art. 1322 c.c.*

⁵⁴Il rischio per gli istituti di credito e che sia configurabile il concorso di reato previsto dall'art. 218 L.F.

Più in generale, la dottrina e la giurisprudenza si erano espresse per la illiceità degli accordi stragiudiziali in quanto costituivano la violazione di norme di diritto (nello specifico quelle dettate dalla legge fallimentare ante-riforma) poste a salvaguardia dei dogmi della indisponibilità dell'insolvenza e della *par condicio creditorum*⁵⁵.

In tal senso, si giunse ad adombrare il dubbio che con la contrattazione volta al superamento della crisi d'impresa si andasse oltre il limite di una legittima difesa di diritti privati, costituzionalmente garantita dall'art. 24 Cost., invadendo una sfera in cui è inderogabile l'intervento dell'autorità giudiziaria e dove prevalente è la tutela della fede pubblica ed del credito sociale.

Così altra dottrina sostenne la illiceità degli accordi privati tra debitore e creditori sul presupposto che la legge fallimentare prevede l'obbligatorietà dell'imprenditore in stato di insolvenza di richiedere all'autorità giudiziaria il proprio fallimento, pena la contestazione del reato di cui all'art. 217 n. 4 L.F.

Secondo questa impostazione gli accordi conclusi sarebbero nulli ex art. 1418, comma 1, c.c., per il contrasto con le norme imperative previste dalla legge fallimentare.

La stipula di accordi stragiudiziali che non confluiscono nei nuovi strumenti giuridici del piano attestato di risanamento ex art. 67 L.F. e negli accordi di ristrutturazione, espongono il debitore ed i creditori nel caso di successivo fallimento all'azione revocatoria fallimentare ed al disconoscimento della prededuzione della nuova finanza erogata in esecuzione degli accordi.

La riforma della legge fallimentare, come evidenziato, si è posta in linea con gli altri ordinamenti, sulla spinta anche di un'ampia dottrina e delle associazioni e creditori istituzionali (dell'A.B.I., Banca d'Italia e Confindustria) oltre che dalla dottrina

⁵⁵Op cit., E. FRASCAROLI SANTI

dominante, prendendo atto della necessità di ampliare l'operatività dell'autonomia privata nell'individuazione di soluzioni alla crisi d'impresa.

La necessità di regolamentare la prassi degli accordi stragiudiziali, sottoponendoli ad un controllo da parte del tribunale e del giudice, nel periodo pre-riforma si materializzò in molteplici casi nella gestione della crisi d'impresa da parte del giudice, attraverso la stipula ed il controllo di accordi stragiudiziali nel corso dell'istruttoria pre-fallimentare.

Esistono significative esperienze, in tal senso, in cui il giudice investito della procedura pre-fallimentare, in modo più o meno diretto ha gestito la fase degli accordi tra debitore e creditori volta al superamento dell'insolvenza e quindi ad evitare la declaratoria di fallimento.⁵⁶

E', dunque, evidente che l'istituto degli accordi di ristrutturazione rappresenta il riconoscimento da parte del legislatore della meritevolezza della prassi degli accordi stragiudiziali ai quali, se sottoposti dal debitore al controllo di legittimità del tribunale e successivamente omologati, sono riconosciuti ulteriori effetti protettivi come si vedrà in seguito.

3. Autonomia degli accordi di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo.

Riguardo all'inquadramento sistematico della fattispecie, la dottrina si è divisa tra coloro che hanno sostenuto l'autonomia degli accordi di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo e coloro che hanno ritenuto fossero una derivazione tipologica

⁵⁶Così A. PATTI, *Crisi d'impresa: definizioni stragiudiziali, Il Fallimento*, 5,2003, 477 e ss.

dal concordato preventivo⁵⁷. In ragione della loro collocazione topografica, ci si è chiesti se questi accordi non rappresentassero altro che una specie del concordato preventivo (più snello perché privo della fase di ammissione, ma al contempo più rigido per il debitore perché sfornito della clausola di obbligatorietà per tutti i creditori anteriori), ovvero se, ancorché innestati materialmente nel corpo normativo del concordato, non rappresentassero una figura autonoma, che della prima recepirebbe solo talune disposizioni formali di accesso, senza alcun ulteriore processo di osmosi.

Dubbio questo di grande rilevanza sotto il profilo anche applicativo, in quanto con il deposito della domanda non si produce alcuno degli effetti di cui agli artt.167, 168 e 169 L.F., dato che agli accordi non sarebbe applicabile la disciplina del concordato per analogia.

Per converso, la derivazione dal concordato potrebbe rendere più semplice il raccordo sul fronte delle impugnazioni, a maggiore garanzia del ceto creditorio.

E' ben vero che la collocazione topografica dell'art.182 *bis* L.F. induce a pensare che gli accordi di ristrutturazione siano una specie del più ampio *genus* del concordato preventivo, come è evidente dalla denominazione del titolo III della legge fallimentare (anche in virtù del d.leg. 9 gennaio 2006, n.5)⁵⁸, sia dall'articolazione dello stesso titolo, che nel mentre disciplina l'istituto del concordato (artt. 160-182), regolamenta gli accordi di ristrutturazione (art.182 *bis*), per poi riprendere la disciplina del concordato preventivo agli artt. 183 e seguenti.

⁵⁷*Ex multis*, si v. G. VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallimentare*, *Dir. Fall.*, 2005, 865 e ss.; M. FERRO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti nell'art. 182-bis, I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, *Il Fallimento*, 2005, 587 e ss.
M. FABIANI, *Diritto fallimentare, Principi e regole*, Milano, 2011

⁵⁸Il titolo III recita: "Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione"

Ma è altrettanto vero che lo stesso legislatore in più occasioni opera dei *distinguo* tra i due istituti, ad esempio all'art. 67, comma 3, lett. e), dove esplicitamente indica separatamente il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione. Ma lo stesso articolo 182 *ter*, comma 5, prevede espressamente la possibilità per il debitore di accedere alla transazione fiscale nell'ambito di un accordo di ristrutturazione dopo aver disciplinato l'accesso a questo istituto nell'ambito di una procedura di concordato preventivo.

Inoltre, argomento ancor più convincente che prescinde dalla collocazione data dal legislatore agli accordi, è che nella sostanza molteplici sono le differenze tra i due istituti: con gli accordi, diversamente dal concordato, si raggiunge un accordo extragiudiziale prima di iniziare la fase procedimentale (salvo poi il raggiungimento del 60% al momento dell'omologa). Viceversa, con il concordato, nell'ambito del procedimento, viene presentato un piano di ristrutturazione che la maggioranza dei creditori può approvare⁵⁹.

Proprio in ragione del consenso deliberativo nel concordato preventivo il debitore ottiene il vantaggio della vincolatività del piano omologato anche per i creditori non partecipanti o dissenzienti (secondo il principio del consenso maggioritario). Diversamente, a conferma della natura prettamente "privatistica" degli accordi di ristrutturazione, questi sono vincolanti soltanto per i creditori che hanno stipulato i singoli accordi, essendo il debitore vincolato al rispetto delle condizioni originariamente pattuite per il pagamento dei creditori non aderenti⁶⁰.

⁵⁹Più ampiamente, riguardo agli effetti degli accordi di ristrutturazione nei confronti dei terzi, v. A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, *Riv. dir. fall.*, 5, 2009, 633 e ss.

⁶⁰In proposito si veda Trib. di Bologna, decreto del 17 novembre 2011; Si veda altresì F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011

Dal canto suo la giurisprudenza di merito si è più volte pronunciata, identificando negli accordi un autonomo procedimento, alternativo rispetto al concordato⁶¹.

D'altra parte se si guarda al contenuto del concordato preventivo, è ben evidente come nell'art.160 1° comma lett.a), sia previsto come obiettivo del concordato anche la "ristrutturazione dei debiti", sì che non avrebbe alcun senso qualificare gli accordi come sottospecie del concordato preventivo, quando la ristrutturazione dei debiti è già un piano concordatario.

4. Il dibattito dottrinario sulla natura degli accordi di ristrutturazione

Accertato che con la riforma della legge fallimentare il legislatore, uniformandosi ai principi ispiratori delle legislazioni straniere, ha inteso abbandonare i dogmi della indisponibilità dell'insolvenza e della inviolabilità della *par condicio creditorum*, per cui gli stessi attualmente non possono rappresentare l'elemento differenziante tra una procedura concorsuale ed una non concorsuale, in dottrina è in corso un dibattito dottrinario e giurisprudenziale circa la natura concorsuale degli accordi.

I motivi che inducono parte della dottrina, ma anche la recente giurisprudenza, ad escludere la concorsualità degli accordi si possono così riassumere⁶²: non è previsto un procedimento e un provvedimento di apertura; non vi è la nomina di organi (commissario, giudice delegato, comitato dei creditori); non c'è una regolazione concorsuale del dissesto (non tutti i creditori ne sono coinvolti ne vi è la obbligatorietà per tutti delle decisioni prese a maggioranza); i creditori non sono organizzati come

⁶¹Si veda Trib di Bari, Decr. 21 novembre 2005, *Il Fallim.*, 2, 2006, 169; Trib. Brescia, decr. 22 febbraio 2006, *Il Fallim.*, 6, 2006, 146; Trib. Milano, decr. 23 gennaio 2007, *Il Fallim.*, 6, 2007, 701.

⁶²Così M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Principi e regole*, op.cit.

collettività rappresentante interessi omogenei; il debitore non è privato della gestione dell'impresa dell'impresa, i suoi atti non sono assoggettati né a vincoli né a controlli.

In particolare, a parere di chi scrive, l'elemento più significativo che induce a sostenere la tesi della non concorsualità è rappresentato dalla circostanza che i creditori non perdono la loro individualità né la tutelabilità del proprio interesse, come accade invece nelle procedure concorsuali (ad esempio il concordato preventivo), dove il creditore singolo perde valenza a favore della "classe" di creditori (seppur disomogenea per la possibilità offerta dalla novella di riservare trattamenti differenziati alle diverse tipologie di creditori).

Nelle procedure concorsuali all'interesse del singolo si sostituisce quello della classe, cosicché le decisioni prese a maggioranza risultano vincolanti anche per i creditori dissenzienti (concordato preventivo e fallimentare), o diviene obbligatorio la partecipazione alla classe per la soddisfazione del proprio credito, attraverso la presentazione della domanda di ammissione al passivo (fallimento).

Diversamente, negli accordi di ristrutturazione del debito i creditori che non vogliono prendere parte all'accordo conservano intatta la loro individualità e la loro titolarità ad esperire azioni individuali per la soddisfazione del loro credito, nel senso che gli accordi non producono effetti nei confronti dei terzi.

Unico limite posto alla loro autonomia è rappresentato dal blocco delle azioni esecutive (*automatic stay*) per un periodo limitato, controbilanciato tuttavia dall'impegno preso dal debitore di garantire il regolare pagamento dei loro crediti (seppur assoggettati ad una moratoria di 120 gg. prevista dalla nuova formulazione dell'art. 182 *bis* L.F. introdotta dalla L. 134/2012).

Altra parte della dottrina ritiene invece che gli accordi di ristrutturazione dei debiti, pur configurandosi come un istituto autonomo rispetto al concordato preventivo, debbano essere annoverati tra le procedure concorsuali⁶³.

A sostegno di questa tesi le seguenti argomentazioni. La modalità di presentazione dell'accordo che richiama quella del concordato preventivo, la competenza dell'autorità che ne decreta l'omologazione che è quella del Tribunale fallimentare e soprattutto il suddetto blocco delle azioni esecutive e cautelari che, unitamente alla previsione dell'esenzione da revocatoria fallimentare degli atti posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato, farebbero assumere a quest'ultimo la caratteristica tipica delle procedure concorsuali, vale a dire la capacità di incidere ed influenzare l'autonomia privata per effetto di una disposizione di legge che ha come fine la tutela di un interesse generale.

La tesi della concorsualità degli accordi di ristrutturazione del debito ha ripreso vigore a seguito della novella del 2010 (L. 122 del 2010 di conversione del decreto legge n. 78 del 2010), allorquando il legislatore ha introdotto nel corpo dell'art. 182 *bis* il comma VI, prevedendo la possibilità di ottenere *l'automatic stay* delle azioni esecutive e cautelari per il debitore anche durante la fase delle trattative che precedono la stipula dell'accordo definitivo.

In questa fase, difatti, il legislatore per la prima volta prevede l'invio della documentazione depositata a supporto della idoneità della proposta di accordo ai creditori e la fissazione di un'udienza per la verifica dei presupposti per pervenire ad

⁶³si veda E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2009

un accordo di ristrutturazione; accentuandosi in tal modo, secondo taluna dottrina⁶⁴, il carattere della concorsualità dell'istituto.

In realtà, a ben vedere, la legge nulla dispone circa la partecipazione dei creditori all'udienza di cui sopra, né dell'eventuale espressione del consenso in tale udienza da parte dei creditori e della formazione di maggioranze tra di essi, il che potrebbe indurre ad ipotizzare che i creditori non intervengano all'udienza, o se ciò avviene lo fanno a titolo personale senza perdere la loro individualità ed a tutela di un proprio interesse.

La norma novellata, difatti, non prevede un'adunanza dei creditori, né una loro votazione con criteri decisionali maggioritari come previsto, ad esempio, nella procedura di concordato preventivo.

In definitiva, per quanto suesposto la tesi della concorsualità degli accordi 182 *bis* non sembrerebbe che sia stata agevolata dalle novità introdotte dalla L. 122 del 2010.

Alcuni autori⁶⁵ hanno individuato negli accordi di ristrutturazione una concorsualità "negoziale", diversa dal tradizionale concetto di concorso "satisfattivo" (il concorso dei creditori nella soddisfazione dei loro crediti, non intesi singolarmente ma come massa).

Secondo questa impostazione si intravede negli accordi una concorsualità di tipo negoziale, allorquando i creditori aderenti pur non rappresentando una massa rispetto all'attivo liquidabile messo a disposizione dal debitore, agiscono contrattualmente per un interesse comune e quindi, come si vedrà in seguito, è inibito a ciascuno di essi

⁶⁴A. PALUCHOWSKI, *Gli accordi di ristrutturazione del debito a 5 anni dalla loro introduzione: un appuntamento mancato?*, *Relazione al convegno di Trani del 12/6/2010*, Unione giuristi cattolici italiani

⁶⁵P. QUARTICELLI, *Gestione negoziata della crisi d'impresa, Banca Borsa Titolo di Credito*, vol. LXIV, 2011, 30-31

azionare strumenti giuridici individuali di tutela del credito nel caso di inadempimento del debitore che ha sottoscritto l'accordo.

5. Alcune differenze funzionali e strutturali tra il piano attestato di risanamento e gli accordi di ristrutturazione.

Come detto, con la L. 80/2005 il legislatore ha introdotto il piano di risanamento e gli accordi di ristrutturazione, accomunate dall'effetto prevalente riconducibile segnatamente all'esenzione da revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in loro esecuzione (art. 67, comma 3 lettera d) e lettera f) L.F.).

Le principali differenze, oltre agli effetti, tra i due strumenti sono da ascrivere alla loro natura.

Riguardo ai piani essi hanno natura prettamente privatistica.

Gli accordi, invece, pur avendo natura privatistica, richiedono il deposito in Tribunale e la pubblicazione nel registro delle imprese per ottenerne gli effetti più interessanti.

Inoltre, relativamente agli accordi è ammessa la possibilità per i creditori ed a qualunque interessato (P.M.) di proporre opposizione sulla quale decide il Giudice dell'omologazione.

Tale differenza incide, come detto, sul grado di protezione degli accordi, in quanto il preventivo controllo, in sede di omologa degli accordi da parte del Tribunale "blinda" gli accordi, nel senso che li rende immuni da eventuali e future revocatorie.

Viceversa nei piani di risanamento l'assenza di un preventivo controllo da parte del Tribunale potrebbe comportare una successiva valutazione da parte del giudice della

revocatoria del presupposto dell'effettiva idoneità degli stessi a realizzare l'obiettivo del risanamento.⁶⁶

Altra differenza si coglie sotto il profilo strutturale.

Gli accordi di ristrutturazione hanno, come detto, natura contrattuale.

Viceversa, i piani di risanamento possono configurarsi anche quali mero programma, quali manifestazione d'intenti, quindi potrebbero non essere vincolanti. In tal senso, la dottrina ha correttamente ritenuto che il piano di per sé non è un negozio, e come tale non è fonte di impegni suscettibili di incidere sulle posizioni soggettive del debitore o di altri soggetti⁶⁷.

La scelta degli accordi di ristrutturazione dei debiti per la soluzione della crisi di due grandi gruppi industriali quali Zunino e Risanamento, evidenzia come tali soluzioni sono nel tempo ampiamente preferite al Piano attestato di risanamento, poiché consentono all'imprenditore di trattare in maniera più flessibile la gran parte dei creditori (aderenti all'accordo), e anche perché il controllo giudiziario, a differenza dei piani di risanamento, è limitato alla fase dell'omologa.

Tale prevalenza è da ricondursi principalmente alla maggiore garanzia che gli accordi assicurano al debitore ed ai creditori aderenti. Ciò avviene con riferimento alla novella legislativa del 2010 che assicura un'adeguata e completa protezione al patrimonio del debitore, soprattutto nella fase più delicata delle trattative che precedono la stipula dell'accordo, e ancor di più con la recente modifica del 2012 con la quale è stata prevista una serie di agevolazioni volte alla salvaguardia della continuità aziendale in favore del debitore e dei creditori che partecipano al processo di ristrutturazione del debito attraverso lo strumento degli accordi 182 *bis*.

⁶⁶ V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, *Dir. fal.*, I, 2008, 369

⁶⁷ In tal senso vedi V. ROPPO, *op. ult. cit.*, 371

Le novelle introdotte hanno offerto una soluzione alle esigenze, avvertite dalla dottrina più attenta, che ne aveva sottolineato i limiti, invocando una esenzione da revocatoria “forte”⁶⁸.

In sostanza, la differenza di tutela dei terzi nei due istituti è giustificata dal fatto che nei piani di risanamento vi è un controllo giurisdizionale di merito, che prescinde dalla presenza o meno di opposizioni, negli accordi, viceversa, a seguito dell’omologa non vi è più nessun’altro controllo⁶⁹.

Di conseguenza anche la tutela dei terzi in caso di fallimento segna una significativa differenza tra i due istituti.

6. I presupposti soggettivi. Le novità introdotte dal D.L. 6-7-2011 n. 98 convertito in Legge 111-2011

A seguito del decreto correttivo del 2007, alla espressione generica “debitore” si è sostituita quella di “imprenditore in stato di crisi”, dirimendo ogni dubbio sollevato circa l’assoggettabilità della disciplina anche al debitore civile⁷⁰.

Prima del correttivo, la dottrina si era domandata a quale tipo di imprenditore la locuzione facesse riferimento. Se al solo imprenditore fallibile o a tutti quelli astrattamente regolati dalla legge fallimentare e anche le imprese assoggettabili alle procedure di liquidazione coatta amministrativa.

⁶⁸ G. LA CROCE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Giurisprudenza italiana*, 11,2010, 2463

⁶⁹ Secondo un recente orientamento del Tribunale di Roma, 20/5/2010 in www.dejure.it, qualora non vi siano opposizioni all’omologazione dell’accordo il tribunale valuterà la coerenza e completezza dell’iter procedimentale ed argomentativi del professionista attestatore. Negli stessi termini si era già espresso il Tribunale di Milano, 25/3/2010, *Il Fallimento*, 2010,743

⁷⁰ Ipotesi questa tutt’altro che impossibile se si pensa che proprio di recente si inizia a fare strada nel nostro ordinamento l’idea di introdurre un istituto analogo agli accordi da estendere anche al debitore civile ed all’imprenditore piccolo. Si veda al riguardo il disegno di legge recate “Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovra indebitamento” approvato lo scorso 26 ottobre 2011 alla camera e passato all’esame del Senato.

A seguito della suddetta novella del 2007, può affermarsi che il presupposto soggettivo è la qualifica d'imprenditore commerciale così come individuato dal combinato disposto degli artt. 1-3 e 160, comma 1, L.F. Vale a dire dell'imprenditore astrattamente assoggettabile alle procedure regolate dalla legge fallimentare (e non solo quelli fallibili).

A favore di questa tesi può argomentarsi che l'istituto è collocato nell'ambito delle norme che regolano sia il fallimento che la liquidazione coatta amministrativa e, inoltre, che l'esenzione da revocatoria (a seguito dell'omologa) è esteso anche a soggetti assoggettabili alle procedure di liquidazione amministrativa⁷¹.

Ne consegue che non potranno utilizzare gli accordi di ristrutturazione, né l'imprenditore sotto soglia (di cui al comma 2, art. 1 L.F.), né gli enti pubblici.

Sono assoggettabili, viceversa, alla disciplina di cui all'art. 182 *bis* le cooperative, le banche e tutti gli altri enti assoggettabili alla liquidazione coatta amministrativa, ad esclusione delle imprese di assicurazione a norma dell'art. 238 del D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209.

La tesi prospettata dalla dottrina che vede l'applicabilità dell'istituto degli accordi anche alle banche non è peraltro univoca.

Taluna dottrina ha ritenuto di dover assimilare la disciplina della crisi delle imprese finanziarie a quella delle imprese assicurative. Escludendo dunque per entrambe la possibilità dell'utilizzo degli accordi.⁷²

Ulteriore questione, di non poco momento, riguarda l'assoggettabilità all'istituto in esame delle società irregolari e di fatto, nonché degli imprenditori in generale che non abbiano adempiuto alla formalità di iscrizione al registro delle imprese.

⁷¹ G. LA CROCE, *op cit.*, 2464

⁷² INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007, Il Diritto fallimentare delle società commerciali*, 2007, 930

Ad un primo esame la dottrina riterrebbe senz'altro i suddetti soggetti, qualora non ricorrano le cause dimensionali di esclusione di cui al 2 comma dell'art. 1 della L.F., assoggettabili al fallimento e, quindi, agli accordi ex art. 182 *bis*.

Sennonché, l'*iter* procedurale degli accordi, come si vedrà di seguito, ne prevede il deposito presso il Registro delle imprese affinché gli stessi acquistino efficacia.

Condizione, quest'ultima, che escluderebbe per i soggetti irregolari di cui sopra, determinando di fatto l'impossibilità temporanea per questi ultimi di accedere agli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Trattasi, senz'altro, di un ostacolo procedurale che ben potrà essere superato con la tardiva regolarizzazione dell'iscrizione prima di poter proporre un accordo di ristrutturazione.

Con il recente D.L. 98/2011, convertito con legge 111/2011, il legislatore ha previsto l'applicabilità anche all'imprenditore agricolo degli accordi di ristrutturazione ex art. 182 *bis* e l'art.182 *ter*.⁷³

La disposizione è stata introdotta *“in attesa di una revisione della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi e del relativo coordinamento con le disposizioni in materia”*.

La precisazione del legislatore è, infatti, necessaria poiché la legge fallimentare non contempla tra i soggetti fallibili l'imprenditore agricolo. La norma fa riferimento alle attività commerciali, intendendosi per tali quelle di cui all'articolo 2195 c.c. mentre le attività agricole sono regolate dall'art. 2315 c.c.

⁷³ Il comma 23 della L. 111/2011, di conversione del D.L. 98/2011, recita come segue: *“In attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi e del coordinamento delle disposizioni in materia, gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza possono accedere alle procedure di cui agli articoli 182-bis e 182-ter del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, come modificato da ultimo dall'articolo 32, commi 5 e 6, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2.”*

Pertanto, alla luce della disciplina vigente e della recente novella legislativa degli artt. 182 *bis* e 182 *ter*, attualmente emerge un'incongruenza rappresentata dalla possibilità che l'imprenditore agricolo che si trovi in difficoltà finanziarie possa raggiungere un accordo di ristrutturazione con i propri creditori, quale soluzione negoziale alla crisi d'impresa attraverso l'utilizzo di strumenti fondamentalmente privatistici, pur non potendo essere assoggettato a fallimento.⁷⁴

In tal senso è evidente che la recente modifica legislativa pone una serie di questioni di non poca rilevanza.

Prima fra tutte è la questione se l'imprenditore agricolo possa accedere agli accordi indipendentemente dai requisiti dimensionali di cui all'art. 1 comma 2 della L.F.

Poiché, come detto, il legislatore ha rinviato il processo di integrazione delle norme relative all'imprenditore agricolo in crisi con la legge fallimentare vigente per cui la novella è stata sovrapposta a quest'ultima, i requisiti dimensionali di cui al citato articolo 1, talaltro espressamente indicati per gli imprenditori non agricoli, determina come conseguenza che anche il piccolo imprenditore agricolo potrà accedere allo strumento negoziale di risoluzione della crisi d'impresa in esame, determinando una prima grande incongruenza con l'impostazione generale della riforma della legge fallimentare.

⁷⁴ Fatta eccezione per i casi in cui il tribunale, in presenza di imprese agricole anche individuali di notevoli dimensioni dichiara il fallimento ritenendo che l'entità del fatturato e delle operazioni finanziarie denoti la presenza di un'attività commerciale, ma sono tutte fattispecie demandate alla giurisprudenza.

In tal senso D. CECCARELLI, *Brevi note sulla fallibilità delle società agricole, Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2, pt.2, 2006, 373 – 382; S.CARMIGNANI, *Presupposto soggettivo del fallimento e confini dell'impresa agraria, Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 5, 2011, 543 - 548

In realtà, per effetto anche delle modifiche intervenute negli ultimi anni all'articolo 2135 c.c. che definisce l'imprenditore agricolo⁷⁵, il limite di separazione tra la figura dell'imprenditore commerciale e quello agricolo di fatto si è sempre più assottigliato.

L'estensione della categoria di imprenditore agricolo non solo a chi esercita l'attività di coltivazione del fondo, di selvicoltura e di allevamento di animali, ma anche a chi esercita con la prevalenza dei prodotti derivanti da queste attività (collegamento soggettivo) o con l'utilizzo prevalente delle attrezzature necessarie all'esercizio delle medesime (collegamento oggettivo), attività connesse in senso lato (manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione, valorizzazione, ricezione ed ospitalità), ha di fatto avvicinato sempre più la figura dell'imprenditore agricolo a quella dell'imprenditore commerciale.

Prima della riforma dello statuto dell'imprenditore agricolo, la giurisprudenza si era soffermata soprattutto sull'esistenza o meno del collegamento tra l'attività esercitata dall'impresa e lo sfruttamento del fondo, cosicché qualsiasi attività esercitata senza l'uso strumentale di questi veniva considerata commerciale e quindi assoggettabile a fallimento, soprattutto quando l'impresa raggiungeva dei requisiti dimensionali di tutto rispetto⁷⁶

⁷⁵ ci si riferisce ai Decreti legislativi n. 228/2001, 99/2004 e 101/2005 che hanno totalmente ridefinito la figura dell'imprenditore agricolo. Il rinnovato articolo 2135 c.c. recita:

“È imprenditore agricolo chi esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse.

Per coltivazione del fondo, per selvicoltura e per allevamento di animali si intendono le attività dirette alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine.

Si intendono comunque connesse le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge”.

⁷⁶ cfr. Trib. Roma, 2/4/1991; Trib. Roma 15/4/1993

Con la riforma della nozione di imprenditore agricolo, l'ancoraggio della stessa non più al criterio del collegamento strumentale con il fondo, ma a quello più ampio di attività dirette alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico, non necessariamente collegato all'utilizzazione del fondo, va interpretata come espressione dell'intento del legislatore di superare una nozione "fondiaria" dell'agricoltura e di sostituirla con una più dinamica ed in linea con la diversa realtà tecnico-economica, in cui assumano valore prevalente quelle strutture produttive che si possono avvalere della terra come uno strumento di supporto.

Di conseguenza, anche la giurisprudenza ha preso atto del suddetto cambiamento nozionistico, attraverso sentenze di merito e di legittimità che hanno negato la fallibilità di imprese agricole che esercitavano, a volte con strutture ed organizzazioni industriali, attività non strettamente collegate all'utilizzo del fondo⁷⁷.

Si pone quindi con maggiore intensità, soprattutto alla luce delle riforme dello statuto dell'imprenditore agricolo poc'anzi esaminate, la questione della disciplina nozionistica di imprenditore agricolo e commerciale e della giustificazione dell'attuale differenziazione di trattamento tra i medesimi⁷⁸.

Ciò ha indotto recentemente la giurisprudenza di merito (ordinanza del Tribunale di Torre Annunziata), a porre la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della novellata legge fallimentare per violazione dei principi di uguaglianza sanciti dall'art. 3 della carta costituzionale, evidenziando che non ricorrono più le esigenze storiche che indussero il legislatore ad esentare l'imprenditore agricolo dalla dichiarazione di

⁷⁷ in tal senso Cass. Civile n. 24995 del 10/12/2010; Trib. S. Maria C.V. 9/4/2002 Rel. Ceniccola;

⁷⁸ G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, C. ANGELICI, G.B..FERRI (a cura di), Torino, 56 e segg.; G. FAUCEGLIA, *I presupposti della dichiarazione di fallimento*, in AA.VV., "Trattato di diritto delle procedure concorsuali" a cura di U. APICE, Torino, 2010, 25 e segg.

fallimento⁷⁹. Esigenze legate da un lato al doppio rischio al quale era assoggettato chi coltiva il fondo (rischio d'impresa e rischio da condizioni climatiche avverse, ormai in larga parte superato con gli strumenti che mette a disposizione la tecnologia), dall'altro al minore ricorso al credito e la conseguenziale minore esigenza di tutela del credito stesso.

Il progresso tecnologico ha determinato una notevole "industrializzazione" dell'agricoltura, che ha indotto alcuni autori⁸⁰ a ritenere che, qualora la produzione e la trasformazione dei beni ovvero la fornitura di beni e servizi assuma il carattere di attività industriale, si è in presenza di vere e proprie attività commerciali ai sensi dell'art. 2195 c.c., con tutte le conseguenze connesse.

Ed invero, la circostanza che l'art. 2135 c.c. faccia rientrare tali attività nel novero delle attività agricole non è di ostacolo a che le stesse attività possano essere qualificate altresì, qualora ne ricorrano gli estremi, come attività commerciali.

D'altronde, al pari delle imprese commerciali le imprese agricole hanno un crescente bisogno di risorse finanziarie quindi di un massiccio ricorso al credito, per cui anche la seconda ragione che ha indotto il legislatore a predisporre un trattamento di favore per l'imprenditore agricolo è venuta a scemare.

Probabilmente, la novella introdotta dal recente intervento legislativo si inserisce in questa direzione, prevedendo la possibilità per l'imprenditore agricolo di utilizzare uno strumento ideato per l'imprenditore commerciale data ormai la similitudine di fatto venutasi a creare tra gli stessi.

Una seconda questione legata all'intervento legislativo in esame è rappresentata dalla circostanza di aver consentito all'imprenditore agricolo, indipendentemente dalla sua

⁷⁹ ordinanza del Tribunale di Torre Annunziata del 12/1/2011, *Diritto e pratica delle Società*, 10, 2011, 63

⁸⁰ G. FERRI, op. ult.cit.

dimensione, di accedere ad uno strumento di risoluzione della crisi d'impresa che collega tutti i suoi effetti di favore per le parti (esenzione da revocatoria, esimente penale, prededucibilità della finanza-ponte ecc.) all'eventuale dichiarazione di fallimento del debitore accordante, che come detto allo stato è inibita qualora quest'ultimo assuma la veste giuridica di imprenditore agricolo.

Restano, pertanto, per l'imprenditore agricolo "sterilizzati" gli effetti positivi che derivano dall'istituto in esame, eccetto il blocco delle azioni esecutive per il periodo previsto dalla norma (da un minimo di sessanta giorni ad un massimo di centocinquanta giorni) e la possibilità di accedere ad una transazione con gli enti impositori statali (agenzia delle entrate, Inps, agente della riscossione); probabilmente effetti non sufficienti a giustificare per l'imprenditore agricolo ed i suoi creditori la conclusione di un accordo da sottoporre al vaglio del Tribunale fallimentare rispetto all'alternativa della stipula di un normale accordo stragiudiziale.

Vero è, tuttavia, che con l'approvazione recente della legge sulla crisi da sovraindebitamento del debitore civile e del consumatore⁸¹, che la tendenza del legislatore sia quella di estendere questo strumento negoziale di soluzione della crisi finanziaria, con il controllo dell'organo giudiziario, in modo generalizzato anche ai piccoli imprenditori e debitori civili, per cui la novella in esame ben si integrerebbe con questa impostazione assunta dal legislatore.

7. Il procedimento di omologazione ed i presupposti oggettivi.

⁸¹ Ci si riferisce alla L. 3 del 2012 intitolata "Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento", recentemente oggetto di modifica dalla L. 221 del 2012

Gli accordi di ristrutturazione del debito sono caratterizzati da un procedimento che nella prima fase vede il debitore e i creditori (vi è anche l'ipotesi di un singolo creditore), stipulare uno o più contratti il cui contenuto non è disciplinato dalla legge, ma è lasciato alla libera autoregolamentazione delle parti. Pertanto, gli accordi possono avere contenuti differenti, quali un semplice *pactum de non petendo*, una dilazione dei pagamenti, una remissione del debito, cessione dei crediti e, finanche, la cessione di quote di partecipazione al capitale. Il contenuto dell'accordo può, altresì, essere novativo, nel senso che può prevedere la stipula di nuovi negozi giuridici quali la costituzione di nuova società o, anche, la stipula di un contratto di affitto di azienda. I singoli accordi, stipulati in ambito extragiudiziale, sono regolati dai principi civilistici generali. Ne consegue che a norma dell'art. 1326 c.c. sono immediatamente produttivi di effetti tra le parti, a meno che non siano apposte clausole che ne condizionano l'efficacia all'omologa da parte del tribunale.

Dunque, gli effetti riconducibili alla pubblicazione, di cui al 2 comma, art. 182 *bis* L. F., ineriscono agli effetti ulteriori di cui all'art. 67 LF⁸²

La seconda fase è, invece, giudiziale, in quanto si apre un procedimento che sfocia nell'omologazione degli accordi (o nel rigetto) da parte del Tribunale.

L'omologazione è diretta a conferire ulteriori effetti agli accordi nei confronti dei creditori aderenti, segnatamente il c.d. ombrello protettivo che la procedura omologata offre ai creditori aderenti è stato, come detto, introdotto attraverso il c.d. decreto

⁸² Sul punto parte della dottrina ha contrariamente affermato che l'adempimento degli oneri pubblicitari opera quale *condicio juris* per il perfezionamento dell'intero accordo. Accordo e registrazione costituirebbero, in tal senso, una endiadi, per cui gli accordi sarebbero improduttivi di effetti senza la pubblicazione. In tal senso, G.PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Banca, borsa, e tit. cred.*, 2006, 27 ss.; E. FRASCAROLI SANTI, *Tratt. Dir. comm., Galgano*, voce "Accordi", XXXVII, 2005,167.

V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti «di salvataggio» (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, *Il Fallim.*, 2, 2007, 384.

correttivo, in particolare l'art. 16, comma 4, del d.lgs. 169 del 2007, che ha sostituito integralmente l'art. 182 bis L.F.⁸³

Relativamente al presupposto oggettivo ci si interroga⁸⁴ se, alla stregua del concordato preventivo, in sede di omologa il tribunale debba verificare lo stato di crisi dell'imprenditore⁸⁵. La specificazione introdotta dalla novella legislativa, che richiama il primo comma dell'art. 161 L.F., induce a ritenere che il presupposto della crisi d'impresa debba essere verificato dal tribunale in sede di omologa⁸⁶.

Com'è noto, il concetto di crisi è un concetto ampio di natura economica-aziendalistica e non giuridica, che ricomprende anche lo stato d'insolvenza.

L'insolvenza, tradizionale parametro di riferimento della precedente legislazione, esprime la situazione di crisi finanziaria irreversibile in cui versa l'imprenditore; la parola crisi, invece, può esprimere una situazione di deficit economico, patrimoniale, finanziario o la compresenza di due o tutte e tre le tipologie.

C'è una stretta correlazione tra le tre tipologie della crisi aziendale, per cui una crisi economica se persiste compromette inevitabilmente l'equilibrio finanziario e quello patrimoniale, così come uno squilibrio patrimoniale, se non attenuato con iniezione di capitale proprio, può determinare nel tempo uno squilibrio economico e finanziario.

⁸³ Pubblicato in G.U. n. 241 del 16 ottobre 2007, entrato in vigore l'1.1.2008.

⁸⁴ Con specifico riferimento alla situazione precedente al decreto correttivo, v. S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, op.cit.,950. A riguardo la giurisprudenza si espressa chiaramente. Si v. Trib. Milano, Decr. 23 gennaio 2007, *Il Fallim.*, 6, 2007, 701.

⁸⁵ Il presupposto oggettivo del concordato preventivo è stato legislativamente individuato nello stato di crisi, correlato all'insolvenza nella sua ampia accezione da ultimo chiarita, ma solo quanto agli effetti, all'art. 36 del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273; il medesimo presupposto è stato, da parte della dottrina, rinvenuto anche riguardo agli accordi di cui all'art. 182 bis L.F., nonostante la lettera della norma che, a differenza del concordato, non fa espresso riferimento allo stato di crisi. Maggiori incertezze concernono invece i piani previsti all'art. 67, terzo comma, lett. d) L. F.

⁸⁶ Ritiene che la verifica di tale presupposto sia utile ad evitare l'uso discorsivo e strumentale dell'istituto, orientato alla indebita fruizione della transazione fiscale accordata dalla disciplina del 2007 (decreto correttivo): A.PATTI, *Quale professionista per le nuove soluzioni delle crisi di impresa: alternative al fallimento*, *Il Fallim.*,9, 2008, 1071.

Ci si chiede, a questo punto, se sia stata un'omissione del legislatore non aver qualificato il concetto di crisi con l'aggettivo "finanziaria" oppure una volontà del medesimo a consentire l'accesso alla procedura *de qua* all'imprenditore in stato di crisi economica, piuttosto che con una situazione patrimoniale squilibrata.

Si ritiene che così come formulata la norma consente l'accesso alla procedura anche all'imprenditore sostanzialmente in equilibrio finanziario ma con perdite d'esercizio rilevate nell'ultimo periodo e/o con una struttura patrimoniale caratterizzata dalla presenza di un eccessivo indebitamento a copertura del capitale investito⁸⁷.

Ulteriore presupposto oggettivo è il raggiungimento di accordi stipulati tra il debitore e i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti (la percentuale va calcolata sul totale dei crediti, indipendentemente dalla loro natura chirografaria o privilegiata), salvo il raggiungimento anche successivo di alcuni accordi, in forma scritta⁸⁸.

La giurisprudenza, ha interpretato la lettera della norma, nel senso che il raggiungimento della suddetta percentuale debba conseguirsi al momento dell'omologa, e non al momento della pubblicazione al registro delle imprese.

Attraverso tale ermeneutica si è pervenuti al risultato, di non poca rilevanza dal punto

⁸⁷ In tal senso L. ZOCCA, *Accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e relazioni del professionista*, *Il Sole 24 ore*, 8, 12,15

⁸⁸ In realtà il legislatore non ha espressamente stabilito alcuna forma *ad substantiam*, ma la necessità della forma scritta si desume dall'obbligo di deposito e pubblicazione dell'accordo, per cui è necessaria la forma scritta. Di quest'avviso, è G. LA CROCE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 1465. Dubbio è se sia necessaria, altresì, l'autenticazione per gli atti che la richiedono, in conformità del precetto di cui all'art. 1325 c.c. Al riguardo, taluna giurisprudenza si è espressa in senso favorevole all'autenticazione, v. Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Fallim.*, 2, 2006, 169; Trib. Udine, 22 giugno 2007, *Fallim.*, 2008, 701. Recentemente, [Trib. Milano, 25 marzo 2010](#), in www.ilcaso.it che ha stabilito che «gli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis, legge fallimentare, ancorchè pubblicati nel Registro delle imprese devono essere depositati presso la cancelleria del tribunale e, a pena di ammissibilità, muniti di firma autenticata delle parti dell'accordo, con possibilità per il tribunale di concedere un termine per la sanatoria di tali irregolarità». *Contra*, Trib. Roma, 30 luglio 2005, *Fall.*, I, 2006, 198.

In questo senso, è pregevole la soluzione offerta dal Trib. Vicenza, decr. 2 ott. 2010, in www.unijuris.it che ha concesso l'omologazione, accettando una dichiarazione sostitutiva di notorietà, depositata dal professionista, attestanti l'originalità delle sottoscrizioni.

di vista operativo, che il c.d. effetto di *automatic stay* derivante dall'omologa può prodursi già con la stipula dei primi accordi⁸⁹.

Per quanto attiene all'*iter* procedurale, alla stipulazione degli accordi deve seguire la domanda di omologazione⁹⁰ da parte dell'imprenditore, attraverso il deposito presso il Tribunale competente⁹¹ della documentazione di cui all'art. 161 L. F. (momento perfezionativo dell'accordo medesimo, nonché momento dal quale decorre il termine dei trenta giorni per le opposizioni dei creditori non aderenti).

Ai sensi del comma 2, dell'art. 182 *bis* L.F., l'accordo è pubblicato presso il Registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione. Quest'ultima è condizione procedurale per l'accesso alla decisione del tribunale adito (che deve naturalmente essere il foro competente in materia)⁹².

Sul piano degli effetti, la novella introdotta nel 2007, accanto alla esenzione oggettiva dalla revocatoria degli atti, pagamenti e garanzie poste in essere in esecuzione dell'accordo, ha stabilito che nelle more del procedimento di omologazione e, comunque per un periodo di tempo non superiore a sessanta giorni dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, i creditori (la lettera della norma non fa esplicito riferimento a chi, ma è ragionevole pensare che si tratti di quelli estranei

⁸⁹ Trib. Milano, decr. 23 gennaio 2007, cit.

⁹⁰ A norma dell'art. 182 *bis* L.F. il tribunale, decise le opposizioni, può procedere all'omologa o al rigetto, pertanto, anche in caso di opposizioni, il procedimento culmina in un'unica decisione del Tribunale.

⁹¹ Il Tribunale competente è quello del luogo dove era fissata la sede principale (i.e.: la sede legale) dell'impresa.

⁹² Il termine pubblicazione è, evidentemente, atecnico, stante il riferimento normativo di cui all'art. 2448 c.c. che contempla unicamente deposito o iscrizione. Pertanto, la disposizione ha sollevato dubbi interpretativi presso la dottrina che ha tentato di comprendere se il legislatore abbia voluto far riferimento al deposito o all'iscrizione. Il problema è di non poco momento, dato che dalle diverse opzioni discendono differenti termini di impugnativa da parte dei creditori non aderenti. Sul problema, vedi gli approfondimenti di G. LA CROCE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 2465.

all'accordo) non possono proseguire o iniziare azioni esecutive e/o cautelari sul patrimonio del debitore⁹³.

Inoltre, il legislatore è intervenuto sostituendo l'ultimo comma dell'art. 182 *ter* L.F. prevedendo la possibilità che l'imprenditore in crisi possa depositare la proposta di transazione fiscale anche nell'ambito degli Accordi di ristrutturazione del debito⁹⁴.

A seguito delle modifiche apportate dal D.L. n. 78 del 2010 (convertito dal D.lgs. 122/2010), si introducono quattro nuovi commi all'art. 182 bis L.F.⁹⁵ che sostanzialmente ampliano ancor di più l'ombrello protettivo a favore dei creditori aderenti agli accordi, incentivando la stipula dei medesimi. Il correttivo è parso opportuno alla maggior parte degli interpreti in quanto è intervenuto su alcune criticità che neanche il precedente intervento del 2007 aveva risolto⁹⁶. In particolare, la mancata previsione della preeducibilità in riferimento ad un eventuale successiva dichiarazione di fallimento, che aveva posto numerosi problemi con riferimento al generale principio della *par condicio creditorum*. Ulteriore criticità era rappresentata dal mancato adeguamento delle norme in materia di sanzioni penali al mutato quadro normativo.

Il recente intervento delinea un nuovo quadro normativo in base al quale il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive, nonché di acquisire titoli di prelazione (se non concordate, quali ipoteche volontarie).

⁹³Sulle modifiche sostanziali apportate dal decreto legislativo 169/2007, v. L. GIRONE, *L'accordo di ristrutturazione a seguito del decreto correttivo: La lettura retrospettiva di un provvedimento antecedente rileva che le modifiche introdotte dalla novella non sono meramente formali*, *Dir. fall.*, 2008, 5, 632

⁹⁴ Si rinvia, per approfondimenti sugli aspetti fiscali, a V. FICARI, *Riflessione su "transazione" fiscale e "ristrutturazione dei debiti tributari*, *Rass. Trib.*, 2009, 68; G. ROCCO, *Il debito fiscale nelle procedure concorsuali*, *Diritto e pratica tributaria*, fasc. 2, pt. 2, 2009, 377.

⁹⁵ L'art. 48 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, in vigore dal 31 maggio 2010; il decreto è stato convertito, con modificazioni, dalla L. 30 luglio 2010, n. 122, entrata in vigore il 31 luglio 2010 (G.U. n. 176 del 30 luglio 2010 - Suppl. Ordinario n. 174).

⁹⁶ Per gli opportuni approfondimenti, v. S. AMBROSINI- R. FONTANA, *Le novità in materia di soluzioni negoziate delle crisi d'impresa introdotte dalla l. 30 luglio 2010, n. 122*, in www.ilcaso.it

Il procedimento si avvia su istanza del debitore che dovrà depositare presso il tribunale competente, ai sensi dell'art. 9 L.F.⁹⁷, la documentazione di cui all'art. 161 L.F., lettere a), b) ,c), e d), unitamente a una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione in cui si attesta che relativamente all'accordo in via di formalizzazione sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'art. 67, terzo comma lett. d) L.F. in cui si attesta il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative.

Il suddetto intervento legislativo del 2010 introduce un'importante novità, ossia la possibilità di ottenere *l'automatic stay* anche durante la fase delle trattative che precedono la stipula degli accordi.

L'istanza di sospensione è pubblicata nel registro delle imprese, momento dal quale (verrebbe successivamente confermato o revocato dal tribunale) si produce automaticamente l'effetto del divieto di inizio o di prosecuzione delle azioni esecutive, salvo l'eventuale revoca dello stesso *ex tunc* disposta dal tribunale all'udienza fissata per l'esame della documentazione depositata.

Il blocco automatico ha lo scopo di preservare l'integrità del patrimonio del debitore dalle aggressioni dei creditori in quel lasso di tempo che va dal deposito dell'istanza all'emissione del provvedimento giudiziale e di consentire all'imprenditore di predisporre un piano di ristrutturazione da presentare ai creditori⁹⁸.

⁹⁷ Cfr. JORIO, *Introduzione, Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, 24

⁹⁸ Dubbi riguardo al possibile utilizzo strumentale della moratoria da parte dell'imprenditore vengono sollevati da S. AMBROSINI- R. FONTANA, *Le novità in materia di soluzioni negoziate delle crisi d'impresa introdotte dalla l. 30 luglio 2010*, 122, cit.

In caso di rigetto dell'istanza la protezione del patrimonio del debitore verrebbe a cessare con efficacia *ex tunc*. In caso di accoglimento, il divieto permane sino al deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione del professionista, che deve avvenire entro il termine di 60 giorni dal deposito del decreto⁹⁹.

A seguito del deposito dell'accordo, troveranno applicazione le regole di cui all'art. 182 *bis* L.F., con la conseguenza che il patrimonio del debitore sarà protetto per ulteriori 60 giorni da eventuali azioni *in executivis* sul patrimonio del creditore, ma i creditori potranno acquisire titoli di prelazione, anche se non concordati.

A seguito del correttivo del 2010, prima, e della legge 134 del 2012 in ultimo, si è introdotto, come detto, l'art. 182- *quarter*, in forza del quale è possibile la prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma e da chiunque effettuati, purché in esecuzione di un accordo di ristrutturazione omologato dal tribunale. In altri termini, i finanziatori che dopo l'omologazione degli accordi, hanno somministrato nuova finanza hanno diritto ad essere ammesse allo stato passivo in prededuzione nell'eventuale successivo fallimento del debitore.

Sono, altresì, prededucibili i crediti che tali soggetti hanno erogato in funzione della presentazione della domanda di omologazione dell'accordo a condizione che quest'ultimo sia omologato e che tali finanziamenti siano previsti nell'accordo.

Il terzo comma dello stesso articolo, in deroga al principio della postergazione legale dei crediti in applicazione delle regole sancite agli artt. 2467 c.c. e 2497- *quinquies*

⁹⁹ Rileva opportunamente che lo *stand still* di 60 giorni è troppo breve, soprattutto avendo riguardo alla circostanza che i creditori, quali gli istituti bancari possono aver richiesto fidi consortili, il che implica un preventivo assenso da parte dei consorzi prima dell'accettazione di un accordo L. DE ANGELIS, *Gli accordi di ristrutturazione e le banche*, *Le Società*, 2008, 413.

c.c., stabilisce che i commi 1 e 2 si applicano anche ai finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell'80% del loro ammontare¹⁰⁰.

Inoltre, si applica la prededuzione quando il finanziatore ha acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo, favorendo in tal modo le operazioni complesse di ricapitalizzazione e finanziamento in favore del debitore che propone accordi di ristrutturazione.

Novità rilevante introdotta dalla novella del 2012 è l'abrogazione del precedente comma IV, che specificatamente prevedeva la prededuzione dei compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione attestatrice, nel caso di omologazione degli accordi¹⁰¹.

8. Segue: La relazione del professionista. I contenuti e la funzione. Attestazione di attuabilità del piano e del regolare pagamento dei creditori estranei. La certificazione della veridicità dei dati aziendali tra prassi giurisprudenziale e novità legislative

La norma prevede che oltre ai documenti di cui all'art. 161 L.F., l'accordo deve essere corredato da una relazione redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma lett. d, sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

¹⁰⁰ Per un commento critico su quest'ultima disposizione si v. M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, *Il Fallim.*, 2010.

¹⁰¹ Il comma quarto dell'at. 182 bis abrogato dalla L. 134/2012 disponeva: "Sono altresì prededucibili i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli articoli 161, terzo comma, 182-bis, primo comma, purché ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato"

La relazione deve essere allegata all'accordo (che altresì è pubblicato al Registro delle imprese) e depositata in tribunale.

Contenuto diverso, come si chiarirà in seguito, ha la "dichiarazione" del professionista che deve accompagnare la "proposta" di accordo prevista dalla novella legislativa del 2010, ove al comma V dell'art. 182 *bis* L.F. si prevede la possibilità per il debitore di richiedere il blocco delle azioni esecutive e cautelari anche durante la fase delle trattative. In tale fase il debitore, unitamente alla documentazione di cui all'art. 161 L.F. I e II comma lett. a), b), c) e d), deposita in Tribunale la proposta di accordo con la sua autocertificazione che la stessa verte su trattative con il 60% dei crediti e la "dichiarazione" di un esperto che attesti l'idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare il pagamento integrale dei creditori con i quali non sono in corso trattative.

Prima del decreto correttivo del 2007¹⁰², l'art. 182 *bis* non prevedeva alcun requisito specifico per il professionista attestatore, richiedendo esclusivamente l'affidamento dell'incarico ad un esperto.

La norma riformata ha richiesto che l'attestatore, per effetto del rinvio all'art. 67 comma 3 lett. d, sia un avvocato, dottore commercialista, ragioniere o ragioniere commercialista iscritto al rispettivo albo ed iscritto altresì al registro dei revisori contabili. Possono essere nominate anche società tra professionisti, purché i soci abbiano i suddetti requisiti professionali.

Evidentemente il legislatore, al pari di quanto previsto per la relazione di attestazione nei piani di risanamento ex art. 67 L.F. comma III lett. d e per quella prevista nel concordato preventivo, ha preso atto dell'importanza di affidare a soggetti professionalmente qualificati la redazione di una relazione/dichiarazione che, come si

¹⁰² D.lgs. 12 settembre 2007 n. 169

vedrà, rappresenta un punto fondamentale per la valutazione della serietà del piano di ristrutturazione proposto dal debitore da parte del Tribunale e dei creditori.

Con la novella del 2007, difatti, il legislatore ha reso omogenei i requisiti richiesti all'attestatore del piano di risanamento di cui all'art. 67 comma 3 lett. d) e del piano relativo al concordato preventivo (vale a dire l'iscrizione al registro dei revisori contabili) rispetto ai requisiti richiesti all'attestatore dell'accordo di cui all'art.182 *bis*, che come detto erano generici riferendosi la norma alla qualifica di "esperto".

Attualmente, a seguito delle successive integrazioni apportate alla legge fallimentare, vi è uniformità tra i requisiti qualitativi richiesti al professionista incaricato di redigere una delle attestazioni che accompagnano rispettivamente il piano predisposto dal debitore nell'ambito del piano di risanamento, degli accordi di ristrutturazione del debito e del concordato preventivo.

Ciò, d'altronde, è in sintonia con la equivalenza di contenuti della relazione del professionista nell'ambito dei tre diversi istituti di soluzione della crisi d'impresa.

L'attestazione di "ragionevolezza" del piano di risanamento di cui all'art. 67 L.F. comma 3 lett. d, quella di "attuabilità" dell'accordo di ristrutturazione *ex art. 182 bis* e l'attestazione di "fattibilità" del piano per il concordato preventivo, hanno sostanzialmente lo stesso contenuto e finalità, ossia di controllo di un piano predisposto da altri soggetti (consulente dell'imprenditore)¹⁰³.

¹⁰³ In tal senso S. FORTUNATO, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa*, *Il Fallimento*, 8, 2009, 889; G. SAVIOLI, *L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, *Il Fallimento*, 3, 2010, 272; A. PALUCHOWSKI, *Gli accordi di ristrutturazione del debito a 5 anni dalla loro introduzione: un appuntamento mancato?*, relazione al Convegno di Trani del 12/6/2010, Unione Giuristi cattolici Italiani

Con la legge 134/2012 il legislatore chiaramente si è preoccupato di garantire oltre che la qualità professionale dell'attestatore anche la sua indipendenza rispetto al debitore ed ai creditori.

Il novellato art. 67, III comma lett. d), al quale fa espresso rinvio l'art. 182 *bis* per i requisiti che debba possedere il professionista, chiarisce che colui che riceve l'incarico deve essere indipendente, esplicitando le condizioni affinché lo stesso possa considerarsi tale, ossia: *“quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da compromettere l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo”*;

L'art. 182 *bis* L.F., quanto alla documentazione che il debitore deve depositare presso il Tribunale affinché possa richiedere l'omologazione degli accordi conclusi in via stragiudiziale, fa espresso rinvio all'art. 161 L.F. (specificatamente ai commi I e II, lett. a,b,c e d nel caso di proposta di accordo presentata durante la fase delle trattative¹⁰⁴) disciplinante il concordato preventivo.

Pertanto, a seguito delle novità introdotte dalla L. 134/2012 il debitore, unitamente ai suddetti accordi deve depositare presso la cancelleria del Tribunale fallimentare:

¹⁰⁴ E' escluso, pertanto, in questa fase l'obbligo per il debitore di depositare anche un piano analitico delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, così come prevede la lettera e) comma II dell'art. 161 L.F. Ciò, d'altronde, è giustificato dalla circostanza che nella procedura di pre-accordo prevista dal comma V dell'art. 182 *bis* si è ancora nella fase delle trattative per cui senz'altro il valore di un piano sarebbe senz'altro affievolito perché basato su accordi non ancora definiti.

- un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica, e finanziaria dell'impresa;
- uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
- il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili;
- un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta.
- la relazione redatta dal professionista sull'attuabilità dell'accordo e sulla sua idoneità ad assicurare il pagamento dei creditori estranei.

Fino alla recente modifica legislativa introdotta con la L. 134/2012, sussistevano validi motivi per ritenere che a differenza dei Piani di risanamento ex art. 67 L.F. ed al Concordato preventivo, dove il legislatore fa esplicito riferimento al termine “piano” quale presupposto di tali procedure, negli accordi di ristrutturazione il debitore non era obbligato alla produzione di un *business plan* che descrivesse dal punto di vista quantitativo e qualitativo le azioni da intraprendere per riottenere l'equilibrio economico-finanziario-patrimoniale dell'impresa, che comunque deve essere nella prassi alla base di un corretto giudizio di attuabilità dell'accordo cui è chiamato a rilasciare il professionista nominato.¹⁰⁵

In altri termini, nell'art. 182 *bis* il legislatore, anche dopo le recenti modifiche, non utilizza il termine “piano” ma esclusivamente il termine “accordo” a proposito

¹⁰⁵ Si veda in proposito A. PATTI, *Quale professionista per le nuove soluzioni delle crisi d'impresa: alternative al fallimento*, *Il Fallimento*, 9, 2008, 1070

dell'oggetto dell'attestazione di attuabilità del professionista, quasi a voler ribadire che nell'istituto degli accordi, a differenza degli altri due istituti di risoluzione alternativa al fallimento della crisi d'impresa, pone l'attenzione al "risultato" dell'accordo raggiunto, lasciando all'attestatore il compito di verificare la congruità e correttezza del piano, più o meno articolato come si dirà in seguito, anziché al "mezzo" attraverso il quale si perviene, vale a dire il piano di ristrutturazione, che comunque deve rappresentare la base del giudizio prognostico dell'attestatore unitamente al controllo della veridicità dei dati aziendali forniti dal debitore .

Ciò a meno che, come alcuna dottrina e giurisprudenza ritiene¹⁰⁶, non si tratti di mero utilizzo di una terminologia diversa da parte del legislatore per attribuire nella sostanza lo stesso significato alla parola "piano" ed a quella "accordo".

La giurisprudenza al riguardo aveva espresso orientamenti diversi. Per alcune Corti di merito <<*se pure l'esistenza di un piano non sia espressamente previsto dalla norma, che si limita a richiamare gli accordi (ossia le negoziazioni) aventi ad oggetto la mera ristrutturazione del debito, l'allegazione dello stesso non può non ritenersi un dato necessario a pena di inammissibilità del ricorso*>>¹⁰⁷

Per altri, invece, <<*si evidenzia la non rilevanza del mancato deposito di tale piano presso il Registro delle Imprese poiché esso è comunque esaminato nella relazione attestativa dell'attuabilità dell'accordo. Quest'ultima risponde quindi alle esigenze di conoscibilità dell'intero piano da parte dei creditori come richiesto dall'art. 182 bis L.F.*>>¹⁰⁸

¹⁰⁶ in proposito Trib. Milano, decreto del 20/6/2011; *op. cit.*, G. SAVIOLI; *op. cit.* S. FORTUNATO.

¹⁰⁷ Trib. Roma decreto del 20/5/2010, su www.ilcaso.it; Trib. Milano, decreto del 20/1/2011, su sito Tribunale di Milano

¹⁰⁸ Corte di Appello Roma, decreto del 20/5/2010, su www.ilcaso.it

Come detto con la novella del 2012 il legislatore ha risolto il dubbio interpretativo stabilendo che tra la documentazione che il debitore è obbligato a depositare in tribunale vi sia anche il piano¹⁰⁹.

Tuttavia emergono ulteriori dubbi. Difatti, si tratterebbe di approfondire a quale tipo di piano il legislatore faccia riferimento, considerato che dal dettato della norma sembra che si debba trattare fondamentalmente di un piano con contenuto finanziario, considerate le differenze che intercorrono tra i due tipi fondamentali di Piano finanziario e Piano industriale-economico¹¹⁰.

Il piano finanziario, come suggerisce l'aggettivo, consiste in una elencazione analitica, sia dal punto di vista descrittivo che tecnico-contabile, delle fonti finanziarie future necessarie a sostenere gli impieghi programmati durante il periodo di competenza del piano (nello specifico il pagamento dei creditori aderenti e non all'accordo secondo le scadenze prestabilite) in una condizione costante di equilibrio finanziario.

Il Piano industriale-economico o *business plan*, di cui fa parte anche il piano finanziario, è invece un documento che illustra, in modo sia descrittivo che quantitativo, le intenzioni del management relative alle strategie competitive dell'azienda, le azioni che saranno realizzate per il raggiungimento degli obiettivi strategici.

Ebbene, si ritiene che il piano di cui all'art. 161 II comma lett.e L.F., cui fa espresso rinvio l'art. 182 bis, sia un piano con contenuto finanziario.

Ciò per due ragioni.

¹⁰⁹ Sulla centralità del piano nell'ambito del diritto della crisi d'impresa e sulla funzione di collegamento funzionale tra i singoli accordi v. F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 94-104; 121-124

¹¹⁰ Per una corretta e sintetica trattazione, FAVOTTO, *Economia aziendale – modelli misure casi*, McGraw Hill, 2001; CAPALDO, *La programmazione aziendale*, Milano, 1965; CODA, BRUNETTI, BERGAMIN, BARBATO, *Indici di bilancio e flussi finanziari*, Milano, 1974; ONIDA, *Economia d'azienda*, Torino, 2004

E' lo stesso dettato della norma, che individuando il contenuto del piano nella descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, caratterizza lo stesso come piano a carattere finanziario.

Interessante sottolineare come il legislatore nell'ambito della disciplina sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento (L. 3 del 27 gennaio 2012), contenente la procedura di ristrutturazione dei debiti degli imprenditori sotto-soglia e del debitore civile, abbia disciplinato in modo ancora più dettagliato il contenuto minimo del piano finanziario che il debitore deve depositare.

Difatti, secondo la norma il piano *“prevede le scadenze e le modalità di pagamento dei creditori, anche se suddivisi in classi, le eventuali garanzie rilasciate per l'adempimento dei debiti, le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni”*¹¹¹

In secondo luogo, perché il legislatore in occasione della recente modifica del 2012 apportata alla L.F., quando ha ritenuto opportuno richiedere un piano anche di tipo economico-industriale, lo ha fatto espressamente come nel caso della disciplina del concordato in continuità di cui all'art. 186 bis.

Il legislatore stabilisce che quando la proposta di concordato è basata sulla prosecuzione dell'attività, il piano da depositare previsto dall'art. 161, si amplia di contenuto in *“quanto deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura”*.

Il legislatore dunque presupponendo le differenze tra i vari tipi di pianificazione, richiede specificatamente per la proposta di risanamento della crisi d'impresa in continuazione dell'attività, sia la pianificazione finanziaria che quella economica¹¹².

¹¹¹ Si veda in proposito l'art. 7 della L. n. 3 del 27/1/2012

Inoltre non ha esteso la disposizione del 186 *bis* anche agli accordi 182 *bis*, disciplinante il deposito di un piano economico quando c'è continuazione dell'attività (la regola nella procedura degli accordi di ristrutturazione), il che lascia dedurre che lo stesso volutamente richiede al debitore soltanto un piano che si limiti a descrivere le modalità di adempimento della proposta, lasciando all'attestatore l'esclusivo compito di verificare la congruità del piano industriale-economico eventuale.

A ben vedere, d'altro canto, anche prima della recente novellazione il piano finanziario, almeno nei suoi contenuti essenziali, era già individuabile nell' "accordo" da pubblicare al registro delle imprese e da depositare in Tribunale.

Difatti, osservando la prassi giurisprudenziale¹¹³, l'accordo in forma scritta e sottoscritto dal debitore e da tutti i creditori aderenti contiene già le scadenze da rispettare per i pagamenti di ciascun creditore, le eventuali garanzie concesse in loro favore, le modalità di reperimento delle risorse necessarie al rispetto degli obblighi presi.

In definitiva, tenuto conto che il debitore può di sua iniziativa depositare una documentazione completa e dettagliata che ecceda quella necessaria al fine di consentire un congruo giudizio di legittimità da parte del Tribunale in sede di omologa dell'accordo proposto (ad esempio con il deposito oltre che della documentazione di cui all'art. 161 L.F. e della relazione del professionista sull'attuabilità dell'accordo, di un dettagliato piano finanziario e di un articolato piano industriale ed economico), si ritiene che a seconda della dimensione dell'impresa proponente l'accordo, della complessità della sua situazione debitoria e soprattutto del tipo di crisi in cui essa

¹¹² D'altro canto che senso ha parlare di pianificazione industriale-economica quando la procedura di risanamento della crisi d'impresa è basata sulla liquidazione dell'azienda e non sulla sua continuazione.

¹¹³ Trib. Milano, decr. 23/1/2007; decr. 10/11/2009; decr. 10/3/2011; decr. 25/3/2010; Corte di Appello Roma, decr. 1/6/2010

versa, dovrebbe essere sufficiente per il tribunale, ai fini dell'ammissibilità del ricorso ex art. 182 *bis*, il deposito del piano così come inteso dal novellato art. 161 L.F., oltre che della relazione attestatrice del professionista e dell'accordo scritto che, come detto, in parte riproduce quanto già indicato nel piano (con descrizione analitica soprattutto dal lato degli impieghi¹¹⁴), oppure il deposito anche del piano finanziario dettagliato, nel caso di operazioni più complesse, fino a richiedere l'allegazione anche di un piano industriale-economico nelle situazioni di maggiore complicazione e dove la crisi in essere sia oltre che di natura finanziaria anche di natura economica e strategica¹¹⁵.

Difatti, solo in tale circostanza sarebbe giustificabile la redazione di un piano industriale (da sottoporre o meno al vaglio anche del Tribunale, oltre che del professionista attestatore secondo quanto suindicato), che si sviluppi dal punto di vista quantitativo e descrittivo secondo le sue linee programmatiche nei diversi aspetti strategici, di marketing, economici, patrimoniali e finanziari¹¹⁶.

Ragioni di opportunità pratica non trascurabili, d'altro canto, come si vedrà al capitolo III, farebbero propendere per la esibizione da parte del debitore di un piano di ristrutturazione del debito articolato e dettagliato quanto basti per ottenere l'omologazione poiché, diversamente, più analitiche saranno le ipotesi previsionali contemplate dal piano (o piani), più saranno le probabilità, durante la fase esecutiva

¹¹⁴ Per un'impresa di modeste dimensioni con una posizione debitoria costituita da pochi grandi creditori istituzionali, potrebbe essere uno spreco di risorse depositare un piano industriale articolato, unitamente all'accordo ed alla relazione del professionista. Il costo da sostenere per l'articolazione di un articolato Piano industriale potrebbe rappresentare per le imprese di modeste dimensioni una barriera all'utilizzo da parte di codeste dello strumento di superamento della crisi in esame. Si ritiene che i tribunali debbano tenere in debito conto questa circostanza per consentire anche alle piccole imprese di poter accedere agli accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182 *bis*.

¹¹⁵ Op. cit. L. ZOCCA

¹¹⁶ S. AMBROSINI, *contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, su www.ilcaso.it, sez. II

dell'accordo omologato, che si verificano scostamenti dal piano e conseguentemente azioni non previste dallo stesso che non saranno garantiti dagli effetti protettivi di cui all'art. 182 bis.

Infine, se il legislatore ha richiesto una documentazione più snella ai fini dell'ammissibilità dell'imprenditore all'istituto in esame, rispetto agli altri istituti di soluzione concordata della crisi d'impresa, probabilmente ciò è dovuto al chiaro intento di prevedere uno strumento giudiziario leggero di soluzione concordata della crisi d'impresa tale da facilitarne l'accesso anche agli imprenditori di minori dimensioni (seppur sopra-soglia), non capaci di sopportare i costi eccessivi di una pianificazione articolata e complessa, tra l'altro non necessaria quando la crisi è prettamente di tipo finanziario e la pianificazione si riduce a poche variabili da sottoporre a congetture e controlli.

Relativamente alla relazione del professionista, quest'ultima costituisce un dato fondamentale, in quanto fornisce tutte le informazioni e gli elementi utili non solo per i creditori e per i terzi legittimati a formulare eventuali opposizioni, ma soprattutto per il tribunale che se ne avvale in sede di omologazione.

Si vedrà nel paragrafo successivo come inizialmente da un controllo di mera legalità dei requisiti di accesso allo strumento da parte del Tribunale, con delega piena all'attestatore ed alla sua relazione sull'attività di controllo di congruità-merito dell'accordo proposto, l'autorità giudiziaria sia stia sempre più nella prassi orientando verso l'estensione della sua attività di controllo anche al merito ed all'opportunità delle scelte proposte dal debitore (controllo di legittimità sostanziale), anche attraverso un controllo del procedimento logico-argomentativo che porta l'attestatore

alla certificazione dell'attuabilità dell'accordo, ridimensionando di fatto il valore che il legislatore aveva attribuito alla relazione dell'attestatore¹¹⁷.

Prima dell'ultimo intervento del legislatore la dottrina e la giurisprudenza erano concordi nel ritenere che legittimato alla nomina dell'attestatore fosse l'imprenditore, pur non escludendosi che anche questa fase dell'accordo fosse rimessa alla trattativa con i creditori¹¹⁸. La L. 134/2012, riformando l'art. 182 *bis*, ha fugato ogni dubbio al riguardo introducendo espressamente la nomina dell'attestatore da parte del debitore.

Ciò in virtù di quel principio di massimo riconoscimento dell'autonomia privata e del potere autocertificativo del debitore che è sotteso all'istituto in esame.

Sotto il profilo oggettivo la relazione dell'esperto deve contenere, con giudizio prognostico, il parere sull'attuabilità dell'accordo, ossia l'oggettiva possibilità della sua attuazione.

Nella pratica, come visto, non vi sono accordi di ristrutturazione che non si innestino in un piano di risanamento, più o meno articolato, della impresa in crisi.

Pertanto, la relazione dovrà contemplare, altresì, un esame analitico del piano industriale e della sua esplicazione finanziaria, ove previsto. Sulla base di tali presupposti, previo esame della situazione finanziaria, patrimoniale ed economica, il professionista deve attestare l'idoneità del piano ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Il professionista, sotto questo profilo, dovrà assicurare i creditori terzi, nonché il tribunale, che al momento dell'omologa vi saranno risorse finanziarie, anche

¹¹⁷ In proposito G.B. NARDECCHIA, *Le operazioni di ristrutturazione attraverso l'accordo di ristrutturazione*, Atti del Convegno ODGE "Gli accordi di ristrutturazione del debito. Profili critici, revisione dei piani, inadempimento", Milano 11-12 aprile 2012; R. RANALLI, *L'attestazione del professionista degli accordi di ristrutturazione: presupposti, contenuti e finalità*, sul sito "Il fallimentarista.it", Milano; Rapporto Assonime dell'aprile 2012, 3-61

¹¹⁸ G.VERNA, *D. fall.*, I, 2007, 949

conseguente all'esecuzione dell'accordo stesso, sufficienti per pagare i crediti scaduti a tale data.

Egli dovrà dunque determinare preventivamente l'entità assoluta dei crediti non aderenti e, quindi, il fatto che gli stessi non siano di valore superiore al 40% della massa debitoria totale.

Il professionista dovrà, altresì, attestare l'attendibilità dei dati contabili.

Si tratta di un adempimento che fino alla entrata in vigore della L. 134/2012 la normativa prevedeva esplicitamente per il solo concordato preventivo, anche se la dottrina e giurisprudenza lo ritenevano necessario anche per i piani di risanamento ex art. 67 L.F. e per gli accordi di ristrutturazione.¹¹⁹

Il parere unanime era che nessuna attestazione sull'attuabilità dell'accordo da parte del professionista potesse prescindere dall'accertamento della bontà dei dati contabili ed extracontabili presi a base delle previsioni e dei piani redatti dal professionista incaricato dal debitore.

In caso contrario si sarebbe corso il rischio di attestare l'astratta attuabilità dell'accordo sulla base di un piano il quale, basandosi su di una situazione contabile non in linea rispetto alla reale consistenza del patrimonio aziendale, non sarebbe stato idoneo *ab origine* a ripristinare le condizioni di equilibrio aziendale.

Sulle modalità del controllo di veridicità dei dati si distingue tra accordi liquidatori, che hanno per fine ultimo la liquidazione dell'intero patrimonio aziendale e la cessazione dell'attività, da accordi con finalità di continuità aziendale.

¹¹⁹ Al riguardo L. MANDRIOLI, *Le relazioni attestative del professionista*, *Nuovo diritto delle società*, 2006, 37; A. PATTI, *Quale professionista per le nuove soluzioni delle crisi di impresa alternative al fallimento*, *Il Fallimento*, 2008, 1067 ss.; E. STASI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare*, *Il Fallimento*, 2006, 861 ss.; Trib. Bologna, sent. 17/11/2011;

Nei primi l'attestatore verificherà se i dati presi a base del piano (rigorosamente finanziario) rispettano i valori di presunto realizzo per le attività ed i valori di presunta estinzione per le passività.

Nel caso, invece, di accordi di continuità l'attestatore dovrà verificare il rispetto delle norme e principi contabili dettati per la corretta misurazione periodica del risultato di gestione e la collegata quantificazione del capitale di funzionamento.

L'attestazione di veridicità dei dati contabili non ha lo scopo di certificare il bilancio di esercizio e conseguentemente la corretta rilevazione nelle scritture contabili di tutti gli accadimenti gestionali, ma la mera verifica della rispondenza della situazione patrimoniale ed economica all'effettiva consistenza del patrimonio aziendale.¹²⁰

Il controllo, ovviamente, soprattutto nelle realtà aziendali di maggiore dimensioni, non può riguardare ogni singolo dato contabile ma deve essere un controllo puntuale sulle poste di maggiore impatto sull'attuabilità dell'accordo e sulla sua capacità di consentire il regolare pagamento dei creditori terzi.

L'attestazione, nel caso in cui ci siano organi preposti per legge al controllo della contabilità del debitore (pensiamo alle società quotate o alle società di capitali di maggiori dimensioni), può basarsi sull'analisi del sistema di controllo interno e sulla adeguatezza del lavoro dei vari controllori, a condizione che sottoponga il lavoro di costoro a vaglio critico ai fini di un giudizio di condivisione da porre a fondamento della valutazione di attuabilità dell'accordo.¹²¹

¹²⁰ Così G. SAVIOLI, *L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziata delle crisi d'impresa, Il Fallimento*, 3, 2010, 272

¹²¹ Così G. LA CROCE, in Atti del Convegno ODGE in Milano del 11-12/4/2012; Trib. Bologna, sent. 17/11/2011

Ne consegue che la relazione del professionista è documento di valutazione critica sulla base del quale i creditori non aderenti potranno o meno fare affidamento sulla bontà del piano, decidendo di non opporsi all'omologazione.

Ne discende, in capo alla figura dell'attestatore, una notevole responsabilità, sia nei confronti del debitore, sia nei confronti di ogni singolo creditore, oltre che penale come prevista dal nuovo art. 236 bis, introdotto dalla riforma del 2012 (dei profili di responsabilità si tratterà nei capitoli successivi).

Una limitazione di responsabilità si potrebbe avere senz'altro nel caso del rispetto da parte del professionista di adeguati standards professionali.

L'osservanza dei medesimi rappresenterebbe una garanzia del rispetto dei principi e della metodica tecnica necessaria per giungere alla redazione di una relazione attestativa coerentemente logica.

La relazione di cui sopra, chiaramente, si differenzia sia per contenuto che per responsabilità eventuale del professionista, dalla dichiarazione di idoneità della proposta di accordo contemplata dal comma VI dell'art. 182 bis.

In quest'ultima, difatti, il contenuto sarà meno articolato, trattandosi per l'appunto di una mera dichiarazione e non di una relazione, vertente su una proposta di accordo che di per sé ha il carattere della non definitività e quindi della maggiore aleatorietà.

9. I poteri di controllo del Tribunale in sede di giudizio di omologazione degli accordi.

La legge si limita a disciplinare l'aspetto procedurale dell'omologazione, tralasciando ogni riferimento alla tipologia di controllo che il tribunale debba effettuare sugli

accordi depositati ex art. 182 *bis* al fine dell' emissione del decreto di omologazione, vale a dire controllo di sola legittimità o anche di merito.

L'art. 182 *bis*, difatti, al comma V stabilisce che i creditori ed ogni altro interessato possono proporre, entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'accordo presso il registro delle imprese, opposizione alla richiesta di omologazione avanzata dal debitore.

L'orientamento dottrinario e giurisprudenziale prevalente ritiene che non solo i creditori estranei ma anche quelli aderenti possano proporre opposizione, quando ad esempio da riscontri successivi all'adesione emergano incongruenze sull'attuabilità del piano.

Il tribunale, deciso sulle eventuali opposizioni, procede all'omologazione degli accordi, presumibilmente entro i 60 gg. del periodo di *automatic stay* decorrenti dal deposito degli stessi al registro delle imprese.

Il rito è quello camerale, caratterizzato dalla celerità e dalla deformalizzazione delle fasi procedurali.

Altresì, al comma VI, la legge disciplina il reclamo avverso il decreto di omologa del Tribunale, da proporsi innanzi alla Corte di Appello entro quindici giorni dalla sua pubblicazione al registro delle imprese.

Nulla, invece, è indicato dalla legge circa il tipo di controllo che l'autorità giudiziaria debba effettuare ai fini dell'emissione decreto di omologazione.

In una prima fase, sia la dottrina che la giurisprudenza erano concordi nel ritenere che il controllo fosse di legalità formale¹²², ovvero che il tribunale dovesse limitarsi al

¹²² Sui diversi concetti di controllo di legalità formale, di mera legittimità, di legittimità sostanziale e di merito, si veda Cass., 4 febbraio 2009, 2706; G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005, Il Fallimento*, 2005, 1451; C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, in *Il Fallimento*, 2007, 189 s.; E.

controllo del rispetto dei termini processuali da parte del ricorrente, della sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi, della completezza e regolarità formale della documentazione di cui all'art. 161 L.F.

In particolare, si è ritenuto che l'autorità giudiziaria dovesse preoccuparsi di controllare:

- che l'imprenditore ricorrente sia assoggettabile alle procedure concorsuali in quanto in possesso dei requisiti dimensionali di cui all'art. 1 L.F., o che si tratti di un imprenditore agricolo;
- che lo stesso si trovi in stato di crisi (secondo il concetto ampio innanzi descritto);
- che gli accordi siano stati conclusi almeno con la quota minima del sessanta per cento del monte-crediti di cui il debitore deve complessivamente rispondere;
- che alla domanda sia allegata la documentazione di cui al 161 L.F.(ossia un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, l'elenco dei diritti reali o personali sui beni del debitore, il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili, il piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta),
- che sia allegata, altresì, la relazione del professionista munito dei requisiti previsti dall'art. 67, comma 3, lett. d.) L.F., che attesti l'attuabilità

dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità a liberare risorse sufficienti ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Ciò in quanto, coerentemente con l'impostazione negoziale e privatistica data alla legge fallimentare riformata, qualsiasi controllo di merito sulle scelte adottate nel piano finanziario-economico che è alla base degli accordi raggiunti, è stato dal legislatore delegato al professionista nominato, il quale si assume con la relazione la responsabilità di ciò che attesta sull'attuabilità degli accordi e la loro idoneità a preservare il pagamento integrale dei creditori estranei.

Secondo questo primo orientamento dottrinario e giurisprudenziale, quindi, il controllo di merito sugli accordi e sul piano sottostante da parte dell'autorità giudiziaria avrebbe rappresentato una duplicazione del compito già chiaramente affidato dal legislatore al professionista, nominato dallo stesso debitore in virtù di quel processo di privatizzazione della procedura fallimentare più volte indicato¹²³.

Unanime sin dall'inizio, invece, è stato l'orientamento di dottrina e giurisprudenza nel ritenere che, nonostante il legislatore l'avesse previsto soltanto per il concordato preventivo all'art. 161 L.F., fosse necessaria l'attestazione da parte del professionista della veridicità dei dati aziendali di partenza.

Si è sostenuto che il professionista nella sua relazione possa articolare un percorso logico argomentativo serio e coerente a supporto dell'attuabilità dell'accordo e della sua idoneità a garantire il pagamento dei creditori estranei, fintanto che lo stesso abbia preliminarmente verificato l'autenticità dei dati contabili di partenza sottopostigli dal debitore.

¹²³ Tribunale di Milano, decreto 25/3/2010

Difatti, se non vi fosse la certezza dell'entità e della qualità del patrimonio aziendale del ricorrente, nelle sue diverse componenti del passivo, dell'attivo e del patrimonio netto, ne conseguirebbe la completa inaffidabilità del piano posto alla base degli accordi, quindi delle valutazioni inerenti l'attuabilità degli stessi e la loro idoneità a garantire il pagamento regolare dei creditori estranei.

La giurisprudenza recente ha sostenuto che il controllo di veridicità dei dati aziendali da parte del professionista incaricato possa avvenire anche in via mediata, attraverso un vaglio critico di dati ed analisi contabili effettuate da terzi. Si pensi, ad esempio, alle società quotate i cui dati e bilanci sono per legge sottoposti alla certificazione di società di revisione.¹²⁴

Il legislatore è intervenuto definitivamente con la recente L. 134/2012, che apportando modifiche all'art. 182 *bis* L.F., ha fugato ogni dubbio sulla necessità di attestazione della veridicità dei dati aziendali da parte del professionista.

Attualmente, l'orientamento dottrinario e giurisprudenziale prevalente si è attestato sulla necessità di un controllo di legalità sostanziale della documentazione esibita dal ricorrente e, nel caso di presenza di opposizioni agli accordi, di un controllo di merito sulle singole fattispecie oggetto di reclamo¹²⁵.

Il controllo di legalità sostanziale¹²⁶ consiste *in primis* in un controllo di legalità formale della documentazione esibita dal ricorrente, secondo quanto già indicato. Esso si estende, in secondo luogo, ad una valutazione della coerenza e completezza,

¹²⁴ Tribunale di Bologna, decreto 17/11/2011; Tribunale di Milano, decreto 10/11/2009.

¹²⁵ Tribunale di Roma, decreto 20/5/2010;

¹²⁶ Sul diverso concetto di controllo di mera legittimità da parte del Tribunale, avanzato da una parte minoritaria della dottrina, si veda in particolare G. FAUCEGLIA, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti, Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, parte I, 2005. Il controllo di mera legittimità consiste nel verificare se il contenuto degli accordi abbia violato disposizioni imperative ovvero se abbia leso l'interesse dei creditori estranei.

secondo parametri logico-giuridici, delle motivazioni poste a base dell'attestazione rilasciata dall'esperto.

Il Tribunale, in altri termini, in assenza di opposizioni non deve spingersi fino al controllo di opportunità e convenienza delle scelte economiche e gestionali adottate dal ricorrente e riportate nel piano, oggetto di analisi da parte del professionista negli accordi depositati, in quanto tale tipo di controllo è previsto per legge che sia assolto da quest'ultimo (oltre che dagli stessi creditori con lo strumento dell'opposizione), avendone i requisiti e le competenze specifiche, ma deve preoccuparsi che il piano e gli accordi non siano omologati sulla base di una relazione fondata su allusioni non coerenti con le premesse, insufficientemente argomentata o contraddittoriamente ed illogicamente motivata.

Assume, pertanto, una rilevanza fondamentale la relazione del professionista, il quale dovrà basare il suo giudizio sull'attuabilità degli accordi e sulla idoneità al pagamento regolare dei creditori estranei, sull'esame attento del programma di ristrutturazione predisposto dal debitore (o chi per lui) e sulla coerenza ed attendibilità delle congetture di mercato e gestionali che lo stesso contiene. Solo in presenza di queste condizioni il professionista potrà redigere una relazione di sintesi, che riassume e giustifica dal punto di vista logico-argomentativo le misure del piano e giunge alla conclusione dell'attuabilità ed idoneità degli accordi.

Diversamente, come detto, nel caso di opposizioni alla richiesta di omologazione degli accordi, la dottrina e giurisprudenza maggioritaria ritiene che il controllo del Tribunale si debba spingere anche nel merito delle scelte contenute negli accordi, seppur limitatamente alle fattispecie oggetto di opposizione.

In presenza di una o più opposizioni, si ritiene che il controllo del Tribunale non possa non estendersi agli aspetti specificatamente evidenziati negli atti di opposizione, che potranno riguardare non soltanto l'astratta idoneità degli accordi raggiunti a liberare risorse sufficienti al pagamento integrale dei creditori estranei, ma scelte specifiche prospettate nel piano e negli accordi.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui il debitore abbia previsto per il reperimento di fondi sufficienti al pagamento dei creditori estranei, la vendita di un immobile ad un prezzo conveniente ed in tempi ottimistici non condivisi dall'opponente.

In tal caso il Tribunale non si dovrà limitare a recepire la relazione dell'esperto, seppur la stessa attesti l'attuabilità ed idoneità degli accordi sulla base di un percorso logico-argomentativo coerente, (controllo di legittimità sostanziale), ma dovrà approfondire l'attendibilità – veridicità della misura del piano oggetto di opposizione, verificando se effettivamente l'eventuale acquirente prospettato sia disponibile all'acquisto dell'immobile alle condizioni indicate negli accordi, se lo stesso sia solvibile ecc.

Alla suddetta impostazione, controllo di legittimità sostanziale in assenza di opposizioni e controllo di merito nel caso di opposizioni, non è concorde la dottrina minoritaria¹²⁷, la quale ritiene che il Tribunale, indipendentemente dalle opposizioni, debba comunque esercitare un controllo di merito sulla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 182 *bis* L.F. ed, in particolare, sull'attuabilità dell'accordo, non dovendosi limitare al recepimento della relazione positiva del professionista incaricato.

¹²⁷ G.B. NARDECCHIA, in *Atti del convegno "Gli accordi di ristrutturazione del debito"*, ODGE Milano 12/4/2012

La stessa dottrina non ritiene coerente l'impostazione data dall'orientamento prevalente, secondo cui il tipo di controllo che il Tribunale debba effettuare sugli accordi da omologare possa essere diverso a seconda se vi siano o meno opposizioni.

L'art. 182 *bis* L.F., non conterrebbe alcuna limitazione al sindacato del giudice, con la conseguenza che, dovendo esaminare ai fini dell'omologa la sussistenza dei presupposti indicati dalla stessa norma ed essendo ricompreso tra i suoi presupposti il deposito di una relazione che attesti l'attuabilità dell'accordo, pare naturale ritenere che il tribunale possa e debba esaminare nel merito l'attuabilità dell'accordo.

La questione è posta all'esame della Corte di Cassazione, che con la recente sentenza a S.U. n. 1512 del 23/1/2013 ha confermato il controllo di legittimità sostanziale ad opera del giudice, parlando in proposito di controllo della fattibilità giuridica del piano, in contrapposizione al controllo di fattibilità economica demandato agli stessi creditori.

II Capitolo

Analisi della struttura dell'Accordo di ristrutturazione. Gli effetti dell'Accordo di ristrutturazione nei confronti dei creditori aderenti e dei creditori estranei.

1. La struttura degli accordi di ristrutturazione. La causa. L'oggetto. La forma.

Si è già detto che gli accordi di ristrutturazione dei debiti disciplinati dall'art. 182 *bis* L.F. prendono origine da contratti, tipici o atipici, conclusi tra il debitore ed i propri

creditori secondo i principi generali del diritto privato (*in primis* autonomia negoziale, legalità e meritevolezza) che, sottoposti al vaglio del tribunale, se omologati acquisiscono qualità ed effetti ulteriori rispetto a quelli che il diritto dei contratti ricollega all'incontro tra valide manifestazioni di volontà (esenzione da revocatoria, esenzione da reati di bancarotta ecc.).

Gli accordi conclusi tra il debitore ed i creditori possono essere di contenuto più vario, anche se accomunati dal fine ultimo del superamento della crisi del debito¹²⁸.

Significativo, al riguardo, è la circostanza che il legislatore mentre nel titolo dell'articolo 182 *bis* utilizza il termine "accordi" di ristrutturazione, nel corpo del medesimo utilizza la terminologia al singolare (accordo di ristrutturazione), così da dare valenza alla necessaria unitarietà degli accordi, almeno nella fase omologatoria.

Una classificazione dei singoli accordi, a titolo esemplificativo, con distinzione tra le concessioni che i creditori sono disposti a rilasciare e gli impegni che il debitore può assumere, può raffigurarsi come segue:

Dal lato del creditore

- Dilazioni di pagamento ed interventi sulla modulazione degli interessi
- Riduzione dei crediti; postergazione di crediti; remissione di debiti
- *pactum de non petendo*, da intendersi come impegno temporaneo del creditore a non iniziare azioni esecutive e a non presentare istanza di fallimento
- erogazione di nuova finanza
- assunzione di partecipazioni nella società del debitore o in *newco*, con conversione di crediti in capitale di rischio

¹²⁸ Alcuni autori hanno sottolineato come il legislatore abbia preso come riferimento la ristrutturazione del debito e non il più ampio concetto di ristrutturazione dell'impresa, così da giustificare anche accordi con finalità liquidatorie. In tal senso M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Principi e regole*, Milano, 2011

- l'assunzione di obbligazioni o di titoli di debito

Dal lato del debitore

- rilascio di nuove garanzie
- cessione di beni ai creditori
- impegno al compimento di operazioni straordinarie sul capitale sociale
- impegno al mutamento della compagine amministrativa e/o del management
- dismissione di beni e partecipazioni non strategiche per la continuazione dell'attività
- immissione di nuova finanza di provenienza personale

Si vedrà in seguito come questi contratti, proprio perché disciplinati dalle regole civilistiche, hanno efficacia tra le parti indipendentemente dalla successiva omologazione da parte del Tribunale.

Quanto alla formazione dei contratti e/o del contratto, si contrappongono in dottrina e giurisprudenza fondamentalmente due orientamenti: quello secondo cui il consenso tra il debitore ed i creditori aderenti avvenga collettivamente (tesi del contratto plurilaterale o bilaterale plurisoggettivo con comunione di scopo) e quello secondo cui il debitore raccoglie il consenso individualmente con ciascun creditore, senza che necessariamente questi sia al corrente di far parte di un più ampio accordo quadro da sottoporre alla omologazione degli organi giudiziari (tesi di fascio di contratti bilaterali)¹²⁹

Secondo la prima tesi affinché l'accordo di ristrutturazione giunga a conclusione è necessario che vi sia l'incontro della volontà di ciascun soggetto con quella di tutti gli altri.

¹²⁹ Si veda in proposito E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa, Banca, Borsa, Titoli di credito*, vol. 63, 3, 2010, 295-324; M. FABIANI, *Estratto da Diritto fallimentare. Principi e regole*, Milano, 2010; CIAN-TRABUCCHI, *Commentario alla legge fallimentare*, Padova, 2009; L. ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria, Il Fallimento*, 9, 2009, 1029; Trib. Milano, decreto 13/7/09

L'accordo viene considerato in modo unitario ed è considerato con comunione di scopo, con struttura plurilaterale o bilaterale plurisoggettivo, a seconda se i creditori aderenti siano considerati come tante parti del rapporto oppure, come sostengono alcuni¹³⁰, siano da considerarsi come un'unica classe.

Questa classificazione unitaria del contratto influisce non solo sul momento in cui il contratto s'intende concluso ma anche sul fatto che in questo caso il trattamento riservato ad ogni creditore debba essere non solo conosciuto ma anche approvato da tutti gli altri, con la sottoscrizione di un documento che è in origine unico.

In tal caso la causa del contratto plurilaterale è da ritenersi unica ed è individuabile nel superamento della crisi del debito¹³¹.

Come si vedrà nel capitolo III, inoltre, il diverso inquadramento dell'accordo di ristrutturazione incide sugli effetti in caso di inadempimento da parte del debitore, successivo all'omologa. In tal caso, difatti, si applicherà la specifica disciplina prevista dalle norme codicistiche (artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.)

La tesi dell'insieme degli accordi bilaterali, presi singolarmente tra debitore e creditore, e portati ad unitarietà, tenuto conto che un unico documento riepilogativo e sistematico sia preferibile ai fini del deposito in tribunale, è quella condivisa dallo scrivente.

Secondo questa impostazione, che rispecchia spesso la prassi operativa, l'imprenditore si accorda separatamente con ogni singolo creditore, prospettando un trattamento personalizzato e non rilevando il trattamento riservato agli altri creditori, in alcuni casi

¹³⁰ E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa, Banca, Borsa, Titolo di credito*, op. cit., 295; CIAN-TRABUCCHI, *Commentario alla legge fallimentare*, op. cit.

¹³¹ CIAN-TRABUCCHI, *Commentario alla legge fallimentare*, op. cit., 1066

senza rilevare neanche l'intento di sottoporre gli accordi raggiunti al vaglio del tribunale¹³².

In tal caso risulta più evidente che accanto ad una causa che possiamo definire di primo livello, che è quella insita nei singoli contratti, troviamo una causa di secondo livello, che come già indicato consiste nel superamento della crisi o nell'eliminazione dell'insolvenza¹³³, che accomuna dal punto di vista giuridico i singoli contratti conducendoli ad unitarietà.

Aspetto di estrema importanza se si considera, come si chiarirà in seguito, che ai fini di eventuali controlli di meritevolezza dell'accordo assumerà rilevanza la causa implicita di secondo livello e che, nel caso di mancata omologazione dell'accordo, riacquisteranno rilevanza i singoli accordi conclusi, con le loro cause, tipiche o atipiche, e loro discipline codicistiche specifiche.

Alcuni autori¹³⁴ parlano in proposito di architettura contrattuale multilivello, dove al primo livello si pone l'accordo di ristrutturazione unitariamente inteso, che assume il

¹³² In proposito E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa, Banca, Borsa, Titolo di credito*, vol. 63, 3, 2010, 295; M. FABIANI, *Estratto da Diritto fallimentare. Principi e regole*, Milano, 2010; M. FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Relazione ad incontro Consiglio Superiore della Magistratura anno 2006*; E. GABRIELLI, *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica, Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, 10-12, 2009. In realtà fattispecie difficile da verificarsi e non condivisibile poiché nel testo della norma il legislatore, riferendosi all'accordo singolarmente inteso, ha posto l'accento sull'unitarietà dello stesso nella fase del deposito in tribunale, ciò sia che provenga da un contratto plurilaterale quindi unitario *ab origine*, sia che provenga da un insieme di singoli accordi conclusi. In quest'ultimo caso l'unitarietà dell'accordo deriverebbe dalla consapevolezza da parte di ciascun creditore che l'accordo personale preso con il debitore farà parte di uno schema di ristrutturazione del debito più ampio che sarà sottoposto alla omologazione del tribunale.

Diversamente, pur non ritenendo che possa parlarsi di accordo di ristrutturazione del debito con i creditori così come inteso dal legislatore, gli stessi accordi potranno essere comunque assoggettati a controllo da parte del tribunale ed eventualmente essere omologati. Si veda E. CAPOBIANCO, *op. ult. cit.*; M. FABIANI, *op. ult. cit.*

¹³³ Si veda CIAN-TRABUCCHI, *op.ult. cit.*, 1068; M. FABIANI, *op. ult. cit.*

¹³⁴ L. ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria, Il Fallimento*, 9, 2009, 1029

ruolo di contratto – quadro¹³⁵, ed al secondo livello sono i singoli contratti che svolgono una funzione attuativa dell'accordo di ristrutturazione.

Sarà il contratto-quadro ad essere oggetto di valutazione dapprima da parte del professionista incaricato e poi dal tribunale di competenza.

Altri autori hanno preso a riferimento la disciplina dei contratti collegati, vale a dire dei singoli contratti a monte, dal contenuto come visto disomogeneo, collegati tra loro da una finalità comune, che assurge a causa comune.

In sostanza il collegamento negoziale riconduce una pluralità strutturale di contratti ad unità programmatica e funzionale in ragione di un complessivo ed unitario assetto di interessi. A tal fine non è rilevante la contestualità documentale ma la correlazione funzionale, che come visto può essere data in alcune fattispecie anche da una sola delle parti (debitore)¹³⁶.

In realtà nella prassi gli accordi assumono a volte la forma di contratti bilaterali, portati ad unitarietà dal debitore e/o dai creditori con la presentazione di unico documento riepilogativo, a volte la forma del contratto plurilaterale, in altri casi entrambe le forme¹³⁷. Ciò che si ritiene sia fondamentale è che nella fase di deposito

¹³⁵ Contratto quadro che è quello depositato al registro delle imprese ed in tribunale per la richiesta di omologa, unitamente all'altra documentazione richiesta.

¹³⁶ “affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia il requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia il requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posto in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipico e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale”. Così Cass, 17 dicembre 2004, n. 23470.

¹³⁷ Si parla in proposito di un istituto a c.d. “geometria variabile”. Si veda S. AMBROSINI, *Art. 182 bis – Accordi di ristrutturazione dei debiti, Il nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2007

dell'accordo in Tribunale ed al registro delle imprese emerga una causa unitaria e che questa sia individuabile, come detto, nella ristrutturazione del debito dell'impresa¹³⁸.

Che l'accordo di ristrutturazione necessiti della forma scritta risulta palese dalla circostanza che lo stesso è oggetto di deposito presso il registro delle imprese e presso il tribunale ai fini dell'omologazione e che si necessita la verifica del calcolo del *quorum* di adesione richiesto del sessanta per cento dei crediti.

Controversa, invece, è la questione se i singoli accordi o l'accordo di ristrutturazione oggetto di deposito debba riportare la sottoscrizione autenticata delle parti coinvolte.

Secondo un indirizzo giurisprudenziale prevalente, sia i singoli accordi che l'eventuale accordo quadro debbano essere sottoscritti con firma autenticata, in conformità al precetto di cui all'art. 1325 c.c.¹³⁹

Alcuni autori hanno evidenziato come quest'orientamento rallenti la procedura già di per sé poco spedita se si pensa che spesso i creditori aderenti si trovano in luoghi diversi e distanti gli uni dagli altri.

1. La meritevolezza della "causa di ristrutturazione".

Come detto gli accordi di ristrutturazione del debito stipulati tra debitore ed i propri creditori, sia che assumano la forma di contratti bilaterali collegati da una finalità comune sia che assumano la forma del contratto plurilaterale, hanno come causa

¹³⁸ E. GABRIELLI, *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, fasc. 10-12, 2009

¹³⁹ V. Trib. Bari, 21.11.2005, *Fallimento*, 2,2006, 169; Trib. Udine, 22.6.2007, *Il Fallimento*, 2008, 701; Trib. Milano, 25.3.2010, in www.ilcaso.it; PAIARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, 2008; M. GALARDO, *Accordi di ristrutturazione: valutazione del tribunale e inadempimento dell'accordo di ristrutturazione omologato*, *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2,2011

rilevante (a seconda dei casi di I o II livello) la ristrutturazione del debito dell'impresa.¹⁴⁰

L'art. 1325 c.c., come noto, individua tra i requisiti essenziali del contratto, la cui assenza o vizio determina la nullità dello stesso, la causa.

E' noto, altresì, che la disciplina codicistica non enuncia una nozione di causa, ma ne disciplina la sua illiceità, che al pari della sua assenza determina la nullità del contratto.

Gli artt. 1343 e 1344 c.c. stabiliscono che la causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, oppure quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa (contratto in frode alla legge).

Inoltre, il principio dell'autonomia contrattuale disposto dall'art. 1322 c.c., introduce notoriamente altresì un controllo di meritevolezza della causa ai fini della validità del contratto atipico stipulato tra le parti, inteso come verifica di coerenza dell'atto con i valori costituzionali e comunitari¹⁴¹.

Secondo l'impostazione dottrina e giurisprudenziale prevalente, la causa rappresenta lo scopo pratico perseguito dal contratto¹⁴². Essa rappresenta la ragione giustificativa dell'accordo negoziale, per cui nel procedimento valutativo della sua liceità e/o meritevolezza occorre considerare oltre agli elementi del contratto, sia

¹⁴⁰ Alcune dottrine ipotizza che negli accordi di ristrutturazione conclusi tra debitore e creditori possa delinarsi una causa differente dalla ristrutturazione del debito e consistente nell'ottenimento degli effetti protettivi contemplati dalla disciplina fallimentare conseguente all'omologazione degli stessi. In tal caso, a parte i dubbi di meritevolezza che si ritiene simili accordi possano porre, tale dottrina collega agli stessi la nullità e l'inefficacia retroattiva dei medesimi in caso di mancata omologazione in quanto verrebbe meno la causa sottostante. In tal senso E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa, Banca, Borsa, Titolo di credito*, vol. 63, 3, 2010, 295

¹⁴¹ Sulla valenza del giudizio di meritevolezza quale strumento di ricognizione del valore giuridico del fatto accertato in forza della valutazione della sua conformità ai principi fondamentali del sistema ordinamentale, si v. P. PERLINGIERI, *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, 1989, 32 ss.

¹⁴² Per un approfondimento si veda P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007, 445 ss.; F. BOCCHINI-E.QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2011, 734 ss.

quelli essenziali che quelli accidentali, anche le circostanze che sorreggono la volontà comune a contrarre delle parti (nel caso specifico le condizioni economiche-finanziarie del debitore, la situazione del mercato in cui opera e le sue prospettive, la struttura quantitativa e qualitativa della propria situazione debitoria, la storia dell'impresa e dell'imprenditore, soprattutto dal punto di vista della sua moralità e correttezza professionale, ecc.)¹⁴³.

In proposito assumono una particolare rilevanza le norme codicistiche che disciplinano il processo di interpretazione del contratto, volte all'individuazione della comune intenzione delle parti.

Ci si interroga, a questo punto, se nella prassi alcuni degli accordi di ristrutturazione posti in essere tra il debitore ed i creditori possano evidenziare in realtà una causa difforme da quella tipica, come detto consistente nella rimozione della crisi del debito¹⁴⁴, spesso illecita o immeritevole in quanto volta a finalità concrete elusive di norme imperative o non tutelate dall'ordinamento, come nel caso di accordi di fatto finalizzati a favorire alcuni creditori nel pagamento dei debiti o alla sottrazione da parte del debitore di attività alla garanzia patrimoniale, relegando a funzione di secondo ordine la ristrutturazione del debito (dott. 16, 26.)¹⁴⁵

¹⁴³ F. DI MARZIO, *Contratto e crisi d'impresa, Atti del convegno dell'ODCEC di Latina del 9/2/2006*; e. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa, Banca, Borsa, Titolo di credito*, 63, 3, 2010, 295; G. FAUCEGLIA, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti, Diritto fallimentare e delle società commerciali*, parte I, 2005; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore, Diritto fallimentare e delle società commerciali*, parte I, 2005; E. GABRIELLI, *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica, Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, fasc. 10-12, 2009; M. GALARDO, *Accordi di ristrutturazione: valutazione del tribunale e inadempimento dell'accordo di ristrutturazione omologato, Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2, 2011

¹⁴⁴ In proposito alcuna dottrina ha sostenuto che la causa degli accordi di ristrutturazione dei debiti sia da individuarsi non solo nella ristrutturazione della crisi d'impresa ma che la stessa sia "ragionevolmente perseguibile", ritenendo pertanto immeritevole l'accordo che pur avendo quale finalità il superamento della crisi si basi su un piano difficilmente realizzabile. così F. DI MARZIO, op. cit., p. 148

¹⁴⁵ In realtà quando la finalità elusiva è comune ad entrambe le parti, si potrebbe rientrare anche nell'ipotesi del contratto illecito per illiceità dei motivi comuni, disciplinata dall'art. 1345 c.c.

In concreto ciò può accadere quando, ad esempio, il debitore ed i creditori aderenti stipulano accordi preordinati alla sola finalità di consentire a questi ultimi l'ottenimento di garanzie patrimoniali e/o effettuare pagamenti in percentuali elevate, salvo poi rendersi il primo inadempiente nel corso dell'esecuzione dell'accordo omologato nei confronti dei non aderenti, cosicchè l'eventuale dichiarazione di fallimento a seguito di ricorsi presentati da costoro, non potrà incidere sulle medesime garanzie patrimoniali e pagamenti ottenuti dagli aderenti, ciò per effetto delle esenzioni da revocatoria previste dall'art. 67 III comma lett. d)¹⁴⁶.

Ancora, l'accordo stipulato con alcuni creditori potrebbe essere preordinato alla conversione di crediti chirografari o privilegiati di rango inferiore in crediti privilegiati di grado superiore o prededucibili.

E' il caso dei creditori tradizionalmente con maggiore potere contrattuale come le banche o altri intermediari finanziari che, alla luce anche della recente riforma attuata con la L. 134/2012 (di conversione del D.L. 83/2012), potrebbero concedere nuova finanza in funzione o in esecuzione degli accordi (ai sensi dell'art. 182-*quater*) oppure in funzione della migliore soddisfazione dei creditori (ai sensi dell'art. 182-*quinquies*), da destinare secondo le direttive del piano omologato, prioritariamente al soddisfacimento di proprie posizioni creditorie vecchie, così da convertire gradualmente crediti chirografari o privilegiati in crediti prededucibili nell'ambito di un'eventuale successiva procedura fallimentare a carico del debitore¹⁴⁷.

Tenuto conto che l'art. 69 *bis* II comma, che disciplina la continuità delle procedure ai fini del computo dei termini del periodo sospetto per esperire le azioni revocatorie e di

¹⁴⁶ Ciò a maggior ragione se, come di vedrà al capitolo successivo, il legislatore si è rivelato lacunoso nella disciplina dell'esecuzione dell'accordo.

¹⁴⁷ G. LA CROCE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Giurisprudenza italiana*, 11, 2010

inefficacia, si applica al concordato e non agli accordi di ristrutturazione del debito, il debitore ed i creditori potrebbero accordarsi secondo la disciplina di cui all'art. 182 *bis* esclusivamente con la finalità di far decorrere il termine ultimo per la revocabilità di atti precedenti compiuti dal debitore nell'ambito di un suo successivo fallimento.

In tal caso si contravverrebbe anche al precetto legislativo che prevede l'autodichiarazione immediata del debitore in caso di insolvenza per evitare l'aggravamento del dissesto.

In tutti questi casi si ritiene che si possa individuare una causa illecita, perché l'accordo concluso è volto concretamente all'elusione del principio imperativo dettato dall'art. 2741 c.c., secondo cui i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione (contratto in frode alla legge), oppure una causa immeritevole in quanto l'accordo sarebbe preordinato alla realizzazione di finalità concrete non tutelabili dall'ordinamento.¹⁴⁸

A tal punto, premesso che sovente nella prassi gli accordi di ristrutturazione stipulati tra il debitore ed i propri creditori sono sottoposti, esplicitamente o implicitamente, alla condizione sospensiva¹⁴⁹ che gli stessi siano omologati dal tribunale, ci si interroga in questa sede se in tali casi l'elemento accidentale non possa rappresentare un indizio dell'esistenza di una causa illecita o immeritevole nel senso suindicato.

¹⁴⁸ Significativo al riguardo quanto sostenuto da E. Gabrielli, il quale ritenendo che il legislatore si stia sempre più spesso orientando verso una disciplina per "attività" e per "operazioni economiche" anziché per singoli contratti, nel caso degli accordi di ristrutturazione abbia tipizzato un tipo di operazione economica, che si attua con il ricorso a diverse tipologie contrattuali (remissioni del debito, patti di dilazione, ecc.), consistente nel salvataggio di un'impresa in crisi e che come tale sia da ritenersi meritevole di tutela. Si veda E. GABRIELLI, *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, fasc. 10-12, 2009

¹⁴⁹ M. FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Relazione ad incontro Consiglio Superiore della Magistratura anno 2006

In altre parole ci si chiede se la presenza di una condizione sospensiva negli accordi stipulati tra debitore e creditori, questi ultimi collettivamente o singolarmente considerati, che lega dal punto civilistico l'efficacia degli stessi all'omologazione da parte del Tribunale, possa in realtà rappresentare il campanello d'allarme dell'assenza di una concreta finalità ristrutturativa del debito da parte del debitore e soprattutto dei creditori aderenti. Finalità di ristrutturazione del debito che, alla luce della più volte citata natura strettamente privatistica degli accordi, dovrebbe prescindere dall'esito positivo del procedimento omologatorio da parte dell'autorità giudiziaria.

Ciò alla luce anche delle recente modifica legislativa apportata dalla L. 134 del 2012 che, con l'introduzione del nuovo articolo 182 *quinquies*, il quale prevede la possibilità per il debitore di contrarre finanziamenti che godano della prededuzione e di effettuare pagamenti di forniture esonerati dall'azione revocatoria anche durante la fase successiva al deposito dell'accordo ma precedente alla sua eventuale omologazione, facilita i processi di ristrutturazione del debito in continuità aziendale e quindi la conclusione di accordi indipendentemente dalla loro omologazione.

Seguendo questa impostazione, pertanto, si ritiene che nel caso di accordi sospensivamente condizionati all'omologazione il Tribunale dovrebbe dedicare particolare attenzione all'analisi della causa concreta degli accordi, esaminando le modalità di esecuzione del piano finanziario depositato, prestando accortezza a che lo stesso non celi forme di abuso di alcuni creditori a scapito di altri.

In tale ipotesi il controllo del tribunale dovrebbe estendersi anche a profili di merito oltre che di legittimità e di legalità, seppur strumentali all'individuazione di cause immeritevoli di tutela¹⁵⁰?

D'altro canto l'esame delle principali legislazioni straniere¹⁵¹, evidenzia l'assenza di spazi alla stipula di accordi condizionati, come nel caso della procedura del *Prepackaged plan* negli Stati Uniti nell'ambito del *Chapter 11* del *Bankruptcy code*, dove si ritiene inverosimile che nella raccolta preventiva e formale dei consensi dei creditori sul piano di riorganizzazione, da sottoporre successivamente al vaglio del tribunale, questi possano essere non pieni ma condizionati ad un evento futuro ed incerto.

Parimenti, nella procedura di *Conciliation* francese o nelle procedure inglesi di *Company voluntary arrangement (CVA)* ed *Individual voluntary arrangement (IVA)* si ritiene impensabile che gli accordi conclusi tra il debitore ed i creditori rispettivamente con l'ausilio del *conciliator* o del *Insolvency practitioner* nominati dal tribunale possano essere condizionati.

In questa direzione si pone anche il nuovo "procedimento per la composizione delle crisi da sovraindebitamento" del debitore civile, introdotta dalla L. 27 gennaio 2012 n. 3, recentemente modificata dal D.L. 18 ottobre n. 179, dove per l'appunto si prevede che i creditori del debitore non consumatore che abbia depositato una proposta di accordo in tribunale ai sensi dell'art. 9, debbano far pervenire agli organismi di composizione della crisi designati il loro consenso alla proposta, da intendersi senz'altro piena ed incondizionata.

¹⁵⁰ G. FAUCEGLIA, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti, Diritto fallimentare e delle società commerciali*, parte I, 2005, 847

¹⁵¹ si rinvia al paragrafo 1.1 per una breve disamina delle legislazioni straniere

Può accadere, tuttavia, nella prassi che le condizioni apposte dai contraenti non siano evidenziate negli accordi depositati, restando artatamente nella disponibilità esclusiva delle parti, rendendo così per il tribunale più arduo il compito di individuazione di eventuali difetti della causa dell'accordo di ristrutturazione da assoggettare ad omologazione.

Si ritiene che questa circostanza se da un lato possa sterilizzare nella fase di omologazione il processo di controllo della causa, dall'altro rinvia il medesimo alle fasi successive, segnatamente alla fase dell'esecuzione dell'accordo ed a quella eventuale del fallimento del debitore.

Ci si chiede, in altre parole, se il creditore aderente in buona fede, ma anche quello non aderente dal momento che la disciplina civilistica prevede che la nullità possa essere avanzata da chiunque vi abbia interesse, che rileva l'inadempimento del debitore durante la fase esecutiva dell'accordo, potrà far valere la nullità dell'accordo per illecità o immeritevolezza della causa e quindi invalidare con efficacia *ex tunc* tutti gli effetti collegati alla conclusione ed alla omologazione dell'accordo.

Analoga questione ci si pone se sia il curatore del fallimento del debitore ad evidenziare le cause di nullità dell'accordo, al fine di far decadere gli effetti protettivi legati alla sua omologazione.

Infine, la immeritevolezza di cui si discute potrebbe emergere anche durante il giudizio eventuale di opposizione all'omologazione, proposto da un creditore o da chiunque vi abbia interesse per rilevare circostanze e modalità di attuazione del piano che possano rappresentare usi distorti e strumentali dell'accordo proposto, non meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento.

3. L'efficacia negoziale dei singoli accordi che compongono l'Accordo di ristrutturazione

Come già evidenziato gli accordi di ristrutturazione hanno natura privatistica e pertanto sono assoggettati alle regole ordinarie del diritto civile. Ed è quindi a tali regole che occorre rimettersi per l'individuazione della disciplina applicabile ai contratti conclusi tra debitore e creditori, con riferimento al profilo della loro efficacia.

Come noto il principio generale civilistico che regola l'efficacia dei contratti è quello consensualistico, in base al quale l'accordo acquista efficacia ed ha forza di legge tra le parti al momento del perfezionamento del consenso.

Rappresentano un'eccezione i contratti reali che si perfezionano ed acquistano efficacia con la consegna della cosa.

Pertanto, anche gli accordi conclusi tra debitore e creditori, che come visto possono avere il contenuto più vario e rifarsi o non a schemi tipici, sono sottoposti in linea generale ai principi suindicati.

Così, ad esempio, nel caso di un contratto concluso tra il debitore ed un suo creditore che abbia per oggetto la remissione di parte del credito o la novazione del credito originario, lo stesso avrà efficacia tra le parti al momento del perfezionamento del consenso, ciò indipendentemente dall'eventuale successiva omologa dell'insieme degli accordi conclusi con il sessanta per cento dei crediti per finalità di ristrutturazione del debito.

Nel caso che gli accordi assumano la forma del contratto plurilaterale con comunione di scopo o quella di contratto bilaterale plurisoggettivo, vige sempre la regola generale del perfezionamento del consenso di cui all'art. 1326 c.c., secondo cui tutte le parti

debbano concordare sul medesimo contenuto dell'accordo affinché lo stesso si intenda raggiunto.

Come si vedrà in seguito, l'esame del momento perfezionativo del contratto e dell'efficacia negoziale dello stesso assume un'importanza rilevante nell'ipotesi di accordi (o accordo nel caso di contratto plurilaterale) conclusi e non omologati da parte del tribunale adito.

Come già indicato in precedenza, le parti possono decidere di regolamentare l'efficacia del contratto concluso con l'apposizione di condizioni, sospensive o risolutive.

Nella prassi sovente gli accordi conclusi tra debitore e creditori vengono sottoposti alla condizione sospensiva che gli stessi siano omologati dal tribunale.¹⁵²

Più raramente gli accordi sono risolutivamente condizionati alla mancata omologazione o alla dichiarazione di fallimento¹⁵³.

Nelle suddette ipotesi, chiaramente, l'efficacia negoziale di cui si discute sarà sospesa fino al verificarsi dell'evento "omologazione", determinando, si ritiene, situazioni di incongruenza dovute da un lato, come si vedrà in seguito, all'efficacia legale dell'*automatic stay*, che avrà effetti immediati dalla pubblicazione al registro delle imprese dell'accordo, incidendo da subito sui diritti acquisti dei creditori, dall'altro alla nuova disposizione prevista dal V comma dell'art. 182 *quinquies*¹⁵⁴, che prevede la possibilità per il debitore di richiedere l'autorizzazione al pagamento di crediti anteriori e posteriori alla presentazione della domanda di omologazione, non

¹⁵² C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012

Sui dubbi circa l'apponibilità di una condizione sospensiva all'omologazione si veda M. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia, Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2, 2008, 268

¹⁵³ Ipotesi questa che, come si approfondirà in seguito, non può ritenersi valida in quanto rientrante nella disciplina prevista dall'art. 72 L.F.

¹⁵⁴ Introdotta dall'art. 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012 n. 134. Norma in vigore dal 11/9/2012

assoggettabili a revocatoria ai sensi dell'art. 67 comma III lett. e), indipendentemente dalla successiva omologazione dell'accordo.

In altre parole, il debitore ed i creditori aderenti, nel caso di accordi sospensivamente condizionati, godranno immediatamente di importanti effetti previsti dalla disciplina fallimentare a fronte di accordi volutamente dalle parti non immediatamente efficaci, ma in “*stand by*” in attesa dell'omologazione del tribunale.

3.1. Efficacia dell'accordo in caso di rigetto dell'omologazione da parte del Tribunale

Naturale corollario di quanto indicato al paragrafo precedente è la circostanza che nel caso di mancata omologazione da parte del tribunale dell'accordo di ristrutturazione depositato, resteranno efficaci gli accordi (o l'accordo nel caso di lo stesso abbia assunto la forma del contratto plurilaterale) conclusi tra le parti.

Così nel caso di accordi conclusi bilateralmente il debitore ed i creditori saranno assoggettati alla disciplina generale codicistica relativa all'efficacia ed ai rimedi esperibili in caso di inadempimento delle obbligazioni assunte, così come nel caso di accordi conclusi tra più parti, la disciplina di cui sopra sarà integrata da quella specifica prevista per i contratti plurilaterali.¹⁵⁵

Accanto alla disciplina generale contrattuale, tuttavia, sarà applicabile, altresì, la disciplina del tipo contrattuale che l'accordo configura e di conseguenza la relativa disciplina di tutela.

¹⁵⁵ Prevista dagli artt. 1420-1446-1459-1466 c.c. Così in caso di inadempimento del debitore riguardo ad una delle prestazioni pattuite in contratto, lo stesso non potrà essere motivo di risoluzione dell'intero contratto se la prestazione mancata non presenti le caratteristiche dell'essenzialità (1459 c.c.). Parimenti, la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale (1420 c.c.)

In tale senso, qualora il singolo accordo e/o l'accordo plurilaterale assuma la configurazione del contratto di transazione di cui all'art. 1965 c.c., con il quale come noto le parti si fanno reciproche concessioni per dirimere una lite già cominciata o prevenirne una, troverà applicazione la relativa disciplina codicistica. Così sarebbe applicabile sia la norma di cui all'art. 1970 c.c. per cui non è impugnabile la transazione per causa di lesione, sia l'art. 1976 c.c., secondo il quale se trattasi di transazione novativa, la risolubilità per inadempimento è esclusa.¹⁵⁶

Come già visto l'efficacia degli accordi, tuttavia, può essere condizionata sospensivamente o risolutivamente al verificarsi di eventi dedotti nel contratto e, come si vedrà, la condizione risolutiva legata alla successiva dichiarazione di fallimento non può ritenersi ammissibile.

Tesi condivisa dalla dottrina maggioritaria, nonostante una parte minoritaria abbia tentato di ancorare l'efficacia negoziale degli accordi al deposito del decreto di omologazione da parte del tribunale, sostenendo che lo stesso determinerebbe il momento di chiusura del procedimento in quanto, pur essendo un elemento esterno ed estraneo alla genesi ed alla conclusione dell'accordo, costituirebbe un elemento integrativo della fattispecie¹⁵⁷.

A ben vedere, la tesi dell'efficacia dei contratti indipendentemente dall'omologazione del tribunale è strettamente legata alla causa "di ristrutturazione del debito" degli accordi illustrata in precedenza.

¹⁵⁶ R. MARINO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e responsabilità del professionista attestatore*, *La responsabilità civile*, 7, 2012, 490

¹⁵⁷ E. GABRIELLI, *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, fasc. 10-12, 2009, 1090

Ciò nel senso che soltanto accordi stipulati tra debitore e creditori che abbiano una causa identificabile come sopra potranno essere indifferenti all'evento della mancata omologazione degli stessi da parte del tribunale.

Diversamente, qualora l'intento delle parti sia individuabile in un fine diverso dal superamento della crisi d'impresa, precisamente nell'omologazione dell'accordo e del conseguente ottenimento degli effetti di favore ad essa riconducibili, allora la mancata omologazione degli accordi determinerà la loro nullità per impossibilità sopravvenuta della causa¹⁵⁸.

Ma, come già illustrato, accordi che evidenziano una causa simile pongono questioni di meritevolezza ed ammissibilità degli stessi.

3.2 Invalidità della clausola risolutiva per il sopravvenuto fallimento ex art. 72 L.F.

Come noto l'art. 72 L.F. VI comma prevede l'inefficacia delle clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento.

Pertanto, eventuali accordi stipulati tra il debitore ed i creditori che contemplino quale condizione risolutiva la dichiarazione di fallimento, conserveranno la loro efficacia al verificarsi della condizione medesima.

La *ratio* del legislatore evidentemente è quella di salvaguardare il rapporto contrattuale instaurato, consentendo al curatore di valutare l'opportunità di continuare nell'esecuzione del rapporto, evitando meccanismi automatici di protezione contrattuale a favore del terzo contraente.

¹⁵⁸ In tal senso E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa, Banca, Borsa, Titolo di credito*, vol. 63, 3, 2010, 321-328

In altri termini, se una delle ragioni della norma in esame è quella di evitare che il terzo contraente possa usufruire dei vantaggi economici della stipula di un contratto con un altro contraente, magari a condizioni particolarmente vantaggiose profittando dello stato di crisi di quest'ultimo, ed allo stesso tempo proteggersi da un eventuale fallimento del debitore con una clausola di risoluzione, ci si chiede se per la stessa ragione non sia il caso che anche accordi di ristrutturazione dei debiti risolutivamente o sospensivamente condizionati all'omologazione da parte del tribunale, debbano essere sanzionati dall'ordinamento con l'inefficacia delle condizioni medesime e conseguentemente con la sopravvivenza dei contratti alla loro mancata omologazione, così da evitare che il creditore aderente possa preordinatamente godere dei soli vantaggi di accordi omologati, eliminando *ab origine* il rischio contrattuale della mancata omologazione dei medesimi.

4. Gli effetti legali. Decorrenza degli stessi dalla pubblicazione presso il Registro delle Imprese

Accanto alla efficacia negoziale illustrata, la legge prevede un'efficacia legale, stabilita dal combinato disposto dei commi II, III e IV dell'art. 182 *bis* L.F.¹⁵⁹.

Come noto il comma II recita: "*L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione*". Il comma III recita: "*Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, né acquisire titoli di prelazione se non concordati*".

¹⁵⁹ Sui diversi concetti di efficacia si veda F. DI MARZIO, op.cit., 141

L'efficacia di cui si parla, pertanto, che decorre dalla data di pubblicazione dell'accordo complessivamente inteso nel registro delle imprese, è relativa al blocco delle azioni esecutive e cautelari ed al divieto di acquisire titoli di prelazione se non concordati da parte dei creditori (*automatic stay*), nonché al termine dal quale iniziano a decorrere i trenta giorni per la proposizione di opposizioni all'omologazione dell'accordo da parte del Tribunale.

Infine, dalla data della pubblicazione al registro delle imprese decorreranno gli effetti protettivi collegati all'eventuale omologazione.¹⁶⁰

Ciò sia perché, come più volte ribadito nel corso del presente lavoro, gli accordi di ristrutturazione hanno innanzitutto natura negoziale e quindi sono sottoposti alle ordinarie regole civilistiche disciplinanti le diverse fasi del perfezionamento, dell'efficacia, dell'esecuzione e dell'inadempimento, sia perché dal confronto tra il testo iniziale dell'articolo 182 *bis*, introdotto dal D.L. 35 del 2005 convertito con L. 80 del 2012 con effetto dal 17/3/2005¹⁶¹, e quello in vigore, con le modifiche apportate con il D.lgs. 169 del 2007 con effetto dal 1/1/2008, si evince che il legislatore nell'aggiungere nuovi commi (III e IV) e nel ridistribuire quelli esistenti (il comma V viene posto al comma II) nell'ambito dell'articolo in esame, ha di fatto esplicitato

¹⁶⁰ In realtà la norma collega tali effetti protettivi più che ad un momento preciso agli atti posti in esecuzione del piano omologato. Per cui, anche se il primo atto esecutivo del piano solitamente coincide con il momento del deposito al registro delle imprese o è riferito ad un momento successivo, non si può escludere che atti esecutivi del piano possano precedere il momento del deposito dell'accordo.

¹⁶¹ Il testo dell'art. 182 *bis* così recitava "*I. Il debitore può depositare, con la dichiarazione e la documentazione di cui all'articolo 161, un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un esperto sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.*

II. L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese; i creditori ed ogni altro interessato possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla pubblicazione.

III Il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato.

IV. Il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello ai sensi dell' articolo 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese.

V. L'accordo acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione nel registro delle imprese"

l'efficacia legale di cui si discute (decorrenza dell'*automatic stay* per sessanta giorni e del termine dei trenta giorni per la proposizione di opposizioni all'omologazione).

Il legislatore, con la novella del maggio 2010 (ci si riferisce al D.L. 78/2010, convertito con L. 30 luglio 2010 n. 122), ha ritenuto opportuno disciplinare l'efficacia legale anche durante la fase che precede la stipula degli accordi o del singolo accordo, con l'introduzione del comma VI all'art. 182 *bis*, che per l'appunto prevede la possibilità per il debitore di ottenere l'effetto protettivo del suo patrimonio anche durante la fase delle trattative che precedono la conclusione degli accordi con i creditori.

Sul concetto di efficacia in esame, non sono mancate tesi dottrinarie e giurisprudenziali difformi dall'interpretazione qui esposta.

Alcuna dottrina ha sostenuto che la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese assurga a fase costitutiva dello stesso, poiché soltanto con la stessa pubblicazione l'accordo acquisterà la propria efficacia¹⁶².

Un'efficacia che è da ritenersi, come si ribadirà in seguito, risolutivamente condizionata all'omologazione da parte del Tribunale. L'omologazione, in tal caso, pur rappresentando un elemento estraneo alla genesi ed alla conclusione dell'accordo, rappresenterebbe comunque un elemento integrativo della fattispecie negoziale.

Altra dottrina, pur riconoscendo che il deposito non rappresenti un elemento formativo dell'atto ma al più adempimento necessario per ottenere gli effetti ad esso *ex lege* riconducibili, sostiene che esso produce gli effetti della "forza di legge" *ex art. 1372*

¹⁶²E. GABRIELLI, op. cit.

c.c. tra le parti (obbligo di comportarsi secondo buona fede e di conservare integre le ragioni altrui come risulta dall'art. 1358 c.c.)¹⁶³.

Si ritiene che le interpretazioni suddette, seppur colgano e evidenzino alcuni aspetti specifici dell'efficacia degli accordi, tengano conto solo in parte del presupposto che è alla base di un'analisi dell'efficacia dell'accordo, rappresentato dal perfetto dualismo tra l'aspetto negoziale degli accordi, regolato dalle norme civilistiche, e quello legale, disciplinato dalla legge speciale fallimentare.

In virtù di questo dualismo, potremo avere, come già accennato nel paragrafo 3, accordi perfezionati la cui efficacia negoziale sia sospesa da una condizione apposta dalle parti rappresentata dall'omologazione del tribunale, ma con efficacia legale immediata dalla pubblicazione al registro delle imprese, seppur risolutivamente condizionata alla mancata omologazione¹⁶⁴.

Così come potremo avere accordi con efficacia negoziale immediata, in assenza di elementi accidentali concordati, alla quale si aggiunge l'efficacia legale di cui si discute, risolutivamente condizionata alla mancata omologazione.

Infine, si potranno avere accordi conclusi tra le parti, che producano effetti negoziali immediati seppur risolutivamente condizionati alla mancata omologazione del tribunale.

In tal caso l'omologazione avrà il duplice effetto di consolidare *ex tunc*, rispettivamente dalla data di conclusione dell'accordo per gli effetti negoziali e dalla data del deposito per quelli legali, gli effetti degli accordi conclusi.

L'efficacia legale di cui al II-III comma dell'art. 182 *bis*, è da ritenersi risolutivamente condizionata alla mancata omologazione dell'accordo da parte del tribunale.

¹⁶³ E. CAPOBIANCO, op. cit.

¹⁶⁴ Si rinvia al paragrafo 2 del presente capitolo sui possibili dubbi di meritevolezza che simili accordi possano porre.

Difatti, se l'accordo è soggetto ad omologazione, l'invalidità di eventuali diritti di prelazione non concordati o di eventuali azioni esecutive avviate durante il periodo che intercorre tra il deposito nel registro delle imprese e l'emissione del decreto di omologazione, sarà acclarata.

Diversamente, se l'omologazione non dovesse essere concessa, l'inefficacia legale dell'accordo avrà decorrenza dalla data del deposito, per cui eventuali azioni esecutive o diritti di prelazione acquisiti contravvenendo l'*automatic stay* saranno pienamente validi ed efficaci.

5. Ulteriori effetti ulteriori dell'omologazione dell'Accordo da parte del Tribunale

Al deposito del decreto di omologazione da parte del tribunale, la legge fallimentare come noto collega ulteriori effetti di favore per il debitore e per i creditori aderenti.

Ciò senza che l'omologazione dell'autorità giudiziaria ed i relativi effetti protettivi vadano ad incidere sulla natura negoziale degli accordi e sulle conseguenze ad essa connesse illustrate nei paragrafi precedenti.

Il decreto di omologazione non muta la natura giuridica degli accordi e non vale a perfezionare gli stessi ma soltanto a qualificarli con gli effetti ulteriori di seguito esaminati¹⁶⁵.

E' il caso di evidenziare in questa sede come il legislatore della riforma con il D.L. 83/2012, convertito dalla L. 134 del 7 agosto 2012, preoccupandosi di rafforzare la tutela della continuità aziendale durante il processo di ristrutturazione della impresa in crisi, introduce nel corpo della legge fallimentare il novello articolo 182 *quinquies*

¹⁶⁵ R. MARINO-M. CARMINATI, *Le soluzioni negoziali della crisi dell'imprenditore agricolo, Il Fallimento*, 6,2012,633

che, per la prima volta, prevede effetti di favore per le parti aderenti indipendentemente dall'omologazione degli accordi depositati.

Il citato articolo, difatti, ai commi I e V stabilisce rispettivamente la prededuzione *ex art. 111 L.F.* dei finanziamenti concessi in favore del debitore e la esenzione da revocatoria fallimentare *ex art. 67 L.F.* di pagamenti di crediti commerciali anteriori e posteriori al deposito della domanda, se preventivamente autorizzati dal tribunale sulla base di un'apposita attestazione del professionista, indipendentemente dall'esito del giudizio di omologazione degli accordi depositati.

Così come pure l'articolo 217 *bis*, modificato dal citato intervento normativo, prevede l'esimente penale dei suddetti atti, purchè preventivamente autorizzati dal tribunale, anche se gli accordi depositati non giungono all'omologazione.

Una considerazione di ordine sistematico si ritiene opportuna.

La circostanza che gli effetti di favore di cui si discute si applicano nel momento in cui il debitore che ha aderito allo strumento di soluzione della crisi d'impresa in esame è dichiarato fallito, per l'aggravarsi del suo dissesto finanziario, induce ad avviso di chi scrive a riflettere e ad affermare che il legislatore della riforma si sia orientato ad un'impostazione "passiva" degli strumenti negoziali di superamento della crisi d'impresa, nel senso che il sistema legislativo adottato "sconta" la probabilità che gli accordi conclusi non raggiungano il fine del superamento della crisi d'impresa e pertanto si giunga alla dichiarazione di fallimento del debitore.

Fermo restando che per favorire la stipulazione di accordi e la concessione di nuova finanza è necessario che gli operatori del mercato che intendono partecipare con il debitore al tentativo di superamento della crisi debbano ricevere in contropartita protezioni, nel caso che lo stesso non vada a buon fine, la suddetta impostazione

contrasta con quella data da alcuni legislatori stranieri, dove accanto alle misure protettive in favore dei soggetti che intendono collaborare con il debitore per il superamento della crisi (tra l'altro non così marcate come previste nel nostro ordinamento), vi è un ruolo attivo delle autorità pubbliche nel prevedere meccanismi di rilevazione, prevenzione ed agevolazione della risoluzione della crisi d'impresa quando questa è in una fase iniziale, evitando che possa emergere quando la stessa ha ormai raggiunto livelli critici (come accade spesso quando il tentativo di risoluzione della crisi è un'esclusiva del solo debitore) e, pertanto, la stipulazione di accordi con i creditori non possa che tradursi in un vano tentativo di risoluzione della stessa.

Ci si riferisce, in particolare (come già indicato nel I capitolo) ai meccanismi di "allerta e di prevenzione" della crisi presenti nel sistema legislativo francese o alla possibilità che siano gli stessi creditori o le autorità a richiedere l'utilizzo di strumenti di superamento della crisi d'impresa, come nel sistema statunitense¹⁶⁶.

In particolare, autorevole dottrina ha evidenziato come in altri ordinamenti sia stata posta particolare attenzione all'emersione tempestiva della crisi, in alcuni casi prevedendo regole di comportamento all'interno delle società dirette agli organi gestionali e di controllo (come ad esempio in Germania ed in Svizzera), anche con meccanismi premiali per l'accesso agevolato a processi di ristrutturazione (esempio Stati Uniti e Giappone), in altri casi concedendo al debitore la possibilità di poter adire a strumenti negoziali di soluzione della crisi anche quando la stessa sia soltanto imminente e non attuale, come è accaduto nell'ordinamento spagnolo, seppur con i rischi connessi ad un uso strumentale degli stessi da parte del debitore, il quale

¹⁶⁶ G. FAUCEGLIA, *L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future*, 1, 2009, 14-18; A. PATTI, *Quale professionista per le nuove soluzioni delle crisi di impresa: alternative al fallimento*, *Il Fallimento*, 9, 2008, 1068

potrebbe essere indotto ad utilizzarli anche quando non sussistano i presupposti per agire in danno dei creditori.

In altri casi ancora, come quello francese, il legislatore ha previsto obblighi di informazione alle autorità competenti a carico degli organi di controllo delle società di capitali quando si verificano determinate situazioni di criticità¹⁶⁷.

E' il caso di ribadire quanto già indicato nei capitoli precedenti, ossia come tali strumenti fossero stati previsti con acutezza dalla c.d. commissione Trevisanato nell'elaborazione dei due disegni di legge e come il legislatore della riforma ancora oggi non li abbia recepiti, prestandosi così a facili critiche dottrinarie.

5.1 Segue: Le esenzioni da revocatoria e la prededuzione della nuova finanza

Ritornando agli effetti che la legge riconosce in favore del debitore e dei creditori subordinatamente alla omologazione degli accordi da parte del tribunale, come noto il primo di tali effetti è rappresentato dall'esenzione da revocatoria fallimentare disciplinata dall'art. 67 L.F.

Il comma III lett. e) di tale articolo, a proposito degli atti non soggetti all'azione revocatoria, recita: *“gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis, nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161”*;

Dubbi dottrinari erano sorti inizialmente sull'ambito oggettivo della esenzione di cui si discute. La dottrina si era divisa su coloro che sostenevano la limitazione

¹⁶⁷ G. FAUCEGLIA, *op.cit.*; MARIACARLA GIORGETTI, *Critica alla legge fallimentare riformata: la legittimazione dei terzi a proporre la domanda di concordato preventivo quale ipotesi di soluzione alternativa*, su www.ilfallimentarista.it

dell'esenzione ai soli atti previsti dal comma 2 dell'art. 67, ossia agli atti in cui sia il curatore a dover dimostrare la conoscenza dello stato di insolvenza del terzo che ha contrattato con il debitore, e coloro che invece sostenevano l'estensione della esenzione non solo a tutti gli atti previsti dall'art. 67 L.F., ma anche a quelli revocabili ai sensi dell'art. 2901 c.c. ed alle azioni di inefficacia di cui agli artt. 64 e 65 L.F.¹⁶⁸.

Le suddette tesi sono state presto superate dall'orientamento dottrinario prevalente, che si è attestato sulla estensione della esenzione a tutti gli atti revocabili secondo il disposto dell'art. 67 L.F I e II comma.

Non condivisibile la tesi della esenzione limitatamente ai soli atti previsti dal II comma dell'art. 67 L.F. sia perché il legislatore ha predisposto un apposito comma per le esenzioni di cui si discute, anziché collocarlo all'interno del comma II, sia perché per gli atti posti in essere in esecuzione degli accordi omologati la prova della non conoscenza dello stato di insolvenza da parte del creditore aderente, richiesta per gli atti di cui al primo comma dell'art. 67 L.F., gli risulterebbe automatica fornirla perché insita nella stessa adesione agli accordi omologati.

Altrettanto non condivisibile è la tesi che estenderebbe la esenzione anche agli atti assoggettabili a revocatoria ordinaria ed a quelli inefficaci ex artt. 64 e 65 L.F.

Quanto ai primi, oltre alla chiara assenza nel testo dell'articolo in esame a rinvii anche alle fattispecie di cui all'art. 66 L.F. (che disciplina l'azione revocatoria ordinaria in sede fallimentare), vi è da rilevare che nel caso di accordi omologati al curatore risulterà pressoché impossibile dimostrare la consapevolezza da parte del creditore aderente della pregiudizialità agli interessi dei creditori dell'atto posto in essere in esecuzione dell'accordo omologato in quanto, come già detto, la finalità degli accordi,

¹⁶⁸In proposito G. LA CROCE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Giurisprudenza italiana*, 11, 2010, 2467

e di chi li stipula, è il superamento della crisi d'impresa. Pertanto, l'esenzione da revocatoria ordinaria degli atti posti in essere in esecuzione di accordi omologati, seppur non prevista dall'art. 67 L.F., opera di fatto.

Quanto alla estensione della esenzione anche agli atti previsti dagli artt. 64 e 65 L.F., anche questa tesi non si ritiene condivisibile in quanto è da ritenersi irragionevole che un accordo di ristrutturazione dei debiti, che abbia il fine di agevolare il debitore nel superamento della crisi d'impresa, possa basarsi anche su atti a titolo gratuito e/o pagamenti anticipati rispetto alle scadenze naturali dei crediti, oltretutto protetti dal legislatore in caso di successivo fallimento del debitore.

Come si approfondirà in seguito, dal momento che l'esenzione in esame riguarda esclusivamente gli atti posti in essere in esecuzione degli accordi omologati, dubbi sulla operatività della stessa si avranno qualora gli atti posti in essere dal debitore ed i creditori aderenti, seppur strumentali al superamento della crisi d'impresa, si discostino dalle azioni previste nel piano oggetto di omologazione, ciò per effetto di scostamenti tra quanto congetturato e quanto verificatosi, ponendo dubbi sull'affidabilità del piano che è alla base degli accordi ed esigenze di introduzione di meccanismi di *self-adjusting* allo stesso.

Il legislatore, al fine di agevolare la stipulazione di accordi di ristrutturazione dei debiti, con la L. 30 luglio 2010 n. 122 (di conversione del D.L. 78/2010) ha introdotto l'art. 182-*quater*, ossia una norma specifica per il riconoscimento della prededuzione (nella ripartizione dell'attivo liquidato nell'ambito di un'eventuale procedura fallimentare del debitore) dei crediti sorti a seguito di finanziamenti concessi al debitore in funzione della presentazione della domanda di omologazione degli accordi

(c.d. finanza – ponte) e /o in esecuzione del piano predisposto, a condizione che l'accordo sia omologato.

La L. 134 del 7 agosto 2012 ha apportato rilevanti modifiche all'articolo suddetto, abrogando il quarto comma, che prevedeva la prededucibilità del compenso del professionista incaricato di redarre la relazione di attuabilità dell'accordo (se espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale omologa l'accordo) e riconoscendo la prededucibilità ai finanziamenti effettuati dai soci, con il limite dell'ottanta per cento del loro ammontare nel caso di soci "storici", in deroga alle disposizioni civilistiche degli artt. 2467 e 2497 *quinquies*.

In particolare prima dell'abrogazione del quarto comma dell'art. 182 *quater*, il riconoscimento della prededuzione soltanto al professionista attestatore e non anche agli altri professionisti coinvolti nel processo di conclusione di accordi da sottoporre all'omologazione del tribunale aveva sollevato numerose perplessità, in ragione della previsione che ancorava la prededuzione all'omologa da parte del tribunale¹⁶⁹. L'attuale modifica pare opportuna in quanto volta ad eliminare una causa di conflitto di interessi.

Pertanto, ad oggi sussiste l'invocabilità da parte dell'attestatore e degli altri consulenti (redattore del piano, tecnici estimatori ecc.) del solo privilegio *ex art. 2751 bis*, n.2, c.c.

Secondo il disposto attuale dell'art. 182 *quater*, quindi, si riconosce la prededucibilità ai crediti sorti a seguito di nuova finanza erogata in una delle tre forme della c.d. finanza-ponte, della finanza in esecuzione degli accordi e di quella erogata dai soci,

¹⁶⁹ R. MARINO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e responsabilità del professionista attestatore*, cit., 500; S. AMBROSINI, *Appunti Flash sull'art. 182 quater della legge fallimentare*, "Il Caso.it", doc. 204/10

distinguendo quelli storici, per i quali si applica il limite dell'ottanta per cento dei finanziamenti concessi, da quelli nuovi sorti in esecuzione del deposito degli accordi.

La finanza – ponte, ossia quella erogata in funzione della presentazione della domanda, è rappresentata dai finanziamenti da chiunque erogati in favore del debitore prima della stipula degli accordi e del deposito della domanda di omologazione, volti a preservare la continuità aziendale e/o a sopportare le spese per i professionisti e per il deposito degli atti relativi alla procedura.

Per la suddetta finanza, come dispone la norma in esame, per usufruire della prededucibilità è necessario che la stessa sia prevista dall'accordo da depositare in tribunale (oltre naturalmente che lo stesso sia omologato).

La finanza erogata in esecuzione del piano, invece, è quella destinata nel piano al pagamento dei creditori aderenti e non all'accordo omologato.

La condizione per il riconoscimento della prededucibilità, a differenza della finanza-ponte, è rappresentata esclusivamente dalla omologazione dell'accordo.

Rilevante dottrina, al riguardo, ha evidenziato come nella pratica sia presente il rischio di un uso distorto di questo strumento da parte dei creditori e del debitore, i quali potrebbero accordarsi per una sistematica sostituzione di crediti privi di diritti di prelazione in crediti prededucibili¹⁷⁰.

Volendo semplificare il ragionamento e' il caso, ad esempio, di un istituto di credito già creditore del debitore che si accorda per l'erogazione di nuova finanza, prevista nel piano oggetto di omologazione, da destinarsi al pagamento dei creditori aderenti (nei termini stabiliti dagli accordi) e di quelli non aderenti. In tal caso, indipendentemente dall'adesione del suddetto soggetto agli accordi omologati, il

¹⁷⁰G. LA CROCE, op.ult. cit.,2468

pagamento del suo vecchio credito con la nuova finanza erogata determinerà di fatto la sostituzione del credito non prelatizio con un credito nuovo che godrà della prededuzione in caso di successivo fallimento.

Alcuna dottrina dinanzi alla suddetta problematica ha suggerito che il pagamento della nuova finanza sia antergato rispetto alla vecchia finanza, lasciando alla prima il compito di finanza necessaria per riavviare il risanamento dell'azienda nella sua fase più critica e non per gestire la sua quotidianità¹⁷¹.

Il rischio, tuttavia, è che si cadrebbe in una incoerenza sistematica dell'istituto in esame se la nuova finanza concessa per agevolare l'esecuzione degli accordi presi dovesse poi servire preliminarmente per rimborsare se stessa.

A parere di chi scrive, una soluzione al rischio dell'uso distorto della nuova finanza concessa in esecuzione degli accordi si potrebbe essere rappresentata dalla previsione di una limitazione soggettiva di coloro che possono erogarla, ossia soltanto quei soggetti che non siano titolari di diritti di credito nei confronti del debitore alla data del deposito degli accordi.

In tal modo si eliminerebbe a monte la possibilità che uno stesso soggetto possa rivestire la doppia figura di creditore pre-accordi e creditore post-accordi e quindi possa profittare di tale situazione per agire in danno degli altri creditori.

In deroga agli artt. 2467 e 2497 - *quinquies* del codice civile (che prevedono la postergazione dei rimborsi dei finanziamenti dei soci e la loro restituzione in caso di fallimento della società se avvenuti nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento), infine, il novellato articolo 182 *quater* prevede la prededuzione della nuova finanza erogata dai soci da utilizzare in funzione della presentazione della

¹⁷¹ G. LA CROCE, op.ult. cit.,2470

domanda e/o in esecuzione dell'accordo omologato, nei limiti dell'ottanta per cento del loro ammontare.

Dal disposto del comma III del suddetto articolo si evince che a tale limite non è soggetto il nuovo socio che diviene tale in esecuzione degli accordi di ristrutturazione.

5.2 Segue: La esimente penale ex art. 217 bis L.F.

L'art. 217 *bis* L.F., recentemente integrato dalla L. 134 del 7 agosto 2012, prevede la esenzione dai reati di bancarotta fraudolenta (in particolare quelli specifici previsti dal III comma dell'art. 216 L.F.) e bancarotta semplice per i pagamenti e gli atti posti in essere in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato (nonché ai pagamenti ed alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-*quinquies*).

Si tratta di una disposizione con effetto dal 31 luglio 2010, resasi necessaria per colmare la incoerenza sistematica che si era venuta a creare all'indomani della riforma della legge fallimentare del 2005, secondo cui i creditori ed il debitore che stipulavano accordi omologati dal tribunale erano comunque passibili dei reati di bancarotta preferenziale e/o di ricorso abusivo al credito.

Come si evince dal testo, affinché l'effetto protettivo in esame si abbia è necessario che si verifichi la duplice condizione che l'accordo sia omologato dal tribunale e che i pagamenti e gli atti siano posti in esecuzione degli accordi omologati.

Ciò vale a dire, in altri termini, che saranno esentati dalla contestazione dei reati suindicati il debitore ed i creditori che avranno posto in essere i soli atti previsti dal piano oggetto di omologazione.

Quindi, anche in tal caso ricorre la problematica già affrontata riguardo all'affidabilità dei piani che sono alla base degli accordi e della previsione di meccanismi di *self-adjusting* che consentano di prevedere la risposta opportuna ai mutamenti delle condizioni esogene ed endogene all'impresa.

Un piano, come già indicato nel corso del presente lavoro, coerente dal punto di vista qualitativo e quantitativo alle condizioni di crisi in cui versa l'impresa e con un grado di analiticità sufficiente a rappresentare il futuro scenario in cui opererà la stessa, consentirà di ridurre al minimo il rischio che si possano porre in esecuzione atti non contemplati dallo stesso e quindi non coperti dalle esenzioni qui illustrate ed al contempo evitare inutili sprechi di costi nell'elaborazione di piani previsionali eccessivi rispetto alla realtà imprenditoriale proponente gli accordi di ristrutturazione.

In dottrina¹⁷² si è evidenziato come la esimente penale di cui all'art. 217 *bis* opererà, a differenza degli effetti protettivi di natura civile innanzi esaminati, non in modo automatico ma sempre a seguito di indagine specifica da parte del pubblico ministero, il quale indipendentemente dalla omologazione degli accordi procederà in caso di successivo fallimento del debitore a verificare se il piano attestato dal professionista come "attuabile" ed idoneo a consentire il superamento della crisi si riveli *ex post* non attendibile o se gli atti posti in essere in esecuzione del piano non abbiano le caratteristiche degli atti in frode ai creditori ed ai terzi interessati.

Ricorre, pertanto, anche in tal caso seppur in sede penale, la problematica della verifica se la finalità concreta degli accordi sia il superamento della crisi d'impresa o

¹⁷² R. BRICCHETTI, *Le soluzioni concordate e il diritto penale, Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, A. JORIO (a cura di), Milano, 2011, 143; E. CARIA, in atti del convegno "La crisi del debitore commerciale e civile: il ruolo del commercialista", Capri 23 giugno 2012. A. MUNARI, "Ragionevolezza *ex ante* dell'azione di risanamento e "irragionevolezza" sopravvenuta: la copertura dell'art. 217 *bis* L.F. e i rischi legali connessi, atti del convegno "Gli accordi di ristrutturazione del debito. Profili critici revisione dei piani inadempimento" Milano, 11-12 aprile 2012

se invece gli stessi siano finalizzati ad interessi non meritevoli di tutela. Ciò soprattutto quando all'omologazione degli accordi sia seguito l'inadempimento da parte del debitore ed il successivo fallimento.

Pertanto, nel caso di atti posti in esecuzione di un piano e di accordi omologati che di fatto, da un esame *ex post*, risultino avere le caratteristiche di atti fraudolenti (si pensi al caso innanzi descritto della sistematica sostituzione di crediti chirografari in crediti prededucibili), gli stessi non godranno della esimente penale in esame.

Così come, gli atti seppur posti in essere in esecuzione di un piano omologato non godranno della esenzione *ex art. 217 bis L.F.* qualora in un controllo a posteriori in ambito penale dovesse emergere che il piano, indipendentemente dalla suo grado di attendibilità, risultava essere prevedibilmente inidoneo a consentire il superamento della crisi d'impresa¹⁷³.

III Capitolo

Gli accordi di ristrutturazione nella fase esecutiva

1. Alcuni aspetti critici della disciplina. L'assenza di una regolamentazione legislativa della fase esecutiva dell'accordo.

Come evidenziato nei capitoli precedenti, gli accordi di ristrutturazione dei debiti hanno natura contrattuale, differenziandosi sia dai piani attestati di risanamento *ex art.*

¹⁷³ A. MUNARI, "Ragionevolezza" *ex ante* dell'azione di risanamento e "irragionevolezza" sopravvenuta: la copertura dell'art. 217 bis L.F. ed i rischi legali connessi, atti del convegno "Gli accordi di ristrutturazione del debito", Milano, 12 aprile 2012

67 L.F. comma III lett. d, che come visto potrebbero avere natura negoziale unilaterale in quanto emanazione del solo debitore, sia dal concordato preventivo nel quale il consenso “deliberativo” si perfeziona nell’ambito di una procedura concorsuale.¹⁷⁴

E nel pieno rispetto della suddetta impostazione “privatistica” della riforma della legge fallimentare , il legislatore nel dettare la disciplina relativa non si è spinto oltre la fase della omologazione (come d’altronde accade anche per il concordato senza cessione dei beni), lasciando le parti contraenti libere da eventuali controlli o procedure da adempiere durante la fase successiva dell’adempimento degli accordi raggiunti.

D’altro canto, tuttavia, la mancanza di meccanismi di controllo durante la fase esecutiva degli accordi evidenzia alcuni limiti: favorisce l’uso opportunistico e fraudolento degli accordi di ristrutturazione e ne impedisce la sua tempestiva emersione, impedisce l’individuazione di eventuali condizioni sopravvenute che incidano sull’attuabilità dell’accordo e del piano sotteso, così da poter attivare tempestivamente meccanismi di “aggiustamento” degli atti da eseguirsi ed evitare eventuali complicate richieste di ri-omologazione di precedenti accordi.

Le problematiche relative all’inadempimento di accordi omologati, ad oggi non ancora giunte al vaglio della giurisprudenza, a differenza del legislatore nazionale sono state affrontate e disciplinate in altri ordinamenti, in particolare in quello francese e statunitense¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Sulla differenza tra consenso “contrattuale” e consenso “deliberativo” F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d’impresa*, Milano, 2011

¹⁷⁵ P. QUARTICELLI, *Gestione negoziata della crisi d’impresa e autotutela preventiva dei diritti dei creditori nel confronto fra la riforma francese della Procédure de conciliation e la nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Banca Borsa e Titoli di credito*,1,2011,31; M. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, *Diritto fallimentare e delle società cooperative*, 2,2008, 273

Il legislatore francese ha ritenuto opportuno disciplinare, come si approfondirà in seguito, l'inadempimento eventuale del debitore escludendo l'utilizzo di strumenti individuali di protezione del credito e, nel caso della procedura di *Sauvegarde* nell'ambito della *Loi de sauvegarde des entreprises* del 26 luglio 2005, prevedendo la nomina di un commissario per l'esecuzione del piano, in persona dello stesso amministratore della società debitrice o del mandatario giudiziale.

Anche nell'ordinamento statunitense, come visto al capitolo I, dall'omologazione degli accordi deriva l'obbligo di eseguire il piano approvato sotto la rigida sorveglianza del tribunale che, pertanto, continua ad esercitare tutti i poteri ed i controlli opportuni per la realizzazione del programma.

Come nell'ordinamento francese, è prevista la revoca degli accordi omologati, da proporre entro centottanta giorni dalla stessa, su istanza di ciascun interessato.

Meritevole di riflessione, sul punto, è la circostanza che recentemente il legislatore in, sintonia con l'impostazione data dagli ordinamenti stranieri innanzi descritti, in occasione della emanazione della legge 27 gennaio 2012 n. 3 sulla "Composizione delle crisi da sovraindebitamento", riformata dal decreto legge 179 del 18 ottobre 2012, che come noto in parte ripercorre la normativa degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis* ma con ambito soggettivo riferito al debitore civile ed all'imprenditore sotto-soglia, abbia stavolta disciplinato la fase esecutiva degli accordi, affidando agli organismi di composizione della crisi il compito di vigilare sull'adempimento degli stessi, i quali devono comunicare ai creditori ogni eventuale irregolarità, e prevedendo la risoluzione dell'accordo nel caso di inadempimento del debitore.

In dottrina ed in giurisprudenza discussa è la possibilità dell'utilizzo dell'istituto del *trust* per ovviare alla mancanza di regolamentazione della fase esecutiva degli accordi da parte del legislatore¹⁷⁶.

L'utilizzo del *trust*, a mezzo del quale il debitore che intende concludere accordi di ristrutturazione del debito con la maggioranza dei propri creditori da sottoporre all'omologazione *ex art. 182 bis* L.F. conferisce in *trust* le attività occorrenti per il pagamento dei medesimi (secondo le reciproche concessioni stabilite per gli aderenti ed integralmente per i non aderenti) nel rispetto di un piano oggetto di relazione del professionista, nominando se stesso *trustee* e beneficiari i creditori ante-deposito della domanda al registro delle imprese, si è rivelato quasi una necessità prima della modifica apportata all'istituto degli accordi con il D.lgs. 169/2007.

Prima di allora, difatti, la norma non prevedendo l'*automatic stay* per il periodo di 60 gg. dal deposito della domanda di omologazione al registro delle imprese, esponeva il debitore al rischio che già durante le trattative che precedevano la stipula degli accordi creditori più aggressivi potessero agire in via esecutiva e cautelare sui suoi beni inficiando il processo di ristrutturazione avviato.

La segregazione del patrimonio del debitore, con il conferimento degli stessi in *trust*, impedendo ai creditori di poter agire sui beni dello stesso in quanto non più titolare, rappresentava quindi uno strumento, ritenuto valido da giurisprudenza e dottrina, per consentire a quest'ultimo di condurre le trattative e stipulare accordi con i creditori in piena tranquillità fino all'omologazione.

¹⁷⁶ Si veda in proposito D. ZANCHI, *Trust e Accordi di ristrutturazione dei debiti, Trust e attività fiduciarie*, 2, 2008, 155-169; P. DE MARCHI, "Il Trust" *postfallimentare e l'apparente chiusura della procedura*, *Giurisprudenza merito*, 3, 2008, 741; L. ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, *Il Fallimento*, 9, 2009, 1029; F. FIMMANÒ, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, www.ilcaso.it, dott., 210, 2010;

Il processo di miglioramento continuo a cui è stato assoggettato l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti (e più in generale la legge fallimentare), tuttavia, estendendo la protezione dalle azioni esecutive e cautelari anche alla fase delle trattative, ha determinato uno spostamento di attenzione sull'utilizzo del *trust* dalla fase pre-omologazione alla fase post-omologazione.

Ciò nel senso che allo stato l'utilizzo del *trust* nell'ambito degli accordi di ristrutturazione avrebbe una valenza sia quale strumento per prolungare l'*automatic stay* oltre i termini previsti dalla norma, sia quale valido strumento per operare un controllo sull'adempimento degli accordi raggiunti.

Cosicché il debitore potrebbe sia in fase di deposito degli accordi in tribunale ed al registro delle imprese (facendo rientrare nell'ambito dell'accordo quadro con i creditori aderenti anche la prevista costituzione in *trust* dei beni e risorse destinati al loro soddisfacimento), sia in una fase successiva dopo l'omologazione da parte del tribunale degli accordi raggiunti, conferire le attività destinate al soddisfacimento dei creditori aderenti e non in *trust*, nominando *trustee* se stesso o terzi o un creditore, beneficiari i creditori ed, eventualmente, nominando anche un *guardian* garante del corretto adempimento dell'accordo¹⁷⁷. In tal caso si ritiene che sia nel caso di *trust* con beneficiari i soli creditori aderenti che nel caso in cui siano contemplati anche i creditori non aderenti, si necessiti di un preventivo accordo con i medesimi poiché diversamente la costituzione del *trust* potrebbe essere esposto ad azioni revocatorie da parte dei medesimi, incidendo per l'appunto sulla esperibilità di azioni esecutive e cautelari da parte loro allo scadere dei termini previsti per l'*automatic stay*.

Non sono mancate critiche da parte della dottrina sull'uso del *trust* nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti e più in generale nell'ambito delle procedure concorsuali, sostenendo che l'utilizzo di questo strumento alteri quelli che sono gli equilibri voluti dal legislatore all'interno delle procedure concorsuali e degli istituti di superamento della crisi d'impresa, legittimandone l'uso soltanto nel caso in cui nel *trust* conferiscano anche beni di terzi a garanzia dei pagamento dei creditori del debitore¹⁷⁸.

1.1. Segue: L'inattendibilità delle valutazioni prospettive contenute nel Piano alla base degli accordi. I c.d. meccanismi di self adjusting. Ulteriori soluzioni in prospettiva de jure condendo.

Inevitabilmente nell'ambito del diritto della crisi d'impresa e più in generale nell'ambito del diritto commerciale, si verifica come noto una "convivenza" non spontanea tra giuristi ed aziendalisti, una commistione tra concetti e principi giuridici e concetti e principi economici.

E poiché l'attività di normazione è affidata spesso ad esperti di estrazione prettamente giuridica, accade che nell'ambito del diritto della crisi d'impresa il legislatore si appelli a strumenti e concetti economico-aziendalistic, senza coglierne in alcuni casi appieno tutti i risvolti e le problematiche di tipo pratico.

¹⁷⁸ Così nell'ambito del fallimento il conferimento in *trust* di crediti fiscali per accelerare la chiusura della procedura finirebbe con assoggettare alle regole del *trust* e non della legge la liquidazione delle attività fallimentari. F.FIMMANÒ, op.cit, 8

Si ritiene che ciò è quanto accade per l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis* L.F. ed più in generale per gli strumenti di soluzione della crisi d'impresa alternativi al fallimento.

Come noto, sia nell'istituto dei piani di risanamento *ex art. 67* L.F. comma III lett. d, sia in quello degli gli accordi *ex art. 182 bis*, sia nel concordato preventivo, il legislatore ha dato particolare importanza alla predisposizione di un piano da parte del debitore.

Ribadendo e rinviando a quanto già indicato al paragrafo 8 del capitolo I a proposito dei diversi tipi di piano (finanziario o economico-finanziario) adeguati al tipo di crisi in cui versa il debitore, in questa sede si ritiene opportuno soffermarsi sul concetto di attendibilità di un piano.

Un piano si basa su congetture e quindi di per sé, per quanto possa essere ben strutturato, non raggiungerà mai il livello della certezza di quanto in esso indicato.

Tuttavia, un livello di attendibilità accettabile del piano potrebbe essere garantito prevedendo delle regole generali da rispettare.

Regole che nella migliore delle ipotesi dovrebbero essere previste dallo stesso legislatore il quale, come detto, nella emanazione di norme disciplinanti la crisi d'impresa opportunamente è coadiuvato da esperti aziendalisti, ma che diversamente, come nel caso di specie, dovrebbero essere adottate dalla giurisprudenza di competenza.

In altre parole, tenuto conto che il controllo sull'attuabilità del piano è stato demandato dal legislatore all'organo giudicante¹⁷⁹, oltre che all'obbligo auto-

¹⁷⁹ Forse è il caso di affermare che almeno fino alle recenti modifiche apportate dalla L. 134/2012, tra cui l'esplicita previsione tra la documentazione da depositare in tribunale da parte del debitore anche del piano, più che di compito affidato dal legislatore all'organo giudicante sia stato quest'ultimo,

certificativo del debitore attraverso l'attestazione del professionista incaricato, seppur nei limiti del controllo di "fattibilità giuridica" come stabilito dalla suprema corte nella recente sentenza a sezioni unite (Cass. S.U. 1521/2013), sarebbe auspicabile che lo stesso non si affidi a valutazioni di tipo soggettivo, ossia "caso per caso", ma proceda a valutazioni di tipo oggettivo, attraverso la verifica della rispondenza del piano a regole prestabilite.

Una prima di queste regole riguarda senz'altro l'orizzonte temporale del piano.

E' intuibile che quanto più un piano di ristrutturazione sia proiettato in un arco temporale lungo tanto più la sua attendibilità si riduce, tenuto conto che la probabilità che si verifichino le condizioni previste nel piano si assottiglierà gradualmente.

Sul punto vi è da evidenziare che né il legislatore, né la giurisprudenza si è orientata nello stabilire uno standard di durata che il piano debba avere per preservare la sua attendibilità. In dottrina si sostiene che un piano attendibile debba proiettarsi in un arco temporale tra i tre e cinque anni.¹⁸⁰

Interessante rilevare che nella proposta di legge identificata con il numero C-7458, come illustrato al paragrafo 1 del capitolo I, presentata al governo il 24/11/2010 prima dell'avvio della riforma della legge fallimentare, gli autori avessero intuito l'importanza della fissazione di un termine della pianificazione, stabilito in un massimo di due anni, che purtroppo non è stata recepita dal legislatore attuale.

Così come pure è da rilevare che nella legislazione francese, nella procedura di *Sauvegarde*, sia il tribunale a stabilire la durata del piano che non può comunque eccedere i dieci anni.

almeno da quanto emerso nelle sentenze degli ultimi anni, a farsi carico dell'ulteriore compito di effettuare un controllo sulla fattibilità del piano.

¹⁸⁰ Così D. BENINCASA, *op.cit.*; G. CHERUBINI, *Crisi d'impresa. Strategie di risanamento*, Milano, 2011; S. FORTUNATO, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa, Il Fallimento*, 8,2009,892

Un piano per essere attendibile deve prevedere, inoltre, meccanismi di *self-adjusting*.

Deve prevedere risposte adeguate a diverse ipotesi congetturali, evitando che il cambiamento di scenari previsti possa compromettere l'esecuzione degli accordi conclusi.

Un piano ben strutturato, che si estenda ai vari aspetti dell'attività d'impresa economici-finanziari-strategici, ma che si basa sostanzialmente su una sola ipotesi congetturale non può ritenersi un piano attendibile.

Naturalmente, non può eccedersi nella previsione di atti esecutivi basati su ipotesi alternative, altrimenti si corre il rischio dell'indeterminatezza del piano che a sua volta può essere fonte di inattendibilità dello stesso che ne potrebbe determinare il rigetto in fase di omologazione.

Come anticipato nei capitoli precedenti, pertanto, la risposta affinché il piano non si tramuti nella "bella favola da raccontare" è nel trovare il giusto equilibrio tra un piano indeterminato perché basato su poche macro-azioni ed ipotesi congetturali grossolane ed un piano eccessivamente dettagliato, articolato forzatamente sui vari aspetti della gestione aziendale e basato su numerose ipotesi congetturali e quindi parimenti indeterminato.

Infine, un piano attendibile dovrebbe prevedere un adeguato sistema di monitoraggio, magari affidato ad uno o più creditori rappresentativi, così da poter consentire il tempestivo utilizzo di meccanismi di *self-adjusting* per la salvaguardia del processo di ristrutturazione in essere.

Il problema dell'attendibilità del piano ha riflessi anche sulla validità delle esenzioni civili e penali previste dalla norma per gli atti posti in essere in sua esecuzione

nonché, come si vedrà, sulla validità negoziale degli accordi medesimi e sulle responsabilità del professionista attestatore.

In primis un piano inattendibile determinerà una situazione in cui gli atti posti in essere dal debitore e dai creditori facilmente si discosteranno dalle linee programmatiche prestabilite e quindi non rientrando tra gli atti posti in essere esecuzione di un piano omologato non potranno godere delle esenzioni di cui sopra.

Inoltre, l'assenza di un piano attendibile ed idoneo a consentire il superamento della crisi d'impresa potrebbe assurgere a causa di nullità degli accordi per immeritevolezza, in un controllo *ex post* effettuato dal tribunale, determinando di conseguenza l'invalidità degli atti posti in essere in esecuzione del piano e l'inapplicabilità delle norme civili di favore previste dalla normativa per il debitore ed i creditori.

2. I rimedi esperibili dai creditori in caso di inadempimento dei singoli accordi in assenza di norme che prevedano la risoluzione dell'intero Accordo di ristrutturazione

Tralasciando in questa sede l'analisi della fase patologica degli accordi che non giungono all'omologazione da parte del tribunale in quanto, come intuibile, in tal caso ad essi si applica a pieno la disciplina civilistica prevista nel caso di inadempimento del debitore, non rilevandosi le problematiche, che qui si esamineranno, legate all'effetto "pubblicistico" della loro omologazione.

Per cui nel caso di accordi bilaterali, come già visto al capitolo II par. 3.1, si applicheranno *in primis* le norme generali relative alla risoluzione per inadempimento del debitore ad essere applicate dall'organo giudicante (art. 1453 c.c.), integrate dalle norme specifiche previste per il tipo di accordo concluso (nel caso di accordo transattivo si è già visto che al rapporto si utilizzerà la disciplina di cui agli artt. 1965 e ss. c.c.)

Nel caso di accordi plurilaterali, invece, si applicheranno le relative discipline previste per l'inadempimento del debitore (artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.).

Interessante evidenziare che qualora gli accordi presi abbiano assunto la struttura di accordi bilaterali, seppur accomunati (come visto al capitolo I) dalla causa di secondo livello consistente nella ristrutturazione della crisi d'impresa, nel caso di mancata omologazione quest'ultima cederà inevitabilmente il passo alla causa di primo livello caratterizzante i singoli accordi bilaterali. Ciò nel senso che fallito il tentativo di dare rilevanza agli accordi unitariamente intesi, nella fase successiva dell'efficacia e dell'adempimento degli accordi bilaterali non omologati acquisirà esclusiva rilevanza la causa di ciascuno di essi.

Passando all'esame della fase patologica degli accordi omologati, premesso che per i creditori non aderenti resta inviolato ed illimitato, come naturale, il diritto di agire per la tutela del credito, anche in via cautelare e con il ricorso di fallimento (trascorso il periodo di *automatic stay* e la moratoria dei 120 gg. di cui al comma I dell'art. 182 *bis*),

vi è da rilevare che la dottrina si è divisa tra coloro che nel caso di inadempimento del debitore sostengono l'esperibilità da parte dei creditori aderenti delle azioni individuali di tutela del credito e coloro che escludono l'utilizzo di tali azioni in nome

di una “concorsualità negoziale” che si verrebbe a creare tra i creditori aderenti all’accordo¹⁸¹.

Secondo il primo orientamento, da ritenersi prevalente, conseguentemente all’inadempimento del debitore i creditori aderenti, indipendentemente dall’efficacia di eventuali condizioni risolutive apposte, potranno agire individualmente per la tutela del loro credito con le tradizionali azioni contrattuali di risoluzione e di annullamento. Ciò, tuttavia, pone una serie di problematiche che probabilmente ancora oggi non sono giunte al vaglio della giurisprudenza.

La prima di esse è rappresentata dall’opponibilità, in caso di successivo fallimento del debitore, dell’azione di risoluzione avviata dal creditore ai fini della riconoscibilità del credito originario ante-accordo.

A seguito del fallimento del debitore inadempiente all’accordo omologato, difatti, ci si può trovare dinanzi a situazioni differenti: può verificarsi che l’azione di risoluzione sia stata avviata dal creditore ma non sia ancora giunta a sentenza; può accadere che l’azione sia giunta a sentenza prima della dichiarazione di fallimento ma sia ancora esperibile il gravame; può accadere che la pronuncia favorevole al creditore sia passata in giudicato prima del fallimento del debitore.

¹⁸¹ Per la esperibilità delle azioni individuali R.MARINO, *op cit*; E. GABRIELLI, *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell’operazione economica*, *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, 10-12, 2009, 1072; M. CAFFI, *Considerazioni sul nuovo art. 182 bis della legge fallimentare*, *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 5, 2005, 876-881; G. VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallimentare*, *Il diritto fallimentare delle società commerciali*, 5, 2005, 866-875; E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d’impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell’inadempimento del debitore*, *Banca Borsa Titoli di credito*, 3, 2010, 295-324. Contro l’esperibilità di azioni individuali e per la necessità di una risoluzione unitaria degli accordi P. QUARTICELLI, *Gestione negoziata della crisi d’impresa e autotutela preventiva dei diritti dei creditori. Nel confronto fra la riforma francese della procédure de conciliation e la nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Banca Borsa Titoli di credito*, 1, 2011, 12-48; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2009, 174-175.

Tralasciando la terza ipotesi, dove chiaramente l'azione di risoluzione esplica la sua efficacia nell'ambito del fallimento successivo del debitore e quindi il creditore potrà insinuarsi al passivo per il credito originario, ad ovviare la questione dell'opponibilità dell'azione di risoluzione nelle altre due ipotesi menzionate, ci ha pensato lo stesso legislatore con la disposizione di cui all'art. 72 V comma L.F.

Il medesimo articolo prevede per l'appunto che l'azione di risoluzione avviata prima del fallimento esplica i suoi effetti nei confronti del curatore, ciò a ribadire che la stessa se prosegue durante il fallimento e giunge a sentenza la stessa è opponibile alla massa dei creditori fallimentari.

Lo stesso articolo, altresì, prevede che se il creditore intenda far valere con la pronuncia di risoluzione il proprio credito dovrà seguire comunque la procedura di ammissione al passivo prevista dagli artt. 92 e seguenti L.F. Ciò significa anche che nel caso di sentenza favorevole ma non passata in giudicato, il curatore ai sensi dell'art. 96 comma II numero 3, potrà ammettere con riserva il credito originario reclamato dal creditore aderente, previa impugnazione della sentenza medesima.

Altra problematica che si prospetta nel caso di ammissibilità di azioni individuali da parte dei creditori aderenti è rappresentata dalla riconoscibilità a costoro delle esenzioni da revocatoria dei pagamenti ricevuti in esecuzione del piano omologato, nonostante gli stessi abbiano agito con successo per la risoluzione del contratto rimasto inadempito.

In altre parole si pone la questione se il creditore aderente che abbia risolto l'accordo ed abbia ottenuto nell'eventuale successivo fallimento del debitore l'ammissione al passivo del proprio credito nella misura integrale ed originaria (ma si può pensare anche al creditore che abbia agito ed ottenuto il pagamento integrale del proprio

credito originario già precedentemente al fallimento del debitore) possa cumulare anche l'effetto protettivo di cui all'art. 67 comma III lett. e L.F. per i pagamenti parziali già ricevuti.

Alcuna dottrina si è espressamente dichiarata in senso favorevole¹⁸².

Si ritiene, al riguardo, che qualora si considerassero esperibili le azioni individuali da parte dei creditori aderenti, gli stessi non possano godere dell'esenzione di cui sopra poiché ottenuta l'inefficacia *ex tunc* dell'accordo oggetto di omologazione, sarebbe incompatibile con la *ratio* della legge creare una categoria di creditori che possano cumulare i vantaggi del creditore non aderente (pagamento integrale del credito a fronte di minore stabilità dei pagamenti ricevuti) con quelli previsti per il creditore aderente (stabilità dei pagamenti ricevuti in esecuzione del piano per effetto della esenzione da revocatoria).

Un secondo orientamento dottrinario sostiene che l'accordo concluso tra i creditori ed il debitore che giunge alla omologazione, in virtù di un "concorso negoziale"¹⁸³ che antepone l'interesse dei creditori collettivamente intesi al superamento della crisi d'impresa rispetto all'interesse individuale di ciascun creditore a veder soddisfatto il proprio credito, inibisce l'esperibilità delle azioni individuali da parte di costoro.

Si sostiene, in altri termini, che i rimedi individuali pensati per il singolo rapporto obbligatorio e per il singolo creditore, nell'ambito della tutela dell'insolvenza civile, debbano considerarsi incompatibili con lo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis L.F.*, che nonostante abbia natura privatistica rientra pur sempre nell'ambito degli strumenti di soluzione negoziata dell'insolvenza

¹⁸² E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, op. cit., 324

¹⁸³ Sul concetto di concorso negoziale si veda P. QUARTICELLI, *Gestione negoziata della crisi d'impresa*, op. cit., 30

commerciale¹⁸⁴. Secondo tale orientamento, pertanto, al fine di evitare altresì condotte opportunistiche da parte dei creditori aderenti, i quali potrebbero utilizzare i rimedi individuali in modo disinvolto inficiando il complesso processo di ristrutturazione in atto, costoro in caso di inadempimento potranno agire esclusivamente per la dichiarazione di fallimento del debitore, che come noto rappresenta la procedura “concorsuale” di tutela del credito per eccellenza.

La suddetta “forzatura” scaturirebbe da una mancanza del legislatore nazionale, il quale non avrebbe previsto, come è accaduto invece per l’istituto del concordato preventivo e per gli accordi del debitore civile e del consumatore nell’ambito della legge 3 del 2012 sulla crisi da sovra indebitamento, lo strumento della risoluzione dell’accordo ad opera del Tribunale.

Il suddetto strumento, attivabile da ciascun creditore che rileva l’inadempimento del debitore, rappresenterebbe il punto di raccordo tra l’esigenza di tutela del processo di ristrutturazione in atto e l’esigenza di ciascun creditore di veder soddisfatti i propri diritti.

Ne sono un esempio alcuni degli ordinamenti stranieri già menzionati.

In particolare la legge francese, con l’*art. L. 611-10-1 code comm.* prevede nell’ambito della *procédure de conciliation* l’inibizione di azioni individuali di cognizione e di esecuzione sui beni del debitore per tutta la durata dell’esecuzione dell’accordo.

Il rimedio consentito al creditore, nel caso di inadempimento del debitore, consiste per l’appunto nella risoluzione dell’accordo omologato.

¹⁸⁴Insolvenza commerciale che, a ben riflettere, si differenzia sempre più a livello sistemico dalla insolvenza civile al punto da poter ipotizzare l’individuazione di una figura giuridica a sé del creditore “commerciale”, con istituti, strumenti di tutela e limitazione di diritti diversi dal creditore “civile”

Il tribunale, constatata l'inadempimento degli impegni contrattuali, pronuncia oltre che la risoluzione dell'accordo anche la decadenza del debitore da tutti i termini concessi nel corso della procedura.

Come visto analogo strumento è previsto nell'ambito del *Bankruptcy code* statunitense, dove è la Corte ad essere investita della questione della risoluzione dell'accordo omologato, su richiesta di ciascun soggetto interessato.

3. La responsabilità civile del professionista “attestatore” nei confronti dell'imprenditore, dei creditori aderenti e dei creditori non aderenti. La responsabilità penale dell'esperto nell'ipotesi di falsa attestazione di cui all'art. 236 bis L.F.

Come è ampiamente emerso nel corso del presente lavoro, il legislatore ha scelto di delegare il controllo di merito sull'attuabilità degli accordi al professionista attestatore, che dovrebbe essere terzo rispetto al debitore ed ai creditori, seppur nominato dal primo, ed a questi ultimi i quali “affidandosi” al contenuto della relazione possono decidere liberamente di aderire o meno agli accordi o, in una fase successiva, opporsi all'omologazione di questi da parte del tribunale.

La suddetta scelta non è andata esente da critiche ad opera della dottrina, che ha evidenziato come sia in atto la tendenza delle autorità pubbliche di “chiamarsi fuori” dall'effettuazione di scelte impegnative, quale come visto il difficile compito di verificare l'attendibilità di un piano, delegando le stesse a professionisti esterni, salvo poi sanzionare i medesimi quando qualcosa a posteriori dovesse andare male.¹⁸⁵

¹⁸⁵ In proposito si veda R. LUPI, *Un tentativo di scaricare le responsabilità su altri*, *Il Sole 24 ore*, 3/9/2012,25;

Con la recente riforma dell'agosto del 2012¹⁸⁶, il legislatore per garantire la terzietà del professionista si è preoccupato di introdurre accanto ai requisiti di professionalità anche quelli di indipendenza¹⁸⁷.

Inoltre, ha introdotto rigide sanzioni penali a carico dello stesso nel caso di falso in attestazioni e relazioni.

Il nuovo articolo 236 *bis* L.F., difatti, prevede la pena della reclusione da due a cinque anni e la multa da € 50.000,00 a 100.000,00 per il professionista che espone nella propria relazione informazioni false oppure omette di riferire informazioni rilevanti, con le aggravanti nel caso della individuazione del fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri e dell'accertamento del danno per i creditori.

Soprattutto la seconda fattispecie prevista, ossia l'omissione di informazioni rilevanti, data la sua genericità si ritiene che possa essere oggetto di questioni circa il suo ambito di operatività. Ci si chiede, difatti, in base a quale criterio eventuali informazioni in buona fede omesse dall'attestatore potranno essere considerate rilevanti.

Quanto alla responsabilità civile del professionista attestatore, non disciplinata dal legislatore, occorre anzitutto effettuare una triplice distinzione tra responsabilità nei confronti dell'imprenditore – debitore, responsabilità nei confronti dei creditori aderenti all'accordo, responsabilità nei confronti dei creditori non aderenti¹⁸⁸.

¹⁸⁶ il D.L. 22 giugno 2012 n. 83, convertito con legge del 7 agosto 2012 n. 134, modificando il comma III lett. d) dell'art. 67 L.F., ha specificato che il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale. Inoltre, quest'ultimo non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore.

¹⁸⁷ Come ha suggerito alcuna dottrina forse meglio sarebbe stata garantita la terzietà del professionista se questi fosse stato di nomina giudiziale anziché di parte.

¹⁸⁸ Per un'ampia disamina dei profili di responsabilità civile del professionista attestatore, si veda R. MARINO, op. cit., 500 e ss.

E' opportuno precisare che non rappresenta fonte di responsabilità per il professionista la mancata esecuzione del piano, conseguente alla inevitabile percentuale di alea che caratterizza il medesimo o alla negligenza e/o dolo utilizzato dal debitore durante la fase esecutiva degli accordi.

Il professionista incaricato della relazione si renderà responsabile contrattualmente nei confronti del debitore, quando rifiuta l' attestazione di un piano attuabile oppure nel caso di erronea attestazione positiva di un piano rilevatosi non fattibile sin dall'origine.

Ed in quest'ultima ipotesi si ripresenta la problematica dei requisiti minimi che dovrebbe avere un piano per essere considerato attendibile, già esaminati al paragrafo 1.1 del presente capitolo.

La fissazione di principi base che dovrebbe possedere un piano consentirebbe al professionista attestatore di avviare un procedimento di valutazione basato su criteri oggettivi oltre che soggettivi, consentendo limitazioni di responsabilità sue nel caso di un esame *ex post* volto all'individuazione di eventuali fonti di danni da risarcire in favore del debitore e/o dei creditori.

In quanto responsabilità contrattuale derivante da un rapporto negoziale instaurato, sarà l'imprenditore, o il curatore nel caso di fallimento sopravvenuto, a dover dimostrare l'inadempimento del professionista per causa a lui imputabile¹⁸⁹.

Tenuto conto che uno dei principi fondamentali del diritto civile è quello secondo cui non c'è responsabilità se non c'è danno, si tratterà di individuare il danno che

¹⁸⁹ Sull'orami superamento in dottrina ed in giurisprudenza della tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato e sulle conseguenti differenze che ne derivavano sul piano dell'individuazione dell'oggetto del vincolo e sulle regole del riparto dell'onere probatorio, si veda R. MARINO, op. cit, 501

l'imprenditore ha subito dalle incompletezze o falsità dei contenuti della relazione o di omessa valutazione.

Il danno può consistere nelle eventuali perdite subite dall'imprenditore, ferma restando la necessità della prova di un nesso tra le incongruenze della relazione e le perdite, per la verità di difficile determinabilità. Può consistere, altresì, in un mancato miglioramento dovuto alla condotta del professionista; nelle eventuali perdite gestionali subite dalla continuazione dell'attività, o anche in tutti i costi subiti per la stipula e l'omologazione degli accordi.

Nei confronti dei creditori aderenti, nonostante non sia intercorso tra costoro ed il professionista un rapporto diretto, si ritiene che quest'ultimo a seguito delle condotte negligenti e/o dolose assente nella redazione dell'attestazione si possa rendere responsabile contrattualmente nei confronti dei primi per effetto del principio del "contatto sociale" che si è andato affermando in dottrina e giurisprudenza.

Si tratta di un modello di responsabilità, come noto, che è emerso soprattutto in ambito sanitario, quando si è ritenuto responsabile nei confronti di un paziente non solo la struttura ospedaliera ma anche il medico che ha agito sebbene questi non avesse instaurato preventivi legami.

Questo orientamento, che si è via via allargato anche ad altri settori, potrebbe trovare applicazione anche nel caso specifico.

Poiché, come indicato innanzi, il legislatore ha lasciato alle parti la valutazione di convenienza ed opportunità degli accordi proposti dal debitore, demandando ai creditori la libertà di aderire o meno agli accordi sulla base di una relazione di attuabilità del piano rilasciata da un esperto qualificato ed indipendente, costui assume nei confronti degli stessi una posizione di garante dei propri interessi.

Assume rilevanza giuridica, pertanto, il “contatto” qualificato tra i creditori ed il professionista in quanto è questo ad indirizzare la formazione del convincimento dei creditori ad aderire o non agli accordi.

La ragione che genera l’obbligo contrattuale, in altri termini, è l’affidamento che i creditori fanno nella correttezza della condotta assunta dal professionista, nella fondatezza delle informazioni fornite e nelle elevate competenze tecniche che sono richieste allo stesso.

Anche in tal caso, la quantificazione del danno subito dai creditori non si rivela di facile soluzione, anche perché basato su ipotesi congetturali più o meno attendibili.

Difatti, senz’altro lo stesso potrebbe essere rappresentato dalla valutazione del differenziale economico tra quanto realizzato a seguito dell’adesione agli accordi e quanto si sarebbe potuto realizzare in caso di non adesione.

Vi è da evidenziare che differentemente dall’azione di risarcimento in capo al debitore, quella dei creditori aderenti rimarrà nella sfera giuridica dei singoli creditori anche nel caso di eventuale fallimento del debitore, per cui non potrà essere esperita dal curatore.

Quanto ai creditori non aderenti, apparentemente nessun tipo di responsabilità sembrerebbe profilarsi nei confronti di costoro i quali proprio perché non hanno prestato il loro consenso al piano di ristrutturazione ritenuto attuabile dal professionista, hanno impedito a monte l’insorgenza di un nesso tra l’affidamento riposto in via mediata al professionista ed il danno eventualmente subito dagli stessi.

A ben vedere, tuttavia, tralasciando le questioni esaminate nei paragrafi precedenti relative ad eventuali motivi di nullità degli accordi ed alla esperibilità delle azioni individuali da parte dei creditori aderenti in caso di inadempimento degli accordi, nel

caso di accordi omologati e non giunti ad esecuzione integrale perché basati su un'attestazione di attuabilità del piano rivelatasi viziata da colpa o dolo del professionista, i creditori non aderenti nell'ambito del successivo fallimento del debitore subiranno il danno rappresentato dalla compressione delle attività potenzialmente acquisibili dal curatore, sulle quali procedere al riparto, per effetto delle esenzioni da revocatoria dei pagamenti effettuati in esecuzione del piano ex art. 67 L.F. comma III lett. *d*.

Ecco, quindi, riemergere anche per i creditori non aderenti il nesso tra l'attestazione affetta da vizio e il danno conseguente.

Si tratterà, naturalmente in tal caso di responsabilità extracontrattuale che, tuttavia, non potrà essere esperita dal curatore fallimentare perché non rappresenterà un'azione da ritenersi rientrante nella sfera giuridica e patrimoniale del debitore, ma di ciascun creditore singolarmente inteso.

BIBLIOGRAFIA

- CIAN-TRAUCCHI, *Commentario alla legge fallimentare*, Padova, 2009
- FABIANI M., *Estratto da Diritto fallimentare. Principi e regole*, Milano, 2010
- LORENZA G., *Il mancato successo degli accordi di ristrutturazione*, in *Diritto e pratica delle società*, 6, 2007
- ROVELLI L., *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Il Fallimento*, 9, 2009
- DI MARZIO F., *Contratto e crisi d'impresa*, Atti del convegno dell'ODCEC di Latina del 9/2/2006
- GALARDO M., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nei gruppi di società*, in *Diritto e pratica delle società*, 10, 2010
- ALLODI S., *Accordi di ristrutturazione: possibili risvolti applicativi*, in *Diritto e Pratica delle società*, 9, 2007
- CAPOBIANCO E., *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Riv. Banca, Borsa, Titolo di credito*, 3, 2010.
- PRESTI G., *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, in *Il Fallimento*, 2, 2006
- MADDALENA G.M., *Accordi di ristrutturazione tra pactum de non petendo e ruolo attivo del Tribunale*, in *Diritto e Pratica delle società*, 11, 2007
- ZOCCA L., *Accordi di ristrutturazione dei debiti tra utopia e realtà*, in *Diritto e pratica delle Società*, 11, 2008
- NISIVOCCIA N., *Accordi di ristrutturazione e liquidazione coatta amministrativa: le novità*, in *Diritto e Pratica delle Società*, 11, 2008
- SERAO F., *Dal diritto fallimentare al diritto della crisi d'impresa*, in *Diritto e Pratica delle Società*, 12, 2007
- FABIANI M., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Relazione ad incontro Consiglio Superiore della Magistratura*, 2006
- MISINO V., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce dell'ulteriore intervento riformatore tra carenze normative e prospettive di rilancio*, su www.unijuris.it
- LOMBARDI G., *Le recenti ristrutturazioni del debito: il caso Risanamento*, in *Corriere giuridico*, 5, 2010

GENTILI A., *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Riv. Diritto fallimentare e delle Società commerciali*, 5, 2009.

AMBROSINI S., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Il Fallimento*, 8, 2005.

VERNA G., *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallimentare*, in *Il diritto fallimentare delle società commerciali*, 5, 2005

BENINCASA D., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e le soluzioni stragiudiziali delle crisi d'impresa*, in *Altalex* n. 3168 del 17/3/2011

CAFFI M., *Considerazioni sul nuovo art. 182bis della legge fallimentare*, in *Il Fallimento*, 5, 2005

FAUCEGLIA G., *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, parte I

FRASCAROLI SANTI E., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, parte I

LA CROCE G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giurisprudenza italiana*, 11,2010

AMBROSINI S., *Appunti Flash sull'art. 182 quater della legge fallimentare*, in "Il Caso.it", doc. 204, 2010

PANUCCI M.- BIANCHINI M., *La riforma della disciplina della crisi d'impresa*, in *Confindustria, Centro Studi Progetto concorrenza*

PALUCHOWSKI A., *Gli accordi di ristrutturazione del debito a 5 anni dalla loro introduzione: un appuntamento mancato?*, *Relazione al convegno di Trani del 12/6/2010 presso l'Unione giuristi cattolici italiani*

P. QUARTICELLI, *Gestione negoziata della crisi d'impresa e autotutela preventiva dei diritti dei creditori nel confronto fra la riforma francese della Procédure de conciliation e la nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca e Borsa Titoli di credito*, Gen-feb, 2011

GABRIELLI E., *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, 10-12, 2009

FAUCEGLIA G., *Autonomia privata e concordato preventivo*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1, 2010

FAUCEGLIA G., *L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future*, in *Il Fallimento*, 1,2009.

DIDONE A., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (Presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1,2011

GALARDO M., *Accordi di ristrutturazione: valutazione del tribunale e inadempimento dell'accordo di ristrutturazione omologato*, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2, 2011

MECATTI I., *L'insolvenza del debitore civile nel Regno Unito*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2004

GIARDINI A., *Le procedure concorsuali in Inghilterra*, in *Commercio Internazionale*, 13, 2010

BORK R., *I poteri dei creditori nella procedura tedesca di riorganizzazione*, in *Il diritto fallimentare delle società commerciali*, 3-4, 2006

TERSILLA S., *Soluzioni "consensuali" nei concordati: il prepackaged bankruptcy all'italiana*, in *Il Fallimento*,7,2011

MANGANELLI P., *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Il Fallimento*, 2,2011

GUERNELLI M., *La riforma delle procedure concorsuali in Francia ed in Italia*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2, 2008

PASQUARIELLO F., *Strumenti di prevenzione della crisi d'impresa*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 5,2010

PATTI A., *Quale professionista per le nuove soluzioni delle crisi di impresa: alternative al fallimento*, in *Il Fallimento*, 9,2011

SICCHIERO G., *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione*, in *Contratto e impresa*, 1,2011

PAIARDI-PALUCHOSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, 2008

46) A. PATTI, *Crisi d'impresa: definizioni stragiudiziali*, in *Il Fallimento*, 5, 2003

FAUCEGLIA G., *L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future*, in *Il Fallimento*, 1,2009

FORTUNATO S., *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, 8, 2009, 889-895

CASHEL C., *Accordi di ristrutturazione dei debiti: divieto di azioni esecutive nelle trattative*, in *Diritto e Pratica delle Società*, 11, 2012,

ANDREANI G. – RATTI M., *Il problematico ricorso a procedure concorsuali e transazione fiscale*, in *Corriere Tributario*, 12,2011

SAVIOLI G., *L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, *Il Fallimento*, 3,2010

PELLAGATTA A., *La c.d. "nuova asseverazione" o "riattestazione". Mancata tenuta dei piani di risanamento e degli accordi di ristrutturazione. Profili di valutazione economica e legale*", in *Rivista di diritto privato*, 3,2011

GENTILI G. , *Il tribunale ha omologato il primo accordo di ristrutturazione dei debiti con transazione fiscale stipulato in Italia*, su www.ilcaso.it,sez.II

AMBROSINI, S., *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, su www.ilcaso.it,sez. II

MARINO R., *Accordi di ristrutturazione dei debiti e responsabilità del professionista attestatore*, in *La responsabilità civile*, 7,2012

TRENTINI C., *Accordi di ristrutturazione dei debiti: questioni varie ed impar condicio creditorum*, *Il Fallimento*, 4,2012