

**GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE EX ART. 182-BIS L. FALL.: NATURA,
PROFILI FUNZIONALI E LIMITI DELL'OPPOSIZIONE
DEGLI ESTRANEI E DEI TERZI**

BRUNO INZITARI

1. L'accordo di ristrutturazione quale accordo contrattuale

Il legislatore, nell'inserire la del tutto nuova disciplina degli accordi stragiudiziali tra debitore e creditori, piuttosto che prevedere un nuovo titolo o capo nel corpo della legge fallimentare, ha ritenuto di fare riferimento al titolo dedicato al concordato preventivo, modificando la stessa rubrica del titolo III, che è divenuta *Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, e poi trattare l'intera disciplina degli accordi nel capo V, alla cui originaria rubrica *Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo*, è stata aggiunta la rubrica *Degli accordi di ristrutturazione dei debiti*.

La specifica disciplina degli accordi è stata poi nella sostanza "annegata", dapprima nel 2005 con un solo articolo, art. 182-*bis* e poi da ultimo nel 2010 con un secondo articolo 182-*quater*, tra le norme dell'omologazione.

Questo inserimento - che risulta comunque tutt'altro che armonico e ordinato sul piano della tecnica legislativa - non è certo di per se né idoneo, né sufficiente per consentire all'interprete di ascrivere gli accordi ristrutturazione tra le procedure concorsuali.

L'accordo di ristrutturazione, infatti, non può essere ricondotto alle procedure concorsuali per evidenti diversi motivi che qui di seguito veniamo ad indicare: 1) non è previsto un procedimento, né un provvedimento di apertura; 2) non vi è la nomina di organi quali un commissario, un amministratore giudiziale, un giudice delegato, un comitato dei creditori; 3) non è prevista, né può verificarsi una regolazione concorsuale del dissesto, non tutti i creditori sono coinvolti nell'accordo e qualunque regolazione venga scelta ed attuata con l'accordo essa non coinvolge tutti i creditori, né ha una efficacia *erga omnes*; 4) i creditori non sono organizzati come collettività dei creditori ma come somma di tante teste; 5) il debitore resta

dominus dell'impresa, non solo perché continua nei suoi pieni poteri di gestione e direzione, ma anche perché non si verifica alcuna forma di spossessamento, neppure attenuato, in quanto i suoi atti non subiscono alcun vincolo né alcun controllo¹.

L'accordo di ristrutturazione dei debiti è infatti un vero e proprio accordo contrattuale che il debitore, una volta che ha raggiunto il consenso contrattuale ed ha raccolto l'accettazione, sotto forma di adesione con le controparti creditrici, stipula appunto con i creditori.

L'impostazione, la costruzione e l'itinerario negoziale seguito per il raggiungimento dell'accordo non sono dunque in nessun modo connesse alla presenza di un terzo, quale un commissario o un curatore investito di qualsiasi funzione al riguardo. Anche i tempi ed i passaggi della costruzione e della ricerca dell'accordo sono affidati totalmente alle scelte di autonomia privata dei paciscenti, in quanto non è prevista, né è pensabile alcun provvedimento di apertura che si riferisca ad un procedimento.

Del tutto assenti sono poi le finalità di regolazione del dissesto secondo regole concorsuali che, al contrario, caratterizzano tutti i procedimenti un tempo definiti procedure concorsuali minori.

Basta pensare che l'accordo tra i creditori non coinvolge, né è finalizzato a coinvolgere, tutti i creditori e che soprattutto gli effetti dell'accordo sono limitati ai sottoscrittori dell'accordo stesso, in quanto, come per tutti i contratti, gli effetti vincolano solo le parti contraenti, secondo il generale principio dell'art. 1372 c.c., e non certo coloro che all'accordo sono estranei e per i quali, infatti, l'art. 182-*bis* stabilisce che debbono conseguire il pagamento integrale.

L'accordo di ristrutturazione non svolge alcun effetto sulla autonomia negoziale e patrimoniale del debitore, che non subisce infatti alcuna forma di spossessamento o di limitazione di poteri, né subisce i limiti di poteri di controllo ed autorizzativi esercitati dal tribunale fallimentare.

Si rileva infine che, in considerazione della piena autonomia e libertà del debitore a scegliere sia i creditori con cui accordarsi, sia il contenuto dell'accordo, risulta del tutto assente quell'elemento di *universalità* che contraddistingue qualsiasi procedura concorsuale, che in modo diretto o indiretto investe l'intera comunità dei creditori.

La conseguenza di una così accentuata impostazione negoziale dell'accordo di ristrutturazione dei debiti comporta, come conseguenza, la

¹ In questo senso cfr. Fabiani *L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, 902; Nardecchia, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2011 p. 708

piena vulnerabilità del patrimonio del debitore in tutta la fase anteriore alla presentazione dell'accordo ed al deposito presso il registro delle imprese e il tribunale.

Durante la fase delle trattative i creditori possono acquisire, anche in via giudiziale, prelazioni sul patrimonio del debitore, intraprendere azioni cautelari, come pure azioni esecutive attraverso le quali possono in taluni casi conseguire sostanzialmente l'immediata soddisfazione del credito, come avviene, ad esempio con il pignoramento presso terzi, attuato sulle liquidità bancarie, che fossero giacenti sul conto del debitore.²

2. La ristrutturazione dei debiti

In ordine al contenuto dell'accordo il legislatore ha ritenuto di non fornire alcuna specifica indicazione, limitandosi piuttosto alla stessa generale indicazione definitoria enunciata nella rubrica dell'articolo e testualmente ripresa nel testo della norma, consistente, appunto, nella espressione *accordi di ristrutturazione dei debiti*.

Le altre indicazioni fornite dal legislatore si riferiscono ad aspetti funzionali, quali l'attuabilità dell'accordo e la idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

L'espressione *ristrutturazione dei debiti* è dunque l'elemento sul quale si imperniano tali accordi. Non si tratta, come è noto, di una terminologia che fa parte della tradizione giuridica in senso stretto, ma piuttosto di una modalità espressiva sorta probabilmente nel linguaggio degli ingegneri o degli architetti, con riferimento alle opere di restauro o di ripristino degli

² La tesi della efficacia *erga omnes* degli accordi di ristrutturazione è stata avanzata da Sicchiero in *Contratto e Impresa*, 2011 p.9 e seg. con argomentazioni che, piuttosto che fare riferimento al tessuto tecnico normativo della legge fallimentare ed ai noti precedenti di diritto comparato statunitense, sembrano voler riprendere le eccellenti elaborazioni di Franco Galgano in tema di principio di maggioranza, tra le quali ricordo particolarmente la recente *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, 2007. Ritengo, al contrario di quanto affermato da Sicchiero, che l'accordo di ristrutturazione dell'art. 182 bis, come del resto la pratica dell'accordo stragiudiziale con una parte dei creditori, si ponga perfettamente all'opposto sia del generale principio di maggioranza, inteso come strumento attraverso il quale la volontà della maggioranza si impone e vale per la minoranza, sia dell'istituto di diritto fallimentare che del principio di maggioranza fa la più estesa applicazione, vale a dire del concordato preventivo e fallimentare. Nell'accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis, infatti, il contratto obbliga solo i creditori che lo hanno accettato e concluso e non gli estranei, come pure il riferimento contenuto al primo comma dell'art. 182 bis con la dimostrazione che i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti abbiano accettato l'accordo non costituisce in alcun modo un'applicazione del principio di maggioranza (che obbliga la minoranza), ma costituisce unicamente un principio pratico di identificazione di una soglia di rilevanza per la omologabilità dell'accordo.

edifici e poi utilizzata metaforicamente in sede aziendalistica e finanziaria con l'intento di designare quell'insieme di operazioni volte a dare una nuova organizzazione gestionale o finanziaria ad aziende o a comparti industriali.

L'utilizzazione è quindi continuata in sede giuridica (anche per la propensione degli stessi giuristi, particolarmente nel settore fallimentare, alla utilizzazione di espressioni metaforiche), con l'intento di designare una attività negoziale volta a determinare modalità di pagamento dei debiti diverse da quelle originariamente pattuite e, a questo fine, modalità di rinvenimento delle risorse e di distribuzione di esse tra i creditori.

La ristrutturazione indica, pertanto, nel nostro caso una attività di complessiva riorganizzazione dei rapporti obbligatori e contrattuali dell'impresa, non riducibile a singoli rapporti, ma relativa all'intero coacervo di rapporti in corso.

La ristrutturazione dei debiti va oltre, quindi, alle misure volte a concordare con questo o quel creditore una dilazione o anche riduzione del debito, ma investe l'intera esposizione debitoria dell'imprenditore attraverso pattuizioni che possono avere il contenuto più diverso, purché, nel suo complesso, l'accordo sia idoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo.

Ne consegue che il contenuto e l'articolazione delle prestazioni dell'accordo di ristrutturazione possono considerarsi del tutto atipici ed interamente lasciati all'autonomia negoziale dei contraenti l'accordo stesso, con l'unico limite fissato dall'art 1322 c.c. secondo comma, della meritevolezza della causa.

3. Negozialità dai contenuti aperti con operazioni esecutive prevalentemente di durata

La previsione legale contenuta all'articolo 182-*bis* 1. fall., della possibilità che il debitore concluda con i creditori un tale accordo, se infatti comporta un rilevantissimo riconoscimento di siffatte tipologie di accordi, la cui ammissibilità, come è noto, potrebbe essere contestata sotto vari profili, nello stesso tempo non contiene alcuna indicazione e men che meno alcuna previsione del contenuto, delle tipologie e della articolazione causale, delle prestazioni che debbono o possono trovare spazio in tali accordi.

La fattispecie si presenta pertanto del tutto aperta, al punto che, a riprova del fatto che ci si trova di fronte ad una fattispecie tutt'altro che tipicamente determinata, nella rubrica dell'articolo in parola il riferimento *agli accordi* di ristrutturazione è effettuato al plurale e nel testo si parla di

omologazione di un accordo di ristrutturazione, in quanto diversi nel contenuto e nell'articolazione possono essere tali accordi, quali strumenti appunto che, a seconda delle diverse scelte di volta in volta operate, possono essere idonei a regolare e risolvere lo stato di crisi.

Gli accordi di ristrutturazione indicano pertanto una serie aperta di negozialità, che potrà assumere i contenuti e le articolazioni più diverse a seconda delle specifiche esigenze tanto dei debitori, quanto dei creditori che sono chiamati, al pari del debitore, all'attività di ristrutturazione del debito.

Gli accordi sono infatti riconosciuti ed ammissibili, non perché realizzano un contenuto predeterminato, ma perché risulta (dalla relazione del professionista), che sulla base della attuazione dell'accordo stesso, tutti i creditori potranno essere regolarmente pagati dal debitore dei loro crediti.

Questo risultato potrà verificarsi attraverso ad es. la rinuncia parziale degli aderenti ad una parte del credito, attraverso quindi una rimessione parziale del credito o una mera dilazione parziale (che potrebbe essere ad esempio accompagnata dal rilascio da parte del debitore di garanzie, la cui costituzione altrimenti potrebbe essere poi sottoposta a revocatoria), da parte dei creditori aderenti, in un disegno che consenta in ogni caso il pagamento integrale e regolare dei creditori estranei.

L'effetto della ristrutturazione e del superamento dello stato di crisi si potrebbe quindi verificare in modo istantaneo, per effetto degli atti abdicativi dei creditori aderenti oppure con la stessa definitività dell'omologa dell'accordo da parte del tribunale se, come prevalentemente accade, l'efficacia dei diversi atti di disposizione dei creditori e del debitore è rinviata e collegata alla omologa dell'accordo. Da quel momento, infatti, il debitore può estinguere con regolarità le obbligazioni verso i creditori estranei e potrà far fronte alle obbligazioni "ristrutturate" verso gli aderenti.

Se pur in astratto è possibile ipotizzare un accordo in cui la rinuncia e le "ristrutturazioni" hanno effetti istantanei con la firma dell'accordo o con il deposito dell'accordo, difficilmente poi sarà possibile rinvenirne nella pratica. La ristrutturazione del debito coinciderebbe, infatti, in questi casi con i cosiddetti *pacta ut minus solvatur*, attraverso i quali il creditore pur di ottenere una soddisfazione almeno parziale della sua pretesa creditoria che, evidentemente appare compromessa dalla situazione di crisi di insolvenza del debitore, consente ad una riduzione del proprio credito, che potrà essere soddisfatto anche attraverso piani di pagamento anche elaborati e articolati nel tempo.

La ragione che può portare alla conclusione di siffatti *pacta*, è quindi certamente analoga a quella che si rinviene negli accordi di ristrutturazione, in quanto in entrambi i casi la scelta di rinuncia o di ristrutturazione del

credito nasce dalla considerazione del rischio che se si continuasse a richiedere il pagamento integrale e tempestivo del credito le possibilità di soddisfazione, risulterebbero più incerte rispetto a quelle che il debitore può offrire con una soddisfazione parziale e il più delle volte dilazionata.

Pur muovendosi tali *pacta* nello stesso ambito, va osservato che essi potrebbero presentarsi con una struttura più semplice rispetto agli accordi di ristrutturazione, in quanto questi ultimi tendono a realizzare un concerto tra diversi creditori per liberare nell'interesse di tutti risorse altrimenti non direttamente emergenti e disponibili, mentre i *pacta* possono risultare momenti di negozialità e di regolazione di dilazione di pagamento, che peraltro anche sul piano del rischio della possibile revocatoria non presenta particolari problematiche, limitandosi l'accordo e regolare i tempi di pagamento peraltro parziale del debitore.

La ristrutturazione dei debiti è caratterizzata, infatti, nella maggior parte dei casi, dalla non facile esigenza di liberare sia all'interno della realtà industriale dell'impresa, sia più ampiamente all'interno del coacervo di rapporti contrattuali sui quali si articolano le posizioni di credito e debito del debitore, risorse adeguate per far fronte a vari obiettivi sinteticamente riassumibili in: a) pagamento integrale ed alla scadenza dei creditori estranei, b) pagamento, alle condizioni dell'accordo, dei creditori aderenti, secondo le più diverse modalità di realizzazione, come pure secondo modalità temporali e quantitative variamente articolate, c) eventuale rilancio o continuazione della attività dell'impresa con tutte le possibili modificazioni inerenti il contenuto ed il volume dell'attività, aspetti questi che comportano effetti sui livelli occupazionali, come pure sulle dimensioni della stessa realtà imprenditoriale.

In relazione al pagamento dei creditori estranei deve essere considerato che quella dei creditori estranei è una categoria nella quale non si può distinguere tra creditori preesistenti o successivi all'accordo, non si tratta quindi di una categoria che è assimilabile a quella dei crediti di massa.

Questi ultimi sorgono infatti nella procedura di fallimento e si giustificano per la funzione che svolgono, essendo finalizzati allo svolgimento della procedura.

I creditori estranei all'accordo mantengono il diritto loro riconosciuto dal diritto comune di essere pagati integralmente ed alla scadenza.

Per tali creditori l'accordo *ex art. 182-bis* è un fatto estraneo e la circostanza che il loro credito sia sorto prima o dopo l'accordo non ha alcun rilievo. Hanno il diritto di esigere il pagamento e possono azionare in qualsiasi momento le azioni che il diritto delle obbligazioni e dei contratti riconosce in via generale al creditore: azione di risarcimento del danno per

inadempimento, di risoluzione, ecc..

Questo comporta che il debitore, nel proporre l'accordo ai creditori, dovrà necessariamente prevedere di avere a disposizione risorse libere per poter fare fronte in ogni momento alle obbligazioni dei creditori estranei integralmente ed alla scadenza.

Questa necessità incide evidentemente sui creditori aderenti in quanto considerata la limitatezza delle risorse a disposizione del debitore essi dovranno necessariamente consentire che parte, anche assai rilevante, delle disponibilità del debitore siano destinate alla soddisfazione dei creditori estranei.

Gli accordi potranno prevedere la destinazione e la separazione di una specifica somma destinata ai creditori estranei oppure in alternativa, o con previsione mista, l'assunzione dell'obbligo da parte del debitore di destinare prioritariamente ai creditori estranei le risorse che man mano si realizzano ad esempio con la liquidazione dei diversi *assets*.

In questo caso è ragionevole che nell'accordo e nel piano vengano operate circostanziate previsioni della incidenza del prevedibile volume del fabbisogno dei creditori estranei, in quanto con l'adesione all'accordo, i creditori aderenti possono valutare il livello della loro rinuncia e quindi la convenienza.

Tanto la liberazione dall'interno di risorse, quanto il rinvenimento all'esterno dell'impresa delle risorse, comporta necessariamente l'instaurazione di rapporti contrattuali strumentali alla realizzazione degli obiettivi solutori verso i creditori, tanto non aderenti che aderenti.

Emerge, pertanto, un primo rilevante profilo consistente nella necessità di prevedere una estensione di durata temporale dei tempi di esecuzione dell'accordo. Rinvenire risorse significa innanzitutto liquidare componenti dell'azienda e porre in essere le operazioni di liquidazione all'interno di un accordo che vede la partecipazione nella sostanza della parte più attiva della comunità dei creditori. Inoltre significa trovare la possibile migliore allocazione, dei beni o dei crediti o delle aziende o rami d'azienda. Si tratta, come è noto, di attività che necessariamente debbono accompagnarsi ad operazioni di valutazione attraverso *due diligence* adeguate e che devono poi essere accompagnate da una contrattualistica idonea a recepire ed evidenziare ed eventualmente attribuire e comunque dominare, il rischio di scostamenti di valore delle valutazioni e nei ricavi.

4. L'esclusione della revocatoria delle operazioni di ristrutturazione del debito

La peculiarità e la novità dell'accordo di ristrutturazione consiste, dunque, nell'esonerare dall'assoggettamento all'azione revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato ex art. 182 bis.

Con tale espressione *in esecuzione dell'accordo omologato*, sono ricompresi gli atti di disposizione, i pagamenti e la concessione di garanzie che lo stesso piano prevede e che sono funzionalmente necessari alla ristrutturazione del debito e quindi, quando attuati, possono definirsi in esecuzione dell'accordo omologato.

Sono dunque esclusi dalla revocatoria gli atti costitutivi di garanzie a favore di creditori o di terzi, posti in essere per l'ottenimento di finanziamenti o comunque di facilitazione creditizie, gli atti dispositivi del patrimonio o di parte del patrimonio a favore di terzi o dei creditori. Sono altresì esclusi i pagamenti ed anche gli atti estintivi non effettuati in danaro o con altri mezzi normali di pagamento. Penso alle diverse forme di *datio in solutum*, che possono avere per oggetto parti del patrimonio del debitore consistente, sia in beni mobili o immobili, come pure crediti presenti o futuri nelle diverse forme di cessione del credito in luogo dell'adempimento.

La ristrutturazione del debito globale necessita solitamente di tutti questi atti:

a) si attribuiscono beni, *assets*, crediti presenti o futuri oppure rami d'azienda ad uno o più creditori o a terzi, contro la estinzione totale o parziale del debito e nello stesso tempo si governa l'equilibrio di queste attribuzioni, attraverso clausole che attribuiscono al debitore o agli altri creditori il diritto al pagamento di somme aggiuntive, subordinatamente al raggiungimento di determinati livelli di risultato economico, ad es. *earn out* sugli incassi dei crediti ceduti, qualora essi superino un certo livello concordato oppure, nel caso di vendita a terzi di immobili a terzi oppure dell'azienda o di rami d'azienda o di partecipazioni societarie, l'*earn out* può consistere nel pagamento di una parte del prezzo (ovvero di una somma aggiuntiva al prezzo), subordinatamente al raggiungimento di un determinato risultato economico della società acquisita in un periodo di tempo successivo al perfezionamento della cessione (*closing*);

b) si regolano i rapporti tra i diversi creditori attraverso la attribuzione per via contrattuale, di quella forma negoziale di privilegio consistente nella postergazione, in guisa tale da consentire ad alcuni dei creditori concorrenti di soddisfarsi integralmente con precedenza ed accettando, quindi,

l'eventualità di rimanere parzialmente o totalmente insoddisfatti.

Sono queste tutte tecniche volte a consentire al debitore ed ai creditori concorrenti di raccogliere il consenso e l'adesione dei creditori all'accordo.

La ristrutturazione infatti difficilmente investe il solo lato del debitore ma piuttosto entra prepotentemente nei rapporti tra tutti i creditori concorrenti, che sono chiamati ad ordinare, secondo trame negoziali complesse, tanto i loro interessi creditori, quanto, nel caso in cui alcuni di essi subentrino in aziende o rami aziendali, i propri interessi gestionali o di impresa.

5. Ambito di applicazione della esenzione della revocatoria e carattere eccezionale della esenzione stessa

L'esenzione dalla revocatoria, di cui all'art. 67, terzo comma, lett. e), ha logicamente un ambito di applicazione limitato agli atti del debitore posti in essere in esecuzione dell'accordo e funzionali alla ristrutturazione in esso prevista.

Restano estranei pertanto quei possibili atti, pagamenti, concessioni di garanzie che costituiscano un di più rispetto al contenuto proprio dell'accordo e che non risultino strettamente funzionali all'accordo stesso; si pensi, ad esempio, agli atti con i quali il debitore, dopo avere soddisfatto tutti i creditori aderenti, oppure indipendentemente ed in modo non funzionale alla soddisfazione dei creditori o comunque alla continuità dell'attività di impresa, attribuisce i beni residui dell'azienda o comunque del suo patrimonio a suoi possibili successibili o anche a terzi.

Deve essere infatti considerato che la esenzione della revocatoria stabilita dal citato art. 67, terzo comma, lett. e), costituisce una misura del tutto eccezionale, prevista al solo fine di consentire la ristrutturazione dei debiti e che quindi non è suscettibile di essere estesa al di là degli atti che, pur previsti nell'accordo, non costituiscano atti di esecuzione del piano stesso.

Deve essere inoltre considerato che il principio di esenzione della revocatoria è riferito ai soli atti (atti, pagamenti, concessione di garanzie) del debitore e non agli atti che, in occasione dell'accordo, i diversi soggetti partecipanti all'accordo pongano in essere, anche se posti in essere funzionalmente al raggiungimento o all'esecuzione dell'accordo stesso.

Mi riferisco ai frequentissimi atti di rinuncia parziale o totale dei crediti o di pretese di qualsiasi genere, alla concessione di dilazioni, alla accettazione di *pacta de minus solvendo*, o di *datio in solutum* di beni e di

crediti che, non solo sono suscettibili di essere qualificati quali atti anomali ma che possono risultare in contrasto con un equilibrato criterio di sinallagmaticità.

In altre parole, la partecipazione all'accordo di ristrutturazione del debitore può comportare per i diversi creditori partecipanti il compimento, nelle più diverse forme, di atti abdicativi dei propri diritti o l'accettazione di atti che comportano livelli di onerosità astrattamente contrastanti con i principi dell'equilibrio contrattuale.

6. segue: accordi di ristrutturazione nei gruppi di società

Altrettanto frequenti risultano, particolarmente negli accordi di ristrutturazione che investono un debitore che fa parte di un gruppo societario, quegli atti con i quali viene assegnato alle società del gruppo un ruolo funzionale più che con il rispettivo scopo sociale, con le finalità della ristrutturazione del debito di tutte o di parte delle società del gruppo.

L'accordo potrebbe prevedere l'assunzione da parte della controllante dell'obbligo di pagare alcune categorie di debiti della controllata o di far fronte alle spese di funzionamento, come pure potrebbe prevedere l'obbligo per la *holding* (di settore o per l'intero gruppo) di riversare alla sua controllante, i flussi pecuniari provenienti dalla vendita o comunque dalla liquidazione delle società operative, a loro volta controllate dalle *holding* di settore.

La posizione di tali società peraltro può variare a seconda che esse partecipino o meno quali aderenti all'accordo di ristrutturazione.

L'interesse a tale partecipazione, come parte dell'accordo, potrebbe essere giustificata dall'interesse di gruppo ed in particolare dall'interesse affinché altre società che del gruppo fanno parte, possano superare o comunque razionalmente regolare lo stato di crisi. Tale partecipazione sarebbe quindi dettata, non dal fine di regolare con gli altri creditori il proprio stato di crisi attuale, bensì lo stato di crisi del gruppo anche se esso si è manifestato solo in una o alcune e comunque non in tutte le società del gruppo.

La adesione all'accordo quindi in questi casi potrebbe avere la finalità di venire in aiuto alla società o alle società del gruppo, che già si trovano in uno stato di crisi al fine di prevenire oppure di evitare che la crisi di questa si comunichi all'intero gruppo e coinvolga anche le società aderenti che non si trovano in una crisi attuale.

L'accordo di ristrutturazione può pertanto divenire il più immediato ed evidente teatro per l'applicazione del principio dei vantaggi compensativi,

consentendo alle società del gruppo che si trovano o meno in stato di crisi di volgere le proprie risorse e più in generale le proprie scelte gestionali e strategiche a vantaggio del gruppo o delle diverse società del gruppo, fornendo quindi giustificazione ad atti e comportamenti che altrimenti potrebbero essere valutati come pregiudizievoli ed ingiustificati.

Va osservato che lo stato di crisi dell'intero gruppo o di parte di esso, costituisce comunque tanto da parte dei creditori, che delle società debentrici, un forte elemento catalizzatore per una considerazione, delle diverse società che compongono il gruppo come di una realtà del tutto unitaria, con la conseguenza di considerare le risorse patrimoniali ed operative delle singole società potenzialmente al servizio delle esigenze di risanamento del gruppo, complessivamente considerato come una realtà del tutto unitaria.

7. La causa dell'accordo di ristrutturazione

In modo più ampio e generale emerge dalle diverse negoziazioni che scandiscono, in modo talora anche molto complesso l'accordo di ristrutturazione, la presenza di una ragione giustificativa degli spostamenti patrimoniali, degli atti di disposizione, dell'assunzione di obbligazioni o di comportamenti gestori che sono il risultato e sono giustificabili solo nel contesto di una vera e propria autonoma causa negoziale, che possiamo definire *causa di ristrutturazione*.

E' con il richiamo infatti ad una tale causa che, i diversi atti dispositivi del patrimonio, che altrimenti difficilmente potrebbero giustificarsi con le consuete categorie della onerosità-corrispettività, gratuità-sinallagnaticità, vengono assorbiti da una valutazione di funzionalità con l'obiettivo della ristrutturazione del debito.

In questo modo anche questi atti, che valutati isolatamente potrebbero essere ritenuti pregiudizievoli, acquistano un carattere di convenienza la quale, nella sostanza, consiste nel fatto che l'ordinamento giuridico riconosce e attribuisce carattere di meritevolezza ad atti dei privati, volti a rimuovere o regolare il pregiudizio che può derivare direttamente dalla possibile insolvenza dell'imprenditore in crisi.

Se dunque si riconosce una giustificazione causale adeguata agli atti di disposizione compiuti nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dai creditori aderenti, l'attività negoziale compiuta dai creditori aderenti merita anch'essa un riconoscimento, dal quale possono derivare effetti idonei a consolidare positivamente la valutazione del comportamento seguito dal creditore aderente.

Il riconoscimento di una giustificazione causale agli atti di disposizione, che i creditori aderenti compiono nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione, può costituire un elemento rilevante per la valutazione e l'apprezzamento del comportamento di questi nel disporre le diverse forme di rinuncia, quali dilazione del termine, la subordinazione, la rinuncia a garanzie tipiche ed atipiche, l'accettazione di *datio in solutum*, *cessio in solutum*, di *pacta de minus solvendo*, di consolidamento del credito in capitale, ecc.

Il riconoscimento di una causa comporta la possibilità di dare una adeguata giustificazione agli atti compiuti con funzione di ristrutturazione delle pretese creditorie, al fine evidentemente di conseguire il vantaggio di una più conveniente soddisfazione del credito o comunque almeno di un miglior e più efficiente governo della esposizione creditoria.

Queste pretese creditorie possono consistere nella possibilità di ottenere una soddisfazione più ampia, o più rapida, o più efficiente o più controllabile, o oppure nella possibilità di acquisire *assets* o continuare o subentrare in attività ritenute convenienti o comunque più convenienti della pura liquidazione fallimentare.

Anche se gli atti compiuti dai creditori possono dunque trovare per la presenza di una causa giustificatrice una loro definitività, restano comunque aperte le possibilità di una contestazione nei confronti del creditore aderente sotto il profilo del carattere pregiudizievole nei confronti dei creditori nel caso in cui il comportamento del creditore aderente venga ad essere contestato a causa di sopravvenuto fallimento o del configurarsi delle condizioni per l'esercizio della revocatoria ordinaria. Analoga situazione può verificarsi nel caso in cui venga fatta valere la responsabilità per direzione unitaria *ex art. 2497 c.c.*, che potrebbe essere arginata, sempre che ne ricorrano le condizioni, attraverso l'applicazione della giustificazione dell'aver agito entro l'equilibrio fornito dai vantaggi compensativi (ad es. la controllante o comunque la società che esercita direzione unitaria potrebbe andare esente da responsabilità per avere imposto alla propria controllata di rinunciare o di ristrutturare il credito nei confronti del debitore proponente l'accordo, in quanto in questo modo è stato consentito alla capogruppo o ad altre società del gruppo di continuare in attività di fornitura particolarmente significative o essenziali per evitare la crisi di altre società del gruppo).

La causa di ristrutturazione che connota l'accordo di ristrutturazione assume nei creditori aderenti la funzione di riorganizzare dal lato attivo i rapporti obbligatori in essere con il debitore in stato di crisi. Con la riorganizzazione del debito il creditore aderente persegue la finalità di realizzare una maggiore certezza dell'adempimento e, per realizzare tale

risultato, dispone del suo credito attraverso vari strumenti dispositivi che possono consistere in dilazione del termine di adempimento, rinuncia a parte del credito o anche a garanzie, postergazioni rispetto ad altri creditori aderenti e non, accettazione di *datio in solutum*, ecc.

Non può escludersi, peraltro, l'assunzione da parte dei creditori aderenti di impegni, anche onerosi, volti all'attuazione dell'accordo, quale la costituzione di una società *newco*, che svolga la funzione di esigere e gestire i crediti del debitore insolvente, al fine, primariamente, di pagare i creditori aderenti alla scadenza e comunque di ripartire il ricavato fra i creditori aderenti proporzionalmente, o comunque secondo quanto stabilito tra i creditori nell'accordo.

E' ragionevole ritenere che l'assunzione da parte di tutti o parte dei creditori aderenti di impegni così articolati e complessi finisca per innestare nell'accordo un reticolo di obbligazioni della più diversa natura tra i creditori aderenti, i quali ad es. possono investire la costituzione della società *newco*, nella sua gestione, nell'attività di esazione e recupero crediti, di assistenza legale ed aziendale, nella fornitura a prezzi e condizioni stabilite o filtrate dagli stessi creditori aderenti di beni o servizi, nella assunzione a condizioni negoziate con i sindacati dei dipendenti o parte dei dipendenti.

La causa di ristrutturazione che regge l'accordo, se nei rapporti tra debitore e creditori aderenti appare finalizzata a regolare le modalità di adempimento del debitore, nei rapporti tra creditori aderenti risulta finalizzata a creare le condizioni attraverso le quali tale adempimento può essere reso possibile. Ne consegue la stretta interdipendenza delle prestazioni che si snodano tra debitore e creditori aderenti e tra questi ultimi, con conseguente impossibilità di separare i profili genetici o funzionali della causa tra l'una o l'altra serie di obbligazioni.

8. La causa di ristrutturazione attraverso la valorizzazione o la liberazione di risorse

Sulla base dei diversi elementi descritti è possibile pervenire dunque ad una più completa identificazione del contenuto della causa di ristrutturazione.

Essa appare in primo luogo rivolta a governare, attraverso atti negoziali, il conflitto che strutturalmente caratterizza il concorrere di diverse pretese creditorie su un patrimonio del debitore che, a causa dello stato di crisi, si è rivelato o si può rivelare insufficiente a soddisfare l'insieme delle pretese creditorie.

Tale conflitto, che solitamente, secondo la generale disciplina di

sistema, viene regolato attraverso l'instaurazione di specifiche procedure, quali il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, la amministrazione straordinaria, ecc. e quindi con lo spossessamento del debitore e l'assunzione di ogni potere di gestione, di liquidazione e di riparto da parte degli organi della procedura, nel nostro caso viene regolato da quanto il debitore ed i creditori aderenti vengono a stabilire contrattualmente.

Sono i patti che intercorrono nell'accordo che sostituiscono quindi il divieto di azioni esecutive o cautelari, le procedure di liquidazione dei beni, le regole del riparto.

L'accordo comporta l'assunzione da parte dei creditori di autolimitazioni nelle proprie facoltà di esazione e di tutela del credito (attraverso le descritte dilazioni, rinunzie, postergazioni, accettazioni di modalità di estinzione dell'obbligazione diverse dall'adempimento ecc.), le quali, attraverso una sapiente ingegneria delle diverse prestazioni, sono incanalate verso un'ordinata modalità di soddisfazione delle pretese creditorie di tutti gli aderenti.

Il conflitto, e soprattutto il pregiudizio, che può derivare ai vari creditori dall'esercizio della pretesa creditoria in un contesto caratterizzato dalla insufficienza del patrimonio del debitore, è neutralizzato dalle regole che il debitore ed i creditori concorrenti si danno essi stessi nell'accordo.

Questo non esclude che le pretese di un creditore o di una serie di creditori non possano prevalere nell'accordo rispetto ad altre, ma questo non sarà il casuale risultato del modo in cui si possono sviluppare i rapporti di forza tra i creditori, quanto piuttosto degli accordi negoziali raggiunti dai creditori stessi nell'accordo.

La precedenza nella soddisfazione, la misura della rinuncia, l'assunzione di oneri accessori all'accordo non sono quindi il risultato della conflittuale iniziativa dei diversi creditori, ma piuttosto l'attuazione di scelte di convenienza fatte valere e poi stabilite nell'accordo dagli stessi creditori che, ad es. per consentire la rinuncia alle garanzie da parte dei creditori prelatizi, accettano la subordinazione nella soddisfazione del credito, in quanto la liberazione degli immobili dalle ipoteche potrebbe risultare necessaria per la complessiva utilizzazione dell'intero patrimonio del debitore nell'interesse dell'accordo stesso.

Appare evidente che è proprio questo governo negoziale del conflitto, che consente il reperimento delle risorse necessarie alla soddisfazione dei creditori. Reperimento, ma meglio sarebbe dire liberazione delle risorse che, in forma illiquida o potenziale, sono già presenti nel patrimonio del debitore.

L'accordo consente la sospensione del conflitto e la sua regolazione attraverso modalità concordate di soluzione del conflitto stesso. Per questa

via vengono create le condizioni per realizzare la più conveniente liberazione delle risorse a vantaggio tanto del debitore, che dei creditori.

I cespiti attivi dell'impresa in crisi possono essere liquidati secondo le modalità più consone all'interesse di tutti i partecipanti all'accordo, ad es. immobili che sarebbe rovinoso vendere all'asta in un momento di crisi del settore immobiliare, possono essere ceduti *in solutum* agli stessi creditori attraverso conferimento in società di loro pertinenza o più opportunamente create *ad hoc*, ad estinzione dell'esposizione debitoria, attivi del debitore in crisi costituiti da crediti verso i terzi possono essere ceduti *in solutum* o gestiti dagli stessi creditori nell'esazione o nel riparto oppure possono essere cartolarizzati e assegnati ai creditori, all'occorrenza anche avvalendosi della possibilità di operare distinzioni tra i diversi titoli assegnati ai creditori.

L'accordo consente in conclusione al debitore ed ai creditori di attuare la liberazione delle risorse ritenuta negozialmente più opportuna e di disporre nel comune interesse.

L'accordo sviluppa il suo effetto protettivo nel consentire al debitore di negoziare e pattuire il compimento di atti che, senza la speciale esenzione dell'art. 67 l. fall., potrebbero essere assoggettati all'azione revocatoria e nel consentire quella liberazione di risorse altrimenti non attuabile senza l'intesa del debitore con i creditori e dei creditori tra loro.

Va peraltro considerato che il fatto di essere l'accordo di ristrutturazione assistito da una causa adeguata a giustificare gli atti negoziali compiuti dal debitore e dagli aderenti, come pure il fatto che gli atti compiuti dal debitore possano essere esentati dalla revocatoria fallimentare, nel caso di successivo fallimento del debitore, non esclude che gli atti compiuti dai creditori aderenti possano essere in altri contesti valutati nel merito da coloro che sono legittimati a contestare le scelte operate dagli stessi creditori aderenti, quali ad esempio, i creditori degli stessi creditori aderenti, in caso di successiva insolvenza o fallimento di questi, i soci della società, i cui amministratori nell'aderire all'accordo hanno rinunciato in varia forma ai crediti della società, ecc..

Il fatto che l'accordo sia assistito da una solida causa di ristrutturazione e che gli atti compiuti dal debitore siano esenti da revocatoria fallimentare, consente certamente di circoscrivere l'efficacia di tali censure alle ipotesi in cui, sulla base di una indagine di merito da svolgere caso per caso, in concreto emerga un'irragionevole non convenienza o addirittura il carattere pregiudizievole delle scelte operate con l'adesione all'accordo, ma questo dovrebbe passare attraverso una dimostrazione, in concreto, delle possibili altre strade che sarebbero potute essere percorse quale alternativa all'adesione all'accordo di ristrutturazione del comune debitore in crisi.

La possibilità di regolare il conflitto tra i creditori attraverso l'accordo di ristrutturazione trova poi la sua conferma ed il suo contrappeso nella regola che impone il pagamento dei creditori estranei all'accordo alla scadenza ed integralmente.

Quella dei creditori estranei è infatti una categoria per la quale, come abbiamo visto, non si può distinguere tra crediti preesistenti o successivi all'accordo. I creditori estranei mantengono infatti il diritto, loro riconosciuto dal diritto comune, indipendentemente dalla conclusione o dalla omologa dell'accordo. Questi sono per loro *facta inter alios acta*, contratti rispetto ai quali essi sono terzi e, in base al principio della relatività degli effetti del contratto, di cui all'art. 1372 c.c., non possono sopportare limitazioni ai propri diritti dalla conclusione dell'accordo tra il debitore ed i creditori aderenti dell'accordo.

9. L'accordo di ristrutturazione, attraverso la regolazione negoziale delle modalità (anche temporali e quantitative) dell'adempimento e la contemporanea soddisfazione dei creditori estranei, è suscettibile di rimuovere l'insolvenza

La funzione dell'accordo risulta dunque indirizzata a consentire una regolazione dello stato di crisi o della stessa insolvenza, piuttosto che con la soddisfazione concorsuale di tutti i creditori, attraverso l'adempimento da parte del debitore delle obbligazioni secondo quanto concordato nell'accordo stesso.

L'accordo, in particolare, stabilisce la disciplina dello stesso adempimento con la previsione di specifiche deroghe. Sono in particolare le modalità dell'adempimento che vengono determinate dall'accordo e derogate negozialmente rispetto alle regole di diritto dispositivo stabilite dal diritto comune almeno per quanto concerne i creditori aderenti, i quali infatti consentono – secondo gli schemi più diversi –, ad una soddisfazione parziale (piuttosto che integrale), dilazionata (piuttosto che tempestiva), effettuata con prestazioni che potrebbero essere in danaro oppure anche diverse rispetto a quelle originariamente dovute, mentre, al contrario, le modalità dell'adempimento non vengono né potrebbero essere minimamente modificate per i creditori estranei, che infatti debbono essere soddisfatti integralmente ed alla scadenza.

Se quindi con le pattuizioni intervenute con l'accordo, il debitore è effettivamente in grado di far fronte e soddisfare i creditori estranei e di pagare i debiti verso i creditori aderenti, secondo le modalità previste

nell'accordo stesso, risulta sicuramente rimosso lo stato di insolvenza, e nello stesso tempo, lo stato di crisi (i cui contorni sono meno netti), risulta comunque superato.

Tale risultato viene raggiunto per effetto della conclusione dell'accordo tra debitore e creditori aderenti e, se le previsioni del piano che si accompagna all'accordo sono realistiche, il corretto utilizzo delle risorse considerate dal piano consentirà al debitore di pagare regolarmente i creditori estranei, col risultato di allontanare ed escludere il ricorrere dei presupposti di una soddisfazione concorsuale dei crediti e quindi di escludere l'instaurazione di una procedura fallimentare.

Questo risultato viene ottenuto grazie all'accordo con i creditori e l'effetto che viene raggiunto non è in realtà diverso da quanto il debitore poteva realizzare attraverso il concordato stragiudiziale.

Anche in passato, infatti, il debitore ricercava e, spesso, raggiungeva accordi stragiudiziali con i creditori, accordi che gli consentivano di neutralizzare lo stato d'insolvenza, come pure (se questo aveva buon fine), di soddisfare nei termini e secondo i patti dell'accordo stragiudiziale stesso, tutti i creditori. Restavano certamente aperti i rischi ad una eventuale futuro fallimento del debitore, tanto con riguardo alla revocatoria che alla responsabilità penale.

10. I creditori estranei

Anche se estranei all'accordo, i creditori non aderenti non possono definirsi indifferenti all'accordo. Essi potrebbero infatti risultare danneggiati dall'accordo stesso, nel caso in cui le previsioni contenute nel piano o nell'accordo non risultassero adeguate per consentire la soddisfazione dei loro crediti.

In particolare gli estranei sono sicuramente legittimati a far valere con lo strumento dell'opposizione all'omologa tutti i possibili motivi, quali la mancata previsione o l'inaffidabilità, per mancanza di coerenza o di attendibilità o di sufficienza di risorse, della previsione di soddisfare i propri crediti integralmente ed alla scadenza. A tal fine essi possono far valere il fatto che nell'accordo non risulta contenuta una adeguata copertura di tale fabbisogno oppure che tale previsione si presenta non dimostrata o inattendibile.

La posizione di estraneo all'accordo comporta che esso non possa far valere profili più propriamente connessi alla posizione di coloro che sono i partecipanti all'accordo, tanto per quanto concerne i profili contrattuali che

precontrattuali. In ogni caso il comportamento del debitore che sia rivelatore di inadempimento o comunque di mancata esecuzione delle prestazioni assunte con l'accordo assume rilevanza rispetto agli interessi ed alla posizione degli estranei.

Al creditore estraneo restano a disposizione tutti gli strumenti di tutela previsti nel diritto comune. Pertanto dal comportamento inadempiente del debitore verso i creditori aderenti, come pure più in generale dalla mancata osservanza degli impegni assunti dall'accordo, il creditore estraneo (al pari del resto da qualsiasi altro creditore), può dedurre il sintomo di una più ampia incapacità di adempiere regolarmente nei confronti degli estranei secondo il generale principio dell'art. 1186 c.c., che informa l'intera disciplina delle obbligazioni e dei contratti. Con la dimostrazione di un tale *fumus*, il creditore estraneo potrà intervenire attraverso iniziative cautelari, mentre nel caso in cui si manifesti l'inadempimento del debitore nei suoi confronti, potrà porre in essere tutti i rimedi e le azioni previste a tutela del credito e del contratto, compresa la proposizione della domanda di fallimento.

11. Profili funzionali della omologazione dell'accordo rispetto alla esenzione dalla revocatoria e dai reati di bancarotta, in relazione al potere di opposizione all'omologa dei creditori e dei terzi interessati

Se l'accordo di ristrutturazione è idoneo, quale accordo contrattuale, a disporre dei diritti di credito dei creditori aderenti e comunque dei diritti del debitore proponente, solo con l'omologazione dell'accordo viene raggiunto l'ulteriore obiettivo di rendere gli atti di disposizione contenuti nell'accordo di ristrutturazione stipulato dal debitore con gli stessi creditori aderenti, esenti dall'azione revocatoria fallimentare e dai reati di bancarotta.

Il giudizio di omologazione investe, pertanto, la verifica degli elementi che sono presupposto dell'accordo e che sono enunciati al primo comma dell'art. 182 bis..

Vale a dire, la documentazione ex art. 161 l.fall., dell'adesione dei creditori che rappresentano almeno del 60% dei crediti, la relazione del professionista sull'attuabilità dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei crediti estranei.

Rilevo che non viene richiesto dall'articolo in parola l'attestazione della veridicità dei dati aziendali né un tale obbligo si può dedurre dal rinvio all'art. 161 contenuto al primo comma dell'art. 182 bis. Infatti tale rinvio è limitato alla documentazione e non al contenuto della relazione del

professionista. Il contenuto della relazione risulta autonomamente disciplinato dall'ultima parte del primo comma dell'art. 182 bis, che appunto non fa alcun riferimento all'attestazione della veridicità dei dati aziendali. Nello stesso tempo, sul piano ermeneutico si deve ritenere che il rinvio alla sola documentazione di cui alla prima parte dello stesso articolo, non può essere inteso anche come rinvio all'obbligo di attestare la veridicità.

In ogni caso, va da sé che un giudizio di attuabilità necessariamente comprende una valutazione di affidabilità dei dati contabili e fattuali raccolti, ma tale valutazione di affidabilità non comporta la necessità di un giudizio di stretta veridicità.

E' giustificato infatti ritenere che un serio giudizio di attuabilità del progetto di ristrutturazione possa essere rilasciato anche in presenza di una consapevole conoscenza da parte del professionista che redige la relazione, di una possibile difficoltà a verificare in modo del tutto preciso e definitivo la consistenza dei dati aziendali. E questo, in particolare, in tutti quei casi in cui il possibile *range* di difformità delle consistenze sia motivatamente valutato e ritenuto a giudizio del professionista stesso, tale da non influenzare negativamente l'esito della attuabilità dell'accordo in vista del pagamento degli estranei.

Questo potrebbe verificarsi allorquando il volume dei crediti degli estranei sia tale da essere coperto dalle risorse che con certezza sono state valutate nella relazione del professionista, con la conseguenza, quindi, della non essenzialità di una valutazione di stretta veridicità dei restanti dati, il cui *range* di variazione di consistenza risulterebbe non particolarmente rilevante ai fini della copertura del rischio corso dagli estranei.

Allo stesso modo, in tutti quei casi in cui l'accordo che il debitore conclude con i creditori accettanti contiene effetti solamente positivi per i creditori estranei - come nel caso di accordo essenzialmente dilatorio e remissorio e con postergazione -, l'esigenza di valutare i dati aziendali con criteri di stretta veridicità risulta attenuata, considerato che comunque, per effetto dell'accordo, i creditori estranei ricevono, sia pure indirettamente, un trattamento più vantaggioso a causa della dilazione e remissione concessa dagli accettanti, rispetto al trattamento che essi riceverebbero senza che l'accordo fosse stato concluso, in quanto, dovrebbero sopportare l'immediato concorso dei creditori accettanti per l'intero credito di questi, diminuendo così le possibilità di soddisfazione.

I primi elementi (documentazione, adesioni di almeno il 60% dei crediti, requisiti dell'esperto e relazione) potranno essere verificati sulla base di obiettivi riscontri della esistenza o meno degli elementi richiesti.

La verifica della attuabilità ed, in particolare, della idoneità

dell'accordo a pagare regolarmente i crediti degli estranei, viene compiuta dal Tribunale con una valutazione volta a considerare se gli atti di disposizione contenuti nell'accordo depositato sono o meno suscettibili di veder riconosciuta nell'eventuale successivo fallimento l'esenzione dalla revocatoria fallimentare e dai reati fallimentari.

La attuabilità dell'accordo, sotto il profilo della idoneità a pagare i creditori ed in particolare i creditori estranei, costituisce, infatti, la migliore e più realistica e pragmatica verifica della esistenza o meno di una fondata giustificazione per disporre una deroga al regime generale dell'insolvenza (la quale prevede, come è noto la possibilità per il curatore di revocare, con la proposizione della specifica azione gli atti di disposizione del debitore che hanno pregiudicato la *par condicio creditorum*) e quindi per la concessione del privilegio ai creditori aderenti all'accordo della più volta menzionata esenzione dalla revocatoria e dalla bancarotta.

Se infatti l'accordo risulta, sulla base della valutazione effettuata dal Tribunale in sede di omologa sulle modalità e sulle risorse desumibili dall'accordo, dal piano e dalla relazione dell'esperto, idoneo a soddisfare gli elementi alle condizioni dell'accordo e gli estranei, deve ritenersi che ricorrano giustificati motivi per concedere la esenzione in parola.

Si tratta, quindi, della concessione o se si vuole del riconoscimento di una deroga alla generale disciplina fallimentare sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Quindi la concessione della esenzione dalla revocatoria è pur sempre volta ad un risultato valutativo prospettico, riassumibile nella ragionevole previsione che, avendo potuto verificare che con l'attuazione dell'accordo, i creditori aderenti potranno essere soddisfatti secondo le regole contrattuali dell'accordo e i creditori estranei potranno essere soddisfatti regolarmente e alla scadenza, il Tribunale procedendo all'omologazione dell'accordo, potrà così concedere il privilegio della esenzione della revocatoria, in quanto tale deroga alle regole fallimentari, non arreca (o non dovrebbe) prevedibilmente arrecare pregiudizio ai creditori.

Infatti, ripeto, essendo ragionevolmente previsto che questi trovino comunque la soddisfazione del loro credito (gli aderenti secondo le regole dell'accordo e gli estranei integralmente e regolarmente), la concessione della deroga e dell'esenzione non comporta alcun pregiudizio ma anzi, al contrario, consente al debitore e ai creditori aderenti di esprimere una negozialità dai contenuti più liberi quindi più innovativi e vantaggiosi, in vista del superamento o regolazione della crisi.

Considerato, quindi, che il quarto comma dell'art. 182 bis legittima i creditori a contrastare l'omologazione con la proposizione di una specifica opposizione all'accordo, si deve ritenere che solo coloro che siano titolari di

un diritto di credito certo, determinato ed attuale siano effettivamente legittimati a far valere l'opposizione. Tale legittimazione non può essere riconosciuta a coloro che rivendichino un credito non ancora accertato e contestato giudizialmente o anche in via stragiudiziale (sempre che tali contestazioni non siano valutate dal Tribunale come effettivamente rilevanti e soprattutto di pronta definizione in via giudiziale) in sede di valutazione della opposizione.

La natura non accertata e contestata del credito non solo ne rende impossibile l'esigibilità attuale ma ne rende addirittura incerta l'esistenza e l'ammontare. Né d'altro canto, è ipotizzabile una sospensione del giudizio di opposizione in attesa dell'accertamento del credito contestato e della sua eventuale definitività.

Il Tribunale dell'opposizione dovrà piuttosto valutare sulla base di criteri più immediati volti a verificare se quel credito possa rivestire un carattere di attualità tale da incidere in modo rilevante e condizionato sull'accordo concluso con il debitore.

D'altro canto, se i crediti oggi contestati ed indeterminati fossero in futuro definitivamente accertati come efficaci ed esigibili ed il debitore non fosse in grado di adempiere, il pregiudizio che il creditore dovesse venire in quel (futuro) momento a subire, non sarebbe stato certo superabile dall'esercizio della revocatoria da parte del Curatore, considerato che, a causa del più che prevedibile lasso di tempo che occorre per l'accertamento della definitività del credito verso il debitore, anche l'esercizio della revocatoria per rimuovere gli atti dispositivi a suo tempo compiuti con l'accordo, non sarebbe con quasi certezza né possibile, né attuale.

Altri strumenti di diritto comune assai più funzionali ed efficaci sono del resto a disposizione dei titolari di crediti contestati, non accertati e non determinati, per contrastare e neutralizzare gli atti pregiudizievoli del debitore posti in essere con l'accordo di ristrutturazione o in altra sede. Gli strumenti sono quelli ben noti e correntemente fatti valere con le misure cautelari di sequestro conservativo o con i più generali provvedimenti d'urgenza, come pure con l'azione revocatoria ordinaria.

Allo stesso modo il riconoscimento della legittimazione all'opposizione al terzo interessato, cui fa riferimento l'art. 182 *bis* secondo comma, deve ritenersi consentita solo nei casi in cui questi nel proporre opposizioni abbia dato la dimostrazione dell'attualità del pregiudizio che esso, quale terzo, potrebbe subire dall'attuazione dell'accordo concluso dal debitore con i creditori aderenti. Deve, a questo riguardo trattarsi di un pregiudizio cui il curatore dell'eventuale successivo fallimento avrebbe potuto porre almeno in parte rimedio con l'esercizio della revocatoria

fallimentare.

Il diritto del terzo interessato deve comunque riguardare posizioni e interessi di stretta natura patrimoniale, idonei ad essere inquadrati o a trasformarsi, con adeguata immediatezza, in diritti di credito, a) suscettibili di essere efficacemente fatti valere nei confronti del debitore e, b) suscettibili di essere compromessi dagli atti di disposizione che il debitore ha previsto nell'accordo stipulato con i creditori aderenti, attraverso, quindi una dimostrazione da parte del terzo del pregiudizio che potrebbe derivare dalla esenzione dalla revocatoria fallimentare o dai reati fallimentari nel caso di successivo fallimento.

Il riconoscimento della legittimazione al terzo passa quindi necessariamente dalla dimostrazione e dall'apprezzamento da parte del giudice dell'opposizione di un rilevante *fumus* del diritto di credito reclamato, come pure del pregiudizio prospettico che dovrebbe derivare dall'atto dispositivo previsto dal debitore nell'accordo e questo, in stretta connessione con la possibilità di rendere tale atto dispositivo esente dalla revocatoria.

Se così non fosse, anche per questo soggetto, definito *terzo interessato*, si dovrebbe concludere per la esclusione della legittimazione alla opposizione ex art. 182 *bis* quarto comma. Piuttosto il terzo interessato, se ve ne fossero i presupposti, avrebbe la legittimazione alle azioni cautelari, d'urgenza, all'azione revocatoria ordinaria che il terzo potrebbe far valere, indipendentemente dal giudizio di opposizione all'accordo di ristrutturazione, previa dimostrazione del pregiudizio al suo credito potenziale.

In conclusione, il potere di opposizione riconosciuto dall'art. 182 *bis* quarto comma ha una portata strettamente tecnica e non può essere trasformato in uno strumento con il quale si contesta il gradimento o meno di una attività negoziale che, non va dimenticato, è pur sempre *res inter alios acta*, e che il debitore ed i creditori aderenti hanno il pieno diritto di realizzare sulla base dei generali poteri di autonomia privata e libertà contrattuale.

In particolare va considerato che, se il contenuto dell'accordo di ristrutturazione non comporta atti dispositivi del patrimonio del debitore ma (come del resto frequentemente si verifica), contiene nella sostanza solo previsioni dilatorie della scadenza dei crediti o remissori e o di postergazioni che interessano e sono circoscritti e solo ai creditori aderenti (considerato che per definizione non potrebbero mai tali disposizioni negoziali interessare e colpire i creditori estranei), nessuna censura potranno legittimamente avanzare e nessun pregiudizio potranno lamentare i creditori estranei in sede

di opposizione. Infatti non essendoci alcuna modificazione negativa né depauperamento del patrimonio del debitore, dalla dilazione, remissione o postergazione concessa dai creditori aderenti, quali soggetti estranei essi non potranno che trarne vantaggio, con conseguente esclusione, quindi, della legittimazione sostanziale alla contestazione dell'accordo per mancanza di interesse e di rilevanza dell'accordo intercorso tra il debitore e gli aderenti, rispetto alla posizione patrimoniale dei creditori e dei terzi estranei.

12. I vantaggi incentivanti del procedimento di omologa

La disciplina dell'art. 182-*bis* 1. fall., con la previsione di un procedimento di omologazione dell'accordo, consente di raggiungere un ulteriore obiettivo, vale a dire di rimuovere gli accennati rischi revocatori e penali a carico dei partecipanti all'accordo, col risultato di dare una completa definitività agli spostamenti patrimoniali effettuati dal debitore in esecuzione dell'accordo, idonea a resistere anche al possibile scrutinio cui sarà chiamato il curatore del debitore di un eventuale successivo fallimento nella valutazione degli atti pregiudizievoli ai creditori da esso compiuti prima della dichiarazione di fallimento.

L'omologazione da parte del tribunale, oltre a dar luogo agli effetti ora accennati relativi alla esenzione dall'azione revocatoria degli atti che ne costituiscono esecuzione, come pure alla esenzione per gli stessi atti dai reati di bancarotta, secondo quanto disposto dall'art. 217-*bis* 1. fall., aggiunge un ulteriore elemento di affidabilità all'accordo stesso, che discende dal fatto che: a) l'accordo è accompagnato da una relazione di un professionista (in possesso di requisiti legalmente prescritti), che attesta attuabilità dell'accordo stesso e particolarmente la sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei; b) che il tribunale nel procedere alla omologazione, oltre a verificare tutte le condizioni richieste dall'omologa – corretta adesione dei creditori nella percentuale dovuta, presentazione della documentazione richiesta, verifica delle qualità professionali del professionista attestatore -, valuta anche la ragionevolezza dell'accordo e la sua idoneità ad assicurare il pagamento dei creditori estranei.

Ne consegue che, nel momento in cui i creditori vengono richiesti dal debitore di aderire all'accordo, la loro scelta non è solo il frutto di una libera determinazione di autonomia privata, ma piuttosto è espressione di una volontà negoziale coerentemente assistita da elementi informativi, cui la procedura legalmente prevista attribuisce un forte carattere di affidabilità, tanto sul piano della veridicità, che della funzionalità, sulla base dei quali il

creditore aderente può ritenere che, attraverso le risorse liberate dall'accordo, il suo credito verrà soddisfatto secondo le modalità previste e da lui stesso accettate con l'adesione all'accordo.

Non a caso le clausole che di prassi vengono richieste e considerate necessarie nella articolazione degli accordi di ristrutturazione sono quelle che condizionano la singola adesione del creditore alla adesione di tutti o perlomeno di una ampia percentuale di creditori, ed analogamente quelle che condizionano l'efficacia della adesione (e quindi delle diverse scelte di ristrutturazione del debito, che sappiamo possono consistere in possibili rinunce, dilazioni, postergazioni ecc.) alla definitività del provvedimento di omologa dell'accordo stesso.

13. Il blocco legale delle azioni cautelari o esecutive

L'accordo acquista efficacia dal giorno della pubblicazione nel registro delle imprese e per sessanta giorni i creditori per titolo causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, mentre la prescrizione rimane sospesa e le decadenze non si verificano secondo il principio dell'art. 168, secondo comma, espressamente richiamato dall'art. 182 *bis*, terzo comma l. fall..

La funzione di tale blocco è strettamente connessa alla necessità di consentire al tribunale l'esame della istanza di omologazione, dell'accordo, della documentazione e della relazione del professionista ad esso correlata, senza che possano verificarsi *medio tempore* modifiche nella situazione patrimoniale del debitore, che sarebbero inevitabilmente conseguenti al verificarsi di azioni cautelari o esecutive.

Si tratta, dunque, di una temporanea cristallizzazione del patrimonio al fine di assicurare una assoluta corrispondenza tra la situazione patrimoniale descritta e presa in considerazione nell'accordo e quella reale. Questo è necessario per far sì che il provvedimento di omologa dell'accordo sia assolutamente coerente e corrispondente con i presupposti di fatto sui quali si è basato il consenso dei creditori aderenti, come pure che sia coerente con i presupposti che sono contenuti e illustrati dal professionista nella sua relazione e che vengono presi in considerazione dal tribunale nel procedimento di omologa, come pure dai terzi legittimati all'opposizione.

La durata di sessanta giorni di tale blocco delle azioni sul patrimonio del debitore è correlata alla durata presumibile del procedimento di omologazione, che possiamo dedurre dal termine di trenta giorni dalla pubblicazione nel registro delle imprese per la proposizione di opposizioni da

parte dei creditori e di ogni altro interessato. Il tribunale, infatti, non potrà procedere all'omologazione prima che sia decorso tale termine, ma successivamente, sia che siano state o meno proposte opposizioni, il tribunale dovrebbe celermente procedere alla decisione sull'omologa prima del decorso del termine di moratoria di sessanta giorni, al fine di evitare che il decreto di omologa si riferisca ad una situazione patrimoniale superata e diversa rispetto a quella presa in considerazione e che è stata presupposto per l'omologa stessa.

Decorsi i sessanta giorni cessa qualsiasi efficacia del blocco e, conseguentemente, le azioni cautelari o esecutive potranno colpire il debitore, incidendo pertanto sul patrimonio sul quale sono riposte le possibilità di soddisfazione del credito ristrutturato dei creditori aderenti e del credito nella sua integralità dei non aderenti. Sarà questo il più immediato e realistico banco di prova dell'accordo omologato: le pretese che vengono fatte valere con le azioni cautelari o esecutive sono, infatti, verosimilmente promosse da creditori estranei e pertanto si tratta di crediti per i quali l'accordo avrà dovuto necessariamente prevedere il pagamento integrale ed alla scadenza.

In altre parole, nel caso in cui determinati creditori esercitino azioni esecutive o cautelari nei sessanta giorni successivi al deposito dell'accordo nel registro delle imprese, se pure per effetto del blocco, di cui al terzo comma dell'art. 182-*bis* l. fall., appare esclusa l'efficacia delle iniziative cautelari ed esecutive, risulta evidente che tali pretese creditorie dovranno essere prese in considerazione nell'accordo quali crediti vantati da creditori estranei, verosimilmente scaduti e pertanto da soddisfare con la tempestività richiesta dal titolo, una volta decorsi i sessanta giorni del blocco ed indipendentemente dalla circostanza che nel frattempo sia intervenuta o meno l'omologazione dell'accordo da parte del tribunale.

In realtà, anche in questo caso, il problema non risiede tanto nel fatto che uno più creditori avanzi azioni cautelari o esecutive durante i sessanta giorni del blocco, quanto piuttosto che nell'accordo e nel piano, che ad esso si accompagna, sia previsto come soddisfare tali pretese con la tempestività richiesta dal titolo oppure, se il debitore decide di resistere a tali pretese in quanto ritenute non fondate, siano anche esplicitati i motivi della contestazione e comunque siano indicati i mezzi con cui si ritiene di contestare e resistere a tali pretese valutate come infondate o non esigibili.

L'esercizio di tali azioni cautelari ed esecutive nel periodo di blocco - nel caso in cui la potenziale incidenza sul patrimonio del debitore sia rilevante e nel caso in cui non siano state già previste nell'accordo e nel corrispondente piano, le modalità con cui fare fronte a tali pretese -

costituisce in ogni caso un elemento che il debitore deve portare a conoscenza del tribunale affinché sia messo nella condizione di valutare se il sopravvenire di tali pretese, non previste nell'accordo di cui il debitore chiede l'omologazione, abbia conseguenze sulla tenuta dell'accordo, in quanto altri creditori non aderenti potrebbero risultare insoddisfatti o per mancanza assoluta di risorse o perché, considerato il fabbisogno, sia pure ristrutturato dei creditori aderenti, le risorse disponibili potrebbero risultare non più sufficienti a coprire le incrementate pretese dei creditori non aderenti.

Un'omologazione che fosse effettuata dal tribunale all'oscuro di una adeguata informazione al riguardo, costituirebbe motivo di reclamo da parte sia dei creditori aderenti, che dei non aderenti nei confronti del provvedimento di omologa, il quale potrebbe risultare viziato sul piano della mancata previsione di sopravvenute pretese di creditori estranei, come pure eventualmente dell'attualità della loro esigibilità, con conseguente inattendibilità delle previsioni dell'accordo e del collegato piano e quindi infondatezza dell'omologa rilasciata (o richiesta se ci troviamo in una fase antecedente all'omologa).

14. Il provvedimento di blocco delle azioni cautelari ed esecutive su richiesta del debitore

Con il D.L. n. 78/2010, così come convertito dalla L. 30 luglio 2010, n. 122, all'art. 182-*bis* sono stati aggiunti ulteriori commi, nei quali è stata prevista la possibilità per il debitore di richiedere ulteriori strumenti di protezione del patrimonio prima del deposito dell'accordo presso il registro delle imprese.

Il quinto comma dell'art. 182-*bis* prevede, infatti, che il debitore possa richiedere al tribunale un provvedimento di divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive anche nel corso delle trattative e comunque prima della *formalizzazione dell'accordo*. Con quest'ultima espressione dal sapore descrittivo – giornalistico, ritengo che si possa intendere sia la conclusione dell'accordo, che il deposito dell'accordo stesso presso il registro delle imprese.

Successivamente al deposito, infatti, non vi sarebbe ragione di richiedere una siffatta misura di protezione, considerato che essa, come abbiamo visto al precedente comma quarto, deriva quale effetto automatico del deposito dell'accordo.

La situazione che quindi viene considerata dalla norma è pertanto quella precedente al deposito dell'accordo, nel corso della quale il debitore

può avere in corso trattative o avere concluso lo stesso accordo con i creditori aderenti ma, per i motivi più diversi, potrebbe preferire ancora attendere alla presentazione ed al deposito dell'accordo.

In ogni caso il debitore deve accompagnare la richiesta con diversi e rilevanti elementi documentali consistenti nel deposito: a) della stessa documentazione prevista dal primo comma per la richiesta di omologazione dell'accordo, vale a dire la documentazione di cui all'art. 161 l.fall; b) della 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; c) di una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d), circa la idoneità della proposta ad assicurare il regolare pagamento dei creditori, con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare.

Il carattere della documentazione complessivamente richiesta ed il tenore delle dichiarazioni portano a ritenere che la proposta, che viene depositata dal debitore, deve essere quella definitiva sulla quale viene richiesta la adesione dei creditori e che, una volta accettata dai creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti, costituirà l'accordo definitivo, il quale sarà depositato e sottoposto all'esame del tribunale per l'omologa.

La dichiarazione del debitore è diretta, infatti, a certificare che egli sta trattando con i creditori per ottenere la loro adesione a quella proposta con quel contenuto e non certo ad altra proposta con diverso o altro contenuto, come pure la dichiarazione del professionista è diretta a fornire un elemento di valutazione tanto importante quanto univoco e cioè che quella proposta, e non altra, è idonea ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Ai sensi del settimo comma, il tribunale, dopo aver verificato la documentazione ed aver riscontrato la sussistenza dei presupposti per pervenire ad un valido accordo di ristrutturazione, dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive, nonché il divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, assegna un termine di non oltre sessanta giorni perché il debitore depositi il completamento della documentazione già presentata e cioè l'accordo di ristrutturazione definitivamente accettato dai creditori e la relazione del professionista, di cui al primo comma dell'art. 182-*bis* l. fall..

Questa moratoria ha contenuti più ampi, ed in parte diversi, rispetto a quelli previsti dall'art. 168 l. fall. con la presentazione del ricorso di concordato. Più ampi perché al divieto delle azioni esecutive si aggiunge il divieto delle azioni cautelari, diversi perché con la previsione del *divieto di*

acquisire titoli di prelazione, se non concordati, si esclude la possibilità per i creditori di acquisire ipoteche giudiziali, ma si lascia al debitore la possibilità di negoziare e concedere ai terzi pegni ed ipoteche sui propri beni anche durante la moratoria.

È evidente che si tratta di una facoltà di cui il debitore dovrà fare buon uso e che potrà essere consentita dai creditori solo ed in quanto non risulti contraddittoria sia con l'accordo, la cui adesione da parte dei creditori è *in fieri*, sia con gli interessi dei creditori estranei i quali potrebbero interpretare la concessione di garanzie prelatizie quale atto di disposizione a loro danno.

Conseguentemente, se il debitore successivamente depositasse un accordo diverso rispetto al contenuto della proposta di accordo precedentemente depositata, questo configurerebbe il mancato assolvimento da parte del debitore dell'onere disposto dal tribunale, ai sensi del settimo comma dell'articolo in parola, di depositare entro sessanta giorni l'accordo e la relativa relazione del professionista. Tale valutazione deriva dalla considerazione della difformità tra il contenuto dell'accordo e quello della proposta precedentemente depositata e sulla quale si è formata la valutazione del tribunale nel concedere il provvedimento di moratoria e dei creditori nel valutarlo.

La conseguenza sarà pertanto la stessa che si verifica in caso di mancato deposito previsto dall'art. 182-bis, penultimo comma, dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista nei sessanta giorni, vale a dire il venir meno del divieto di cui al sesto comma dell'articolo in parola dalla data di scadenza del termine assegnato dal Tribunale per il deposito dell'accordo di ristrutturazione che risulta non essere poi stato depositato dal debitore.³

Va considerato infatti che, nonostante il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive, si produca con la pubblicazione della istanza di sospensione nel registro delle imprese, i creditori possono, consapevolmente o meno, porre in essere atti che raggiungano la persona ed il patrimonio del debitore nonostante il temporaneo divieto. Se tali atti fossero considerati definitivamente inefficaci, si avrebbe la singolare conseguenza che le più legittime azioni cautelari o esecutive fatte valere nel periodo in cui era vigente il divieto poi rimosso, possano anche successivamente al venir meno del divieto, subire la prevalenza di altre e successiva azioni (ad esempio, l'ipoteca giudiziale inefficace durante il

³ Cfr. Nardecchia, *op. loc. cit.*, il quale giustamente rileva che se il contratto – accordo fosse concluso a condizioni o comunque con un contenuto diverso da quello indicato nella proposta l'accordo, in quanto concluso correttamente, sarà valido ed efficace tra le parti e potrà essere omologato, ma non potrà godere degli effetti protettivi anticipati riservati alla proposta.

periodo di divieto viene preceduta da una pur successiva ipoteca giudiziale iscritta subito dopo la cessazione del divieto).

Considerato dunque che il divieto temporaneamente disposto dal tribunale è risultato del tutto ingiustificato e che pertanto, una volta cessata l'efficacia del divieto il patrimonio del debitore ha riacquisito quel carattere di contendibilità giuridica tra creditori concorrenti, si deve ritenere che le azioni che erano state proposte durante il divieto possono essere proseguite a far data dalla data di cessazione del divieto senza necessità di essere riproposte nuovamente e con attribuzione dell'efficacia degli atti compiuti nel periodo del divieto dal giorno di cessazione stesso (l'ipoteca iscritta nel periodo di divieto risulterà efficace dal giorno successivo alla cessazione del divieto).⁴

Sulla base di queste considerazioni si deve ritenere che l'utilità del ricorso ad una siffatta procedura di moratoria preventiva non può essere riferita alla fase di trattative, in cui il debitore sta elaborando o sta costruendo oppure sta discutendo un testo di proposta sul quale ottenere l'adesione dei creditori. Si tratta infatti di fasi prenegoziali nelle quali il testo ed il contenuto della proposta subiscono continue modifiche ed aggiustamenti di forma e di sostanza affidati per lo più alla elaborazione e discussione dei diversi *mark up*, che costituiscono ormai il più diffuso strumento di costruzione contrattuale utilizzato nella prassi.

Il ricorso alla moratoria preventiva appare praticabile nel momento in cui: a) il debitore si trova in una fase di trattative con i creditori che rappresentano il sessanta per cento dei crediti, nella quale il testo della proposta deve essere considerato definitivo; b) il debitore abbia fondate ragioni per ritenere che tali trattative si concludano positivamente con la conclusione dell'accordo, attraverso l'adesione alla proposta di creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dei crediti ed il professionista rilasci nello stesso termine, la relazione di cui al primo comma dell'articolo in parola.

Nel ricorrere a tale procedura di moratoria preventiva il debitore dovrà inoltre necessariamente valutare altri aspetti che attengono più propriamente alle modalità con le quali si svolge la procedura.

Se infatti con la pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese si produce l'effetto del divieto di azioni cautelari o esecutive e di acquisizione di titoli di prelazione, il tribunale deve poi, nel termine di trenta giorni, fissare l'udienza disponendo peraltro *la comunicazione ai creditori della documentazione stessa*.

⁴ Nello stesso sempo Nardecchia, *op.loc.cit.*, che fa riferimento al venir meno *ab origine* dell'effetto protettivo.

Considerata la complessità ed il carattere voluminoso della documentazione, che di solito accompagna un accordo di ristrutturazione è possibile prevedere che il tribunale, al fine di realizzare la comunicazione ai creditori incaricherà lo stesso debitore di procedere a questo incombenza, se necessario attraverso la messa a disposizione per la consultazione presso la sede dell'impresa o altra sede designata eventualmente anche attraverso strumenti informatici, che con specifiche *password* assegnate ai creditori interessati consentano di effettuare una consultazione o una *due diligence* virtuale a distanza.

Tale comunicazione deve essere rivolta a tutti i creditori indistintamente, siano essi futuri possibili aderenti o non aderenti. Agli stessi sembra che debba essere anche riconosciuto il diritto di partecipare all'udienza nella quale potranno manifestare le proprie osservazioni in ordine alla documentazione loro comunicata ed in ordine alla proposta, come pure in ordine alle dichiarazioni del debitore e del professionista. Infine agli stessi creditori è riconosciuto il diritto di reclamare avanti alla Corte d'appello il decreto di moratoria del tribunale.

Si tratta di un procedimento cui il debitore potrà ricorrere solo ed in quanto abbia solidissime certezze della condivisione da parte dei creditori dell'accordo, in quanto i diversi passaggi descritti espongono il debitore, (ancor più che nella procedura di omologazione dell'accordo prevista dai commi da 1 a 4 dell'articolo in parola), alle contestazioni dei creditori, con il grave rischio che il vantaggio ottenuto con la pubblicazione dell'istanza di moratoria preventiva nel registro delle imprese, nel caso in cui, per qualsiasi motivo, si protragga il procedimento oltre i sessanta giorni previsti, possa comportare per il debitore l'insorgere di una situazione di particolare vulnerabilità, considerato che lo stesso debitore ha dato comunicazione ai creditori del proprio stato di insolvenza o di crisi e che il procedimento di omologazione dell'accordo è ancora *in itinere*.

A questo si può aggiungere un'altra circostanza, dovuta al fatto che nel procedimento di omologazione dell'accordo non viene prevista una specifica forma di comunicazione ai creditori, né un'udienza cui essi possano partecipare, in quanto l'unica fonte di informazione è costituita dalla pubblicazione nel registro delle imprese dell'accordo.

Conseguentemente è facile ritenere che solo i creditori più informati potranno trovarsi nelle condizioni di poter ricorrere e contestare l'eventuale provvedimento di omologa emesso dal tribunale.

Nel caso in cui il debitore ricorra alla procedura di moratoria prevista dall'art. 184-*quater*, settimo comma, 1. fall., più ampia e informata risulterà la platea dei creditori effettivamente in grado di contestare il provvedimento

di omologa del tribunale. Lo stesso debitore, infatti, con la comunicazione prevista dal citato settimo comma (che comporta la possibilità di partecipare all'udienza), ha posto i creditori in una posizione di maggiore vantaggio conoscitivo rispetto alla situazione in cui i creditori si trovano nel consueto procedimento di omologazione dell'accordo. Il debitore dovrà pertanto valutare prudentemente se il ricorso a questa procedura di moratoria preventiva risulti effettivamente conveniente.

Dovrà in particolare considerare se, rispetto alla laboriosità della procedura di moratoria temporanea, che inevitabilmente comporta un gravoso impegno in una fase in cui il debitore è già sicuramente assai occupato nella ricerca delle adesioni con i creditori chiamati a partecipare all'accordo, il vantaggio che potrà conseguire con l'ottenimento di un periodo temporale di moratoria, per il completamento delle adesioni all'accordo, sia effettivamente utile e sufficiente.

Infatti, se pur l'effetto della sospensione si verifica immediatamente dal momento della pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese, il tribunale entro trenta giorni deve fissare l'udienza nella quale dovrà verificare l'esistenza dei presupposti per pervenire all'accordo di ristrutturazione e, nel caso di accoglimento dell'istanza, dovrà assegnare un termine non superiore a sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione del professionista. In conclusione, con l'attivazione di questo procedimento, il debitore potrà contare su un periodo di moratoria che comunque non dovrebbe essere superiore ai tre mesi. Esso costituisce certamente un lasso di tempo utile ma certamente contenuto e potrebbe risultare non sufficiente a consentire al debitore il raggiungimento delle adesioni strategicamente ritenute necessarie.

In ogni caso l'effetto della moratoria, agevolmente ottenuto con il deposito dell'istanza e la pubblicazione nel registro delle imprese, viene meno se il tribunale rigetta l'istanza oppure, se nel termine di sessanta giorni dal decreto di accoglimento del tribunale, il debitore non deposita l'accordo.

15. La prededucibilità dei finanziamenti bancari dei soci e dei crediti dei professionisti (possibile postergazione nell'accordo di ristrutturazione e prededucibilità nel fallimento)

Il D.L. n.78/2010 ha inserito l'art. 182 *quater*, *Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti* nel quale hanno trovato una previsione di protezione i soggetti che, attraverso l'erogazione di finanziamenti, oppure

attraverso l'erogazione di prestazioni professionali, possono contribuire alla riuscita sia del concordato che dell'accordo di ristrutturazione.

In relazione ai finanziamenti, il riferimento è alle sole banche ed ai soci, con esclusione, invero poco comprensibile di altri soggetti, quali ad esempio i fornitori o altri che pur potrebbero avere giustificato interesse alla presentazione e soprattutto alla riuscita dell'accordo di ristrutturazione. Di conseguenza, nel caso in cui eventuali terzi intendessero porre mano a operazioni di finanziamento, essi dovrebbero incaricare una banca ad effettuare il finanziamento per loro conto, fornendone anche la provvista, con gli oneri e le rigidità inevitabilmente connessi ad una operazione siffatta. La banca dovrebbe valutare il merito di credito del creditore che domanda la realizzazione per suo conto di una tale operazione e, nello stesso tempo, valutare la meritevolezza della operazione in sé e comunque sul creditore che conferisce un tale incarico ricadrebbero ulteriori oneri assai gravosi, quali il peso degli interessi e soprattutto il rischio dell'intera operazione, che la banca verrebbe a traslare sul creditore.

La prededuzione è, dunque, riservata ai finanziamenti erogati dalle banche in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione. Il presupposto è che, tanto il concordato che l'accordo, abbiano ottenuto l'omologazione da parte del tribunale. Soltanto, infatti, per effetto del decreto di omologa, la proposta concordataria o dell'accordo di ristrutturazione ha conseguito l'effetto di ristrutturare la posizione debitoria, assegnando ad essa una forma appunto rinnovata e vincolante per il debitore ed i creditori. Le banche che hanno contribuito al buon esito del concordato o dell'accordo potranno contare sulla prededuzione proprio ed in quanto il concordato o l'accordo abbiano conseguito l'omologa da parte del tribunale.

Il testo della norma fa riferimento ai finanziamenti posti in essere in esecuzione del concordato o dell'accordo, ma ritengo che la prededuzione possa essere riconosciuta anche ai finanziamenti erogati prima dell'omologazione in quanto funzionali all'accordo stesso. E' necessario che lo stesso tribunale riconosca espressamente nell'ambito del decreto di omologa tale carattere funzionale e disponga pertanto il carattere prededucibile di tali finanziamenti, nel caso in cui il concordato o l'accordo non abbiano buon esito per successiva revoca o risoluzione del concordato oppure risoluzione dell'accordo.

La manifestazione di volontà alla erogazione del finanziamento deve in ogni caso precedere il provvedimento di omologa. Per i finanziamenti di cui viene prevista l'erogazione successivamente all'omologa dell'accordo, l'impegno ad erogare il finanziamento verrà manifestato dalle banche anteriormente alla conclusione dell'accordo e in ogni caso anteriormente

all'omologa dell'accordo stesso. Ne consegue che la delibera della banca e quindi lo stesso contratto di finanziamento nella pratica prevederanno di condizionare la avvenuta omologazione dell'accordo ed al fatto che il tribunale nel decreto di omologa abbia specificamente disposto il carattere prededucibile di tale finanziamento nell'eventuale fallimento cui, nonostante l'avvenuta omologa, dovesse essere sottoposto il debitore dell'accordo.

Se poi si considera che le condizioni di crisi e spesso di insolvenza del debitore comportano una situazione di grave illiquidità, che determina la necessità per le banche creditrici di effettuare finanziamenti al fine di consentire il mantenimento di una continuità aziendale anche ridotta, appare evidente che buona parte di tali finanziamenti potranno essere erogati nella più completa assenza di merito creditizio del debitore sovvenuto, al solo fine di rendere possibile la presentazione dell'accordo di ristrutturazione sulla cui approvazione ed omologa anche la banca finanziatrice ripone un rilevante interesse volto a realizzare una conveniente partecipazione alla ristrutturazione stessa.

È possibile quindi che, in presenza di risorse scarse per soddisfare i creditori estranei (che potrebbero essere costituiti, ad esempio, da una serie polverizzata di fornitori, oltre che poco raggiungibili anche difficilmente propensi ad accettare le rinunce previste nell'accordo), l'allargamento della esposizione debitoria, conseguente alla erogazione del credito da parte delle banche, renda impossibile o comunque metta in pericolo la soddisfazione integrale dei creditori estranei.

In questi casi sarà necessario che le banche finanziatrici, al fine di evitare che i finanziamenti erogati possano avere un effetto opposto a quello per il quale vengono effettuati e quindi mettano in pericolo la ristrutturazione del debito, che con l'accordo si intende raggiungere, accettino di postergare tali crediti alla soddisfazione dei creditori estranei in modo tale da realizzare anche il loro interesse al buon esito dell'accordo di ristrutturazione ed accedere alla soddisfazione concordata dei loro crediti.

In questo contesto il risultato potrebbe quindi consistere nel trattamento del credito da restituzione dei "finanziamenti ponte" effettuati dalla banca, dapprima quali crediti postergati nell'ambito dell'accordo, mentre successivamente nel fallimento, che dovesse essere dichiarato in caso di inadempimento dell'accordo, nel trattamento in prededuzione dello stesso credito, che in questo contesto verrebbe assunto come funzionale al perfezionamento di una procedura di ristrutturazione che non ha avuto buon esito. Il terzo comma dell'art. 182-*quater*, introduce una previsione del tutto nuova diretta a riconoscere anche ai finanziamenti effettuati dai soci la prededuzione per una parte del finanziamento effettuato.

La novità della disposizione è evidente alla luce della più generale disciplina degli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c., la quale, per i finanziamenti dei soci effettuati in qualsiasi forma in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio tra l'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure, in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un finanziamento, prevede la postergazione del credito rispetto agli altri creditori.

Il riconoscimento della prededuzione è consentito pertanto nei ristretti limiti della previsione della norma, vale a dire per i finanziamenti: a) effettuati in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei crediti e quindi dopo l'omologa dello stesso, b) specificamente previsti nell'accordo quali necessari e funzionali all'esecuzione dell'accordo, c) specificamente presi in considerazione e con espressa disposizione della prededuzione nel provvedimento che accoglie la domanda di omologa dell'accordo.

Emerge quindi una diversa natura e funzione di tali finanziamenti rispetto a quelli presi in considerazione dai citati artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c..

Se questi ultimi, previsti nel codice civile, trovano il loro scopo in una finalità e causa nel conferimento di capitali per sopperire, sia pure in modo indiretto, alla carenza di capitalizzazione della società e per contrastare lo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, gli altri, previsti ora nella legge fallimentare, trovano il loro scopo in un altro e diverso contesto che solo indirettamente investe la società debitrice, in quanto il finanziamento è diretto a sostenere e agevolare la realizzazione della causa dello stesso accordo di ristrutturazione.

In questo senso il finanziamento si pone in stretto rapporto con la finalità di liberare le risorse necessarie: in primo luogo per rendere possibile la soddisfazione integrale ed alla scadenza dei creditori estranei, in secondo luogo per consentire alla società debitrice di realizzare le attività o le operazioni strettamente funzionali a realizzare gli obiettivi dell'accordo.

Ne consegue che il tribunale potrà disporre l'eccezionale trattamento della prededuzione a tali finanziamenti dei soci, solo ed in quanto dal piano e dalla attestazione risulti il loro carattere funzionale alla realizzazione degli obiettivi e delle operazioni previste nell'accordo.

Nel caso in cui tale carattere funzionale e tale finalità non emerga in modo univoco dal testo dell'accordo o del piano o dell'attestazione, nessuna giustificazione potrà trovare la richiesta di ottenere la disposizione della prededuzione nel successivo eventuale fallimento della società.

Come abbiamo già rilevato, la prededuzione non è un diritto che si

accompagna come accade per i diritti di prelazione alla causa del credito, bensì è l'effetto della disposizione giudiziale di uno speciale trattamento prioritario del credito rispetto agli altri creditori concorrenti nella eventuale fase del concorso fallimentare.

Come abbiamo visto, all'attribuzione della prededuzione al credito del socio o delle banche finanziatrici corrisponde in pari misura la riduzione della quota destinata alla soddisfazione dei creditori concorrenti, con conseguente riduzione della misura della soddisfazione su cui questi possono fare affidamento.

È evidente, pertanto, che un tale effetto, così incisivo sul diritto di credito degli altri concorrenti, può essere consentito dall'ordinamento solo ed in quanto ricorrano i presupposti di stretta funzionalità con l'attuazione dell'accordo con la conseguenza che, se il finanziamento fosse stato effettuato dal socio al solo fine di realizzare un sostegno alla società che si trova in una situazione di squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure perché la situazione finanziaria della società rende necessario un finanziamento da parte dei soci, essi non costituirebbero presupposti sufficienti per consentire al tribunale la disposizione della prededucibilità.

I creditori fallimentari non possono infatti subire una diminuzione della loro quota di riparto a favore della soddisfazione dei soci, quando il finanziamento che questi effettuano a favore della società risponde ad un interesse sociale circoscritto al rapporto società – socio e non risponde piuttosto all'interesse che intercorre tra la società debitrice ed i creditori, che, appunto, l'accordo di ristrutturazione intende regolare e risolvere con soddisfazione di tutti i creditori: gli estranei perché tutelati dalla legge e gli aderenti perché volontariamente hanno disposto delle modalità quantitative, qualitative e temporali della loro partecipazione alla soddisfazione in concorso con gli altri creditori.

La dimostrazione di funzionalità dei finanziamenti nell'accordo e nel piano, la valutazione di fattibilità dell'esperto e la valutazione del tribunale di funzionalità di tali finanziamenti alla ristrutturazione del debito, unito alla valutazione di idoneità del piano a soddisfare i creditori estranei, *stacca* questa fattispecie di finanziamento del socio per l'accordo di ristrutturazione dalla fattispecie del finanziamento dei soci di diritto comune, che rimane pertanto disciplinata dal citato art. 2467 c.c., con la conseguenza che, nell'eventuale successivo fallimento, al credito del socio che ha operato finanziamenti a favore della società, in assenza di una previsione nell'accordo e di una disposizione nel provvedimento di omologa, dovrà essere applicato il trattamento della postergazione rispetto agli altri creditori di cui gli artt. 2467 e 2497 c.c..

Considerato inoltre che la prededuzione viene riconosciuta dall'art. 182- *quater* non integralmente bensì fino alla concorrenza dell'80% del credito, alla residua parte dovrà essere applicato necessariamente il trattamento della postergazione, secondo la disciplina generale e di diritto comune dell'art. 2467 c.c..

Nel determinare la percentuale di credito per la quale è ammissibile e disponibile da parte del tribunale la prededuzione, l'art. 182-*quater* sembra far riferimento ad un limite massimo, appunto dell'ottanta % (*fino alla concorrenza dell'80% del loro ammontare*). Ritengo pertanto che, in sede di accordo di ristrutturazione, i partecipanti all'accordo potrebbero anche determinare in una misura inferiore all'80%, la parte del credito per finanziamenti effettuati dai soci alla società con fine e causa legati all'accordo di ristrutturazione.

È possibile infatti ipotizzare che gli altri partecipanti all'accordo, ad esempio le banche oppure determinate categorie di creditori, quali i fornitori, pretendano dai soci della società debitrice un concreto apporto di liquidità per realizzare l'accordo, ma per i motivi più diversi non siano disponibili a consentire, nel caso di fallimento una soddisfazione in prededuzione, in quanto questo potrebbe incidere sulle aspettative di soddisfazione dei loro stessi crediti nel fallimento consecutivo. Nell'ambito di una possibile trattativa è dunque possibile ipotizzare il raggiungimento di un equilibrio intermedio che limiti la richiesta di prededuzione ad una percentuale più bassa dell'80%, in modo ad esempio uguale o simile o comunque rapportato alla misura di soddisfazione per la quale gli stessi creditori aderenti hanno ritenuto di limitare la loro soddisfazione nell'accordo di ristrutturazione. Se, ad esempio, quest'ultimi rinunciano, nell'accordo di ristrutturazione al 50% del loro credito, e se quindi hanno ragione di immaginare che ancora più bassa potrà essere la percentuale di soddisfazione nell'eventuale successivo fallimento, gli stessi potrebbero pretendere che anche i soci finanziatori debbano limitare la prededuzione entro un certo limite che potrebbe essere, ad esempio, non superiore al 50 % o più basso, per evitare vistose diversità di trattamento tra creditori di pari rango e di pari impegno nella costruzione dell'accordo.

Il riferimento all'art. 182-*quater* l. fall., oltre all'art. 2467 c.c. anche all'art. 2497-*quinquies* c.c., che stabilisce anche per i finanziamenti effettuati da società del gruppo che non partecipino direttamente alla compagine sociale della società cui è destinato il finanziamento, la postergazione rispetto agli altri creditori, consente di comprendere tra i soggetti cui l'accordo di ristrutturazione ed il provvedimento di omologa può riservare il favore della prededuzione nel successivo fallimento, per i finanziamenti effettuati a

favore della società debitrice, anche la società che, nell'ambito del gruppo, esercita attività di direzione e coordinamento nei confronti della debitrice, come pure altre società che nell'ambito del gruppo siano chiamate a compiti di sostegno in funzione della conclusione ed omologa dell'accordo di ristrutturazione di una società del gruppo o, come ormai sempre più spesso si verifica nel complessivo accordo di ristrutturazione dell'intero gruppo o dei diversi accordi di ristrutturazione tra di loro collegati e volti nel loro complesso a ristrutturare l'esposizione debitoria dell'intero gruppo.

In ogni caso non vedo contraddizione (come sembra sollevare taluno), nel fatto che la prededuzione venga riconosciuta entro il limite massimo dell'80% e che l'altro 20% debba essere in ogni caso postergato. Non solo in questo modo si conferma la eccezionalità assoluta della prededuzione, ma si conferma la regola generale di diritto comune della postergazione. Il criterio rispecchia la volontà del debitore di *vestire* con una cornice causale sicuramente onerosa l'operazione di finanziamento per il socio. Nella sostanza sembra che la legge abbia voluto consentire al socio l'operazione di finanziamento in una posizione pari a quella riconosciuta alla banca per i già visti finanziamenti ponte ma che abbia appunto a stabilire una onerosità formalmente eventuale ma pressoché certa, del 20% che resta in prededuzione e quindi assai probabilmente insoddisfatto.

La giustificazione della prededuzione risiede in questo caso in modo ancora più evidente nella finalità di rendere possibile la conclusione dell'omologa e la fattibilità dell'accordo di ristrutturazione, in quanto l'intervento della capogruppo o comunque di una società del gruppo che esercita o è strumento della direzione unitaria, si giustifica in vista della realizzazione di un obiettivo, in questo caso di ristrutturazione del debito di parte o dell'intero gruppo. Anche in questo caso sarà comunque necessario che l'accordo preveda il finanziamento e la sua finalità funzionale all'accordo, che l'attestatore ne verifichi la plausibilità e la fattibilità, e che il tribunale, sulla base di una adeguata valutazione, lo disponga nel provvedimento di omologa.

16. Le modalità di conclusione dell'accordo di ristrutturazione

Come si evince dalla stessa formulazione dell'art. 182-*bis* 1. fall., il testo dell'accordo che il debitore provvede a depositare in Tribunale presuppone la sua preliminare definizione, nonché l'avvenuto raggiungimento dell'adesione da parte dei creditori.

Come noto, e come indicato dalla norma in parola, l'accordo, una volta

depositato in Tribunale, deve poi essere iscritto presso il registro delle imprese competente (ovvero quello in cui la società ha la propria sede).

Il secondo comma della norma in esame specifica infatti che *“l’accordo è pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della pubblicazione”*.

Dalla lettura dell’articolo si evince che il deposito in cancelleria debba precedere quello al registro. Nonostante il tenore letterale della norma, taluni ritengono che sia da seguire il percorso inverso, in quanto il Tribunale dovrebbe conoscere l’avvenuto adempimento dell’onere del deposito necessario per la pubblicazione e per rendere efficace l’accordo, che può avvenire attraverso una certificazione di *“avvenuto deposito”* rilasciata dal registro.

Parte della dottrina⁵ addirittura ritiene che qualora il *“ricorso venisse proposto senza la prova dell’avvenuto deposito, il tribunale dovrebbe chiudere immediatamente il giudizio con una pronuncia di inammissibilità”*.

Al contrario, per averlo riscontrato nella pratica, ritengo che sia preferibile procedere con un preventivo deposito dell’accordo presso la cancelleria del Tribunale competente, affinché questo proceda ad una previa verifica circa la completezza della documentazione, anche al fine di velocizzare il successivo giudizio di omologazione.

Il Tribunale potrà infatti, già prima del decorso dei trenta giorni decorrenti dalla pubblicazione presso il registro delle imprese, procedere con una prima analisi dell’accordo depositato, eventualmente richiedendo integrazioni con riferimento alla documentazione prodotta, residuando solo in seguito il giudizio relativo alle eventuali opposizioni.

L’iscrizione presso il registro delle imprese svolge una fondamentale funzione di pubblicità, in quanto prodromica a consentire l’esercizio della facoltà di proporre opposizione disposta dalla legge (art. 182 *bis*, quarto comma, l. fall.) in favore dei creditori non aderenti all’accordo, e ad ogni altro soggetto interessato, nel termine di trenta giorni dall’iscrizione medesima⁶. Proprio a seguito della pubblicazione⁷ nel registro delle imprese l’accordo acquista la sua efficacia.

⁵ M. FERRO, *Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2005, 56.

⁶ Dal certificato ordinario e dalla visura ordinaria risulterà l’avvenuta pubblicazione dell’accordo di ristrutturazione, con l’indicazione della data di trascrizione, che determina il momento dal quale cominciano a decorrere i trenta giorni per l’opposizione da parte dei creditori.

⁷ Il termine “pubblicazione” deve intendersi in senso atecnico, come “deposito”, che costituisce dunque il momento di efficacia dell’accordo con riguardo ai creditori che vi abbiano prestato adesione. D’altro canto, la normativa relativa al registro delle imprese non contempla “pubblicazioni”, bensì unicamente iscrizioni o depositi.

Il successivo giudizio di omologa del Tribunale deve poi verificare la fondatezza dei requisiti oggettivi e soggettivi, e decidere sulle eventuali opposizioni presentate.

Il Tribunale di Milano⁸ si è recentemente espresso nel senso che: “*Il collegio deve valutare anche il merito del ricorso e soffermarsi sulla concreta attuabilità del piano, intesa come il rispetto coerente degli accordi prospettati sulla base delle concrete prospettive di realizzo basandosi su di un ragionevole grado di monetizzazione con particolare attenzione alla posizione dei creditori estranei all’accordo*”.

Se non ci sono opposizioni il Tribunale provvederà senza instaurare il contraddittorio, verificando comunque il rispetto formale della documentazione presentata e valutando l’esistenza delle risorse da destinare ai creditori estranei. Al contrario, nell’ipotesi in cui vi siano opposizioni, il Tribunale procederà in contraddittorio tra le parti, pronunciandosi con decreto motivato in Camera di Consiglio. Il decreto sarà poi reclamabile avanti alla Corte d’appello, entro 15 giorni dalla pubblicazione nel Registro delle Imprese.

Il tenore letterale della norma potrebbe per assurdo far propendere per un’interpretazione diretta ad affermare che, solo in caso di contestazione, verrebbe ad innestarsi l’eventuale procedimento di omologazione. In realtà l’omologazione è sempre necessaria, a prescindere dalla presenza o meno di opposizioni affinché l’accordo di ristrutturazione produca gli effetti di cui all’art. 67, terzo comma, lettera e) l. fall. E’ solo con l’omologa infatti che il Tribunale valuta l’attuabilità dell’accordo, e la sua idoneità a consentire il pagamento dei creditori estranei all’accordo rigettato da parte del tribunale.

Sebbene l’art. 182 *bis* l. fall. non preveda una determinata forma *ad substantiam*, si ritiene la forma scritta in concreto necessaria, stante la sopra richiamata necessità del deposito presso il Registro delle Imprese.

Inoltre, sebbene la normativa in esame non prescriva l’autenticazione delle sottoscrizioni, si ritiene che tale adempimento sia affidato alla discrezionalità del debitore e che ricada su chi ne abbia interesse l’onere di effettuare gli opportuni controlli, oltre che la facoltà di formulare apposite contestazioni aventi ad oggetto l’autenticità dell’adesione da parte di taluni creditori.

Occorre però osservare che la discrezionalità in ordine alla richiesta di autenticazione delle sottoscrizioni è soltanto apparente, in quanto l’autenticità delle medesime, oltre che la relativa certificazione ad opera di

⁸ Decreto del Tribunale di Milano depositato in data 23 gennaio 2007.

un terzo soggetto dotato di siffatto potere⁹, consegue direttamente all'obbligo della pubblicazione dell'accordo presso il registro delle imprese¹⁰.

La scrittura privata autenticata, peraltro, in virtù di quanto disposto dall'art. 474 c.p.c., acquisisce natura di titolo esecutivo in ordine alle obbligazioni contemplate nell'ambito della medesima aventi per oggetto somme di denaro: ne discende un rafforzamento della tutela del creditore aderente all'accordo, ove questi intenda richiedere l'attuazione del piano nell'ipotesi in cui il debitore non adempia alle obbligazioni assunte mediante l'accordo medesimo.

Vi è da chiedersi però se l'accordo di ristrutturazione dei debiti debba essere anche autenticato nelle sottoscrizioni da parte di un notaio, vista la supposta "necessità insopprimibile di valorizzare la genuinità della manifestazione della volontà dei creditori unitamente al momento della successiva pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese"¹¹. Tale ricostruzione, sostenuta anche in dottrina¹², si fonda sulla necessità di garantire l'autenticità delle sottoscrizioni e la provenienza degli obblighi al fine di assicurare l'effettivo raggiungimento delle maggioranze previste dall'art. 182 *bis* l. fall.

La tesi non sembra però del tutto sufficiente a giustificare la necessaria autentica, non tanto per gli inconvenienti pratici e per gli eventuali costi accessori, ma soprattutto perché non vi è nessuna previsione legislativa che imponga l'intervento del notaio¹³.

⁹ Si ritiene, inoltre, che la funzione di autenticazione non possa essere svolta da parte dell'esperto demandato ad attestare l'attuabilità dell'accordo medesimo, non in quanto non dotato di siffatto potere certificativo, bensì in quanto figura cui il legislatore assegna un compito di natura diversa. Tale funzione, peraltro, non pare possa essere riservata neppure al cancelliere ovvero al conservatore: la relativa esclusione è direttamente consequenziale all'antiorità dell'accordo sia alla pubblicazione presso il registro delle imprese che al deposito per l'omologa presso il Tribunale.

¹⁰ La giurisprudenza (decreto del Tribunale di Bari del 21 novembre 2005) ha pienamente confermato tale assunto, ritenendo in particolare che "la necessità insopprimibile di valorizzare la genuinità della manifestazione della volontà dei creditori unitariamente al momento della successiva pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese impone che le sottoscrizioni debbano essere autenticate e certificate da un soggetto dotato di tale potere".

¹¹ Così, testualmente, Trib. Bari 21 novembre 2005, cit. Gli stessi Registri delle imprese, per la verità, non sembrano aver adottato un atteggiamento unanime, differenziandosi da luogo in luogo. Ne dà conto L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo tagliando a tre anni del "decreto competitività"*, loc. ult. cit., nota 28.

¹² Per cui vedasi: G. PRESTI, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, in *Fall.*, 2006, 174; M. LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 382.

¹³ In questo senso G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"* a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2008, 589.

La necessità dell'intervento notarile ai fini dell'autentica delle sottoscrizioni potrebbe, però, essere fatta discendere dal Regolamento di attuazione in materia di istituzione del registro delle imprese (DPR n. 581 del 7 dicembre 1995) che prevede, all'art. 11, l'autentica quale elemento necessario ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese.

L'art. 182 *bis* l. fall. non esplicita però in quale forma debba essere integrata la pubblicazione nel registro delle imprese ed in particolare se si tratti di iscrizione o di deposito¹⁴. Tale imprecisione, per la verità più volte riscontrabile nel nostro ordinamento, impone all'interprete di capire a quale dei due tipi di pubblicazione esistenti gli accordi di ristrutturazione siano soggetti, visto che da tale pubblicazione acquistano efficacia.

Secondo una prima ricostruzione la pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti dovrebbe essere ricondotta all'istituto del "deposito" nel Registro delle Imprese, e dunque senza necessità di autentica delle sottoscrizioni, in quanto sufficiente a garantire una adeguata tutela degli interessi dei creditori estranei. In realtà, allora, sembra possibile ritenere che la pubblicazione nel Registro delle imprese cui fa riferimento l'art. 182 *bis*, quarto comma, l. fall., sia da intendersi come "iscrizione", posto che la legge ricollega a tale pubblicità una serie di effetti legali, non supportabili da un mero deposito. Sembra allora possibile, proprio in forza delle considerazioni che portano ad affermare che la pubblicazione sia da ricondurre alla forma dell'"iscrizione" nel Registro delle imprese, e visto che possono essere iscritti solo gli atti autenticati nelle firme, sostenere la necessità dell'intervento notarile in funzione di autentica delle sottoscrizioni.

Premesso che molteplici sono le modalità attraverso le quali è possibile addivenire alla formalizzazione dell'accordo nella sua versione definitiva, si intende in questa sede fornire all'interprete un suggerimento concreto, che trova fondamento nell'esperienza pratica e che, ad avviso di chi scrive, pare fra i più soddisfacenti per fornire un temperamento tra le esigenze di certezza e di celerità, in particolare nelle procedure che presentano un maggiore grado di complessità determinato, oltre che dall'intreccio dei reciproci rapporti obbligatori, anche dal cospicuo numero di creditori potenziali aderenti.

La tecnica di conclusione dell'accordo cui si fa in questa sede riferimento è quella attuata mediante scambio di corrispondenza.

Più precisamente essa prevede che si proceda al deposito formale del testo dell'accordo, così come definito tra le parti contraenti, agli atti di un Notaio, in modo tale da conferire certezza circa la definitività del contenuto

¹⁴ Per questa seconda modalità l'art. 14 del DPR n. 581 del 7 dicembre 1995 non fa riferimento alla necessaria preventiva autentica delle sottoscrizioni.

del contratto. A seguito di tale operazione il documento assumerà così un numero di repertorio e un numero di raccolta, e si potrà così garantire, a tutti i possibili creditori aderenti, la sua conseguente immodificabilità, con l'ulteriore vantaggio di consentire loro di rivolgersi direttamente presso lo studio del Notaio depositario per ottenere una copia conforme all'originale del testo, in modo tale da essere certi in merito al testo sul quale si forma la propria volontà.

Tale procedimento mostra la sua utilità in tutte quelle fattispecie in cui, l'elevato numero di soggetti che dovrebbero prestare la propria adesione all'accordo, e la loro differente collocazione geografica, rende pressoché impossibile l'apposizione contestuale di tutte le sottoscrizioni in calce ad un unico documento. In siffatte situazioni si rende poi opportuno predisporre una serie di lettere, indirizzate a ciascuno dei creditori oblati, contenenti la proposta di conclusione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, il cui testo per comodità non viene allegato (anche alla luce del fatto che esso, unitamente a tutti i relativi allegati, si compone spesso di un elevatissimo numero di pagine), ma viene semplicemente identificato con una *relatio* formale al contenuto del documento depositato agli atti del Notaio.

A tale proposta, parimenti depositata agli atti di un Notaio, per le medesime ragioni di opportunità sin qui descritte, seguiranno le accettazioni dei singoli creditori oblati.

Sia la proposta che le accettazioni dovranno presentare un'autentica notarile delle sottoscrizioni, al fine di assolvere all'onere di forma necessario alla luce del successivo deposito presso il registro delle imprese, per le predette motivazioni.

Non minor rilevanza riveste poi il profilo fiscale.

L'accordo di ristrutturazione non ha costituito oggetto di autonomo interesse da parte del legislatore "tributario" e ciò appare logico alla luce di quanto si è detto sopra in merito alla estrema varietà di contenuti che può assumere il contratto di cui all'art. 182 *bis* l. fall., il quale si presenta più come un "contenitore vuoto", idoneo ad essere "riempito" con i contenuti più vari, ossia uno schema negoziale piuttosto che un tipo contrattuale autonomo.

Senza voler occuparsi in questa sede dei riflessi fiscali dell'istituto, si ritiene sufficiente precisare che, al fine di stabilire i profili relativi alla sua tassazione si renderà pertanto necessario esaminarne, caso per caso, il contenuto, al fine di verificare se l'accordo stipulato sia in concreto soggetto ad imposizione in misura fissa, ovvero proporzionale, senza poter *ex ante* effettuare generalizzazioni con riferimento all'istituto *de quo*.

In ogni caso la questione pare potersi considerare efficacemente superata seguendo la modalità di conclusione attraverso scambio di

corrispondenza, posto che, ai sensi dell'art. 1 della Tariffa parte seconda, allegata al testo unico n. 131 del 26/04/1986 in tema di imposta di registro, i contratti conclusi attraverso tale modalità sono soggetti a registrazione solo in caso d'uso¹⁵.

¹⁵ Il tema è assai semplificato nelle ipotesi in cui la ristrutturazione avvenga esclusivamente in ambito bancario, in quanto, ove l'accordo di ristrutturazione possa essere ricondotto ad una mera ristrutturazione di operazioni di finanziamento bancario, riconducibile a finanziamenti a medio lungo termine, per tali operazioni può venire in aiuto la previsione di cui all'art. 15 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 601, che prevede l'esenzione dall'imposta di registro, dall'imposta di bollo, dalle imposte ipotecarie e catastali e dalle stesse sulle concessioni governative.