

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI NELLA RIFORMA DELLA LEGGE FALLIMENTARE

ANGELA BELLO

SOMMARIO: - 1. Introduzione. - 2. Accordi di ristrutturazione e concordato preventivo. - 3 Accordi di ristrutturazione e accordi di risanamento. – 4. Presupposti e contenuto degli accordi di ristrutturazione. – 5. Relazione dell’esperto. - 6. Opposizione ed omologazione: tutela dei creditori estranei. – 7. Efficacia e inadempimento.

1. INTRODUZIONE

Il 12 maggio 2005 è stata approvata al senato la legge 14 maggio 2005, n.80¹, di conversione del decreto legge 14 marzo 2005, n.35, c.d. decreto sulla competitività, il cui art. 2 ha apportato significative modifiche agli istituti della revocatoria fallimentare e del concordato preventivo e ha introdotto nel nostro ordinamento la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Così, dopo un iter legislativo molto lungo e frastagliato² e sull’onda del fragore suscitato dai recenti avvenimenti che hanno sconvolto la nostra

¹ Intitolata “ Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 marzo 2005, n.35, recante disposizioni urgenti nell’ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali. Pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 111 del 14 maggio 2005, Supplemento ordinario n.91. Lo schema di D. lgs. è stato approvato dal CdM il 23 settembre 2005, in esame preliminare sulla base delle bozze presentate dai Ministeri coproponenti Economia e Giustizia. A questo fine il Ministro della giustizia con decreto del 31 maggio 2005 ha costituito presso il Ministero una Commissione Tecnica per la redazione dello schema, composta tra gli altri dai proff.ri Angelici, Fortunato, Fabiani, Jorio, Ferro Luzzi, Fimmanò e Stanghellini.

² Senza dubbio va evidenziato il lavoro e il contributo della Commissione Trevisanato, istituita nel 2001, che presentò uno schema di legge delega in cui vi erano due testi distinti di riforma (uno votato a maggioranza e uno approvato dalla minoranza), accomunati però dallo stesso *favor* per le soluzioni negoziali delle crisi. Nel 2004 venne creato istituito un gruppo ristretto della stessa Commissione che ha presentò un vero e proprio disegno di legge di riforma delle procedure concorsuali, rimasto bloccato al senato. Nonostante le divergenze tra i due progetti Trevisanato, la Commissione aveva comunque dato rilievo, tra l’altro, alle soluzioni concordate della crisi d’impresa; il disegno di legge del gruppo ristretto aveva previsto la possibilità per il debitore di

economia, facendo avvertire in maniera traumatica l'inadeguatezza dell'impianto normativo del R.D. del 1942, è entrata in vigore la prima parte della tanto attesa riforma del diritto fallimentare, da diverse parti subito bollata come insufficiente e inadeguata.³

La stessa legge n.80, all'art.1, commi 5 e 6, ha delegato il Governo ad emanare, entro centottanta giorni dall'entrata in vigore, uno o più decreti legislativi volti a realizzare una riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali⁴. E ciò innanzi tutto per colmare le non poche lacune presenti nella stessa legge n. 80, sfuggite anche in sede di conversione, realizzando gli opportuni adattamenti e integrazioni tra vecchia e nuova disciplina⁵, necessari per giungere ad una risistemazione complessiva della materia fallimentare. E' del 23 settembre 2005 l'approvazione da parte del Consiglio dei Ministri dello schema di decreto legislativo recante "la Riforma organica delle procedure concorsuali", attualmente in Parlamento per i pareri delle commissioni competenti.

Pur essendo di estremo rilievo le novità riguardanti revocatoria⁶ e concordato preventivo⁷, ciò che desta più curiosità è senza dubbio la disciplina normativa, ad opera del nuovo art. 182-bis, degli accordi di ristrutturazione dei debiti, che, pur non essendo stati circondati da tutte quelle garanzie che li avrebbero avvicinati ai c.d. *prepackaged* statunitensi, da più parti⁸ invocate come presupposti imprescindibili per un loro proficuo

predisporre "un piano di composizione della crisi". Successivamente venne presentato prima un progetto di legge dal gruppo parlamentare DS e, poi, un maxi-emendamento, approvato dal Governo il 22 dicembre 2004, ad un vecchio disegno di legge del 2002 (S1243), denominato 'miniriforma', ma mai definitivamente approvato. Alcune norme del maxi-emendamento sono confluite nel D.L. 14 marzo 2005, n.35, poi convertito nella legge 14 maggio 2005, n.80.

Per una più esatta ricostruzione delle varie tappe della riforma vedi L. Panzani, *Il d.l.35/2005, la legge 14 maggio 2005, n.80 e la riforma della legge fallimentare*, in www.fallimento.ipsoa.it.

³ Cfr. M. Fabiani, *Le trasformazioni della legge fallimentare* e S. Pacchi Pesucci, *Il nuovo concordato preventivo*, in <http://fallimento.ipsoa.it/Riforma.asp>.

⁴ La delega non interessa tutto l'ambito del diritto fallimentare, non essendo infatti prevista la rivisitazione della parte inerente i reati fallimentari.

⁵ L'art. 1, comma 5, legge di conversione, delega il Governo a realizzare *anche il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti*.

⁶ La riforma ha innanzi tutto dimezzato il periodo sospetto che, in alcuni casi, è stato ridotto ad un anno, in altri a sei mesi, ma ha circoscritto notevolmente l'ambito di applicabilità della procedura, individuando una serie di atti nei confronti dei quali la revocatoria non è esperibile.

⁷ Oltre al venir meno dei requisiti soggettivi di meritevolezza e alla sostituzione dello stato d'insolvenza con lo stato di crisi, nella disciplina del nuovo concordato preventivo ruolo centrale spetta al piano redatto dall'imprenditore e sottoposto all'approvazione dei creditori, attraverso il quale si tenta di trovare le migliori soluzioni negoziali per la convergenza dei rispettivi interessi. Ulteriore novità è la suddivisione dei creditori in classi, soluzione ispirata dal diritto anglosassone

⁸ Cfr. S. Bonfatti, *op. cit.*, p.2 e 3. L'autore ritiene che l'osservazione della prassi in materia di composizione negoziale delle crisi d'impresa indurrebbe ad individuare cinque presupposti di

utilizzo, costituiscono senza dubbio una novità positiva per il nostro ordinamento.

Trattasi di un istituto ampiamente conosciuto e diffuso nella prassi, ben definito in molte legislazioni straniere⁹, già codificato dall'ABI nel Codice di Comportamento Banche-Imprese in crisi varato nel 1999¹⁰, di cui si attendeva con impazienza una collocazione ufficiale anche nell'ordinamento, essendo unanime il riconoscimento della loro efficacia come strumenti di risoluzione negoziale della crisi d'impresa¹¹, anche nel senso di un suo risanamento¹².

successo (evidenziati dal progetto di riforma presentato dall'ABI) di una disciplina normativa di tali accordi: 1) vincolatività dell'accordo anche per i creditori dissenzienti, ovviamente in presenza di precise condizioni; 2) produzione di *effetti protettivi* immediati a favore del debitore; 3) produzione *effetti protettivi* successivi a favore dei creditori (sia sotto il profilo di evitare loro l'imputazione di responsabilità penali, sia sotto quello dell'esenzione da revocatoria dei loro atti posti in essere in esecuzione del piano o dell'accordo); 4) meccanismi di agevolazione della formazione del consenso dei creditori (formazione di classi); 5) trattamento preferenziale (prededuzione) ai crediti concessi in funzione dell'attuazione del tentativo di composizione negoziale della crisi, in caso di fallimento successivo.

⁹ Principale punto di riferimento è la legislazione statunitense che, al *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*, disciplina la procedura della *Corporate Reorganization*, in cui occupano un posto centrale gli accordi tra debitore e creditori, nell'ottica di una notevole considerazione e sensibilità per le ragioni dell'impresa e dell'imprenditore (*debtor oriented*), cui si cerca di fornire il c.d. *fresh start*, ovvero una nuova opportunità di operare sul mercato. Nella procedura statunitense è prevista anche la suddivisione dei creditori in classi secondo interessi omogenei, e il trattamento differenziato delle singole classi; la differenza più rilevante rispetto agli accordi di cui all'art. 182-bis è data dalla regola del "*cram down*", secondo la quale, se c'è almeno una classe di creditori a favore dell'accordo, questo si impone anche ai creditori il cui dissenso rispetto all'accordo non è giustificato perché non ricevono un trattamento iniquo, ovvero un trattamento inferiore a quanto potrebbero ricevere in sede di liquidazione dell'impresa.

Anche il sistema francese prevede la possibilità di raggiungere un accordo tra debitore e creditori, sotto la sorveglianza però di un conciliatore (un magistrato) che può arrivare a sostituire l'imprenditore nella gestione dell'impresa. Tale accordo non si estende automaticamente ai creditori che non vi aderiscono. E', inoltre, prevista la sospensione provvisoria delle iniziative esecutive sul patrimonio del debitore.

¹⁰ Tale codice è "liberamente" ispirato al c.d. London Approach, cioè il sistema inglese predisposto per far fronte alle crisi d'impresa attraverso l'accordo tra le banche coinvolte nel dissesto, le quali si impegnano ad assumere atteggiamenti comuni di "disponibilità" nei riguardi dell'imprenditore, volti ad offrirgli gli strumenti per poter superare la crisi, compresa ovviamente l'erogazione di ulteriore credito. Trattasi di un sistema basato su regole non scritte e/o dettagliatamente precostituite, il cui successo è garantito dall'autorevolezza e autorità della Banca d'Inghilterra, che ha la funzione di coordinare tutti i tentativi di salvataggio delle imprese in crisi.

¹¹ Secondo S. Bonfatti, *La promozione e la tutela delle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa nella riforma della legge fallimentare*, in www.Iudicium.it, p.1, la composizione negoziale delle crisi d'impresa è un fenomeno caratterizzato da due anime: quella degli accordi stragiudiziali e quella degli accordi che si raggiungono in sede giudiziale e sotto la sorveglianza dell'A.G.. La dottrina e i vari progetti di riforma della legge fallimentare avrebbero fatto emergere un terzo genere di accordi, quelli formati prima e fuori dall'accesso dell'impresa a

Già da tempo, infatti, debitori e creditori sono soliti ricorrere a concordati stragiudiziali per definire i loro rapporti e cercare di superare l'insolvenza, ma ciò è sempre avvenuto senza poter fruire dei vantaggi della stabilità e certezza giuridica che scaturiscono solo da un riconoscimento ufficiale all'interno dell'ordinamento.

L'art. 182 *bis* tenta di risolvere innanzi tutto proprio i problemi afferenti la certezza e stabilità giuridica¹³ che fino ad oggi la pratica di questi accordi privi di disciplina, ma sempre più diffusi, ha posto, con la previsione del controllo ad opera del tribunale fallimentare in sede di omologazione, lasciando per il resto ampia libertà all'autonomia delle parti.

E se da un lato il legislatore non ha superato il problema dei creditori estranei, rispetto ai quali non ha voluto prevedere l'obbligatorietà dell'accordo (o in alternativa la regola del *cram down*, come per il concordato preventivo, secondo la quale l'omologazione è comunque concessa laddove si verifichi che i creditori dissenzienti verranno soddisfatti in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili), dall'altro ha scelto di dare una soddisfacente risposta al principale problema posto dagli accordi stragiudiziali, cioè quello della c.d. nuova finanza.

E' facilmente comprensibile, infatti, che, laddove le parti tentino di risolvere la crisi d'impresa nella prospettiva della sua conservazione sul mercato e non della sua liquidazione, non si può prescindere da nuovi apporti finanziari. E, se finora, prima della consacrazione normativa dell'istituto in commento, questi apporti sono stati elargiti dai creditori, correndo il rischio di non poter essere più recuperati e spesso esponendoli ad accuse gravi, come quella di bancarotta fraudolenta etc..., oggi, con l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, è sicuramente possibile fruire dei

procedure giudiziarie, ma che poi prevedono l'assoggettamento del piano all'omologazione dell'A.G., come presupposto dell'attribuibilità all'accordo di particolari effetti di stabilità. Quest'ultimo genere è stato espunto dalla stesura definitiva del d.l. 35/2005 (c.d. procedura di composizione negoziale delle crisi d'impresa).

¹² L'interesse che muove i creditori ad una tale forma di negoziazione delle proprie ragioni non è solo quello al soddisfacimento integrale del credito ma, in modo più lungimirante, quello del mantenimento sul mercato del proprio debitore e della salvaguardia dell'avviamento nella prospettiva della conservazione dei rapporti commerciali o finanziari. Cfr. V. De Sensi *Convenzioni stragiudiziali per il salvataggio delle imprese e patti parasociali*. Relazione tenuta al Convegno su "Banca, Impresa e Trust" svoltosi a Catania il 2 aprile 2004, in *Il diritto fallimentare delle società commerciali*, n.3/2005, p. 60.

¹³ Cfr. V. De Sensi, *op. cit.* p. 57, nota 1, p. 58. L'Autore, che parla di convenzioni stragiudiziali affronta le questioni più dibattute che hanno riflessi concreti sulla sistemazione negoziale degli interessi coinvolti dalla crisi d'impresa e cioè il contenuto e la differenziazione delle convenzioni, la struttura delle convenzioni, la formazione del vincolo contrattuale, il regime giuridico ad esse applicabile e le responsabilità configurabili.

vantaggi dell'esenzione da revocatoria e dovrebbe essere assicurata anche la salvaguardia da perseguibilità penale per gli atti compiuti in esecuzione dei predetti accordi, salvo il caso di dolo¹⁴.

Non è stata invece sancita dalla riforma la prededucibilità -in caso di fallimento successivo- dei crediti sorti durante la "ristrutturazione"; quindi, si intende negata questa prerogativa, anche in ragione dell'assenza di vigilanza sull'attività del debitore nella fase stragiudiziale o successiva all'omologazione¹⁵. Ovviamente si tratta di un grosso inconveniente che di certo non incentiva l'erogazione di nuova finanza.

2. ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI E CONCORDATO PREVENTIVO

L'art. 182-*bis* è collocato nel titolo III della legge fallimentare, che la legge n.80 ha intitolato *Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, e più precisamente nel capo V, attualmente rubricato, *Dell'Omologazione del concordato preventivo*, ma sul punto di essere modificato¹⁶ dall'art. 144 del sopra citato schema di decreto legislativo contenente la riforma organica delle procedure concorsuali in *Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo. Degli accordi di ristrutturazione dei debiti*.

Da una prima lettura delle norme che regolano i due istituti nasce subito l'interrogativo se gli accordi di ristrutturazione costituiscano una semplice modalità di realizzazione del concordato preventivo¹⁷, magari uno

¹⁴ In senso contrario S. Bonfatti, op. cit., p. 30 ss., secondo il quale unico effetto protettivo a favore dei creditori e dei terzi in genere è l'esenzione da revocatoria degli atti posti in essere in esecuzione degli accordi mentre rimangono impregiudicati i profili della possibile responsabilità risarcitoria per concessione abusiva di credito e di possibile responsabilità penale per concorso in bancarotta preferenziale o per concorso in bancarotta da aggravamento del dissesto conseguente a ritardata richiesta di fallimento.

¹⁵ Così S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in <http://fallimento.ipsoa.it/opinioni.asp>, secondo il quale proprio il rilievo circa la mancanza di controlli sulla gestione svolta dal debitore lascia di contro prevedere che, nel caso in cui l'impresa, prima di essere dichiarata fallita, venga ammessa all'amministrazione controllata, la giurisprudenza continuerà ad applicare la regola della consecuzione di procedure, con conseguente prededucibilità dei crediti sorti in costanza di amministrazione controllata

¹⁶ Il decreto legislativo è stato già approvato dal CdM. Attualmente è in Parlamento per i pareri delle competenti commissioni che dovranno pronunciarsi entro trenta giorni; anche se non verranno resi i pareri, la riforma comunque passerà.

¹⁷ Il cui ambito di operatività risulta notevolmente ampliato: il presupposto dello stato d'insolvenza è stato sostituito da quello della crisi dell'impresa che ovviamente permette l'accesso a molti più imprenditori, comprendendo tutte quelle ipotesi che non sempre sono

strumento rafforzativo della domanda di ammissione al concordato preventivo, una sorta di concordato abbreviato, con cui è possibile ottenere gli stessi risultati in tempi ridotti, una *corsia preferenziale nell'omologazione per le intese già raggiunte*¹⁸, oppure un istituto autonomo, a se' stante, caratterizzato da una minore onerosità ed una minore ingerenza dell'autorità giudiziaria, costituente una vera e propria alternativa autonoma al concordato preventivo, avente sempre e comunque il fine di evitare l'insolvenza ed ottenere l'esonazione dalla revocatoria..

E non soccorre al riguardo nemmeno la lettura della relazione illustrativa al decreto legge che si limita a dire che “il concordato diviene lo strumento attraverso il quale la crisi d'impresa può essere risolta anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano a oggetto la ristrutturazione dell'impresa”¹⁹.

A sostegno della tesi secondo cui gli accordi costituirebbero una sorta di concordato minore rafforzato nella sua efficacia, c'è innanzitutto la collocazione sistematica dell'art. 182-bis nell'ambito delle norme sul concordato e poi c'è il richiamo che lo stesso art. 182-bis fa all'art. 161 l.f., quando prescrive la necessità di presentare l'accordo assieme alla documentazione e alla dichiarazione (*rectius* ricorso)²⁰ ivi contemplati.

Gli accordi di ristrutturazione sarebbero allora una modalità alternativa di realizzazione del concordato che si raggiunge sulla base del piano di ristrutturazione di cui all'art. 160: in questa seconda ipotesi l'intesa tra debitore e creditori si formerebbe nel corso della procedura, sotto la supervisione dell'autorità giudiziaria, mentre nell'ipotesi degli accordi di

caratterizzate dall'incapacità definitiva dell'imprenditore di adempiere alle proprie obbligazioni. Sono state eliminate le condizioni di ammissibilità personali e patrimoniali.

¹⁸ Cfr. M. Ferro, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti nell'art. 182-bis, L.F.*, in *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Crisi dell'impresa e riforma delle procedure concorsuali*- 5 maggio 2005, in www.Cndc.it/CNDC/Documenti/Eventi/Evento13/relazioni/EdispensaCNDC_05052005.pdf

¹⁹ Cfr. sul punto, S. Ambrosini, *op. cit.*, secondo il quale il tenore del riferimento contenuto nella relazione illustrativa non esclude la validità della tesi dell'autonomia dei due istituti, *che anzi potrebbe reputarsi preferibile in ragione dell'assenza, rispetto a quanto avviene nel concordato, di effetti remissori per i creditori che non aderiscono all'accordo*. Nello stesso senso Lo Cascio, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Fallimento*, 2005, p. 362

²⁰ La legge 14 maggio 2005, n.80 parla di dichiarazione e non di ricorso, ma il 161 non fa riferimento ad alcuna dichiarazione. E' chiaro che si tratta di un macroscopico errore.. “Forse nella penna del legislatore, accanto ad altre reminiscenze del lungo dibattito e della copiosa produzione delle proposte delle Commissioni consultive, è rimasto il ricordo della procedura di composizione concordata della crisi, che effettivamente nasceva per effetto di una dichiarazione del debitore, senza una vera e propria fase successiva di ammissione” Cfr. M. Ferro, *op. cit.*, p-65.

ristrutturazione ci troveremmo di fronte ad un'intesa già raggiunta, esclusivamente fuori dalle aule giudiziarie, con notevole risparmio di tempo (ammesso proprio perché c'è l'adesione della percentuale del sessanta per cento), che solo in un secondo momento viene preso in considerazione dall'A.G, e che sarebbe utilizzabile anche in assenza di quelle prerogative proprie del piano di cui all'art. 160, visto che l'art. 182-bis non richiama le condizioni di cui all'art. 160 l. f., comma 1, lettere a, b,c, d.

Ma proprio il mancato richiamo all'art. 160 l.f. può essere valutato come espressione della *voluntas legis* di disciplinare gli accordi di ristrutturazione come istituto autonomo rispetto al concordato preventivo²¹. A favore della tesi dell'autonomia viene indicata soprattutto la nuova rubricazione del titolo III, "Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione", e del Capo V, appena modificato, e la lettera dell'art. art. 67, comma 3, lett. e, l.f., che sembra fare una distinzione netta tra concordato preventivo e accordi di ristrutturazione, citati per ultimi come se fossero una terza procedura, di portata minore rispetto al concordato e all'amministrazione controllata, introdotti e preceduti dalla congiunzione *nonchè*.

Ulteriore elemento è la circostanza che, a differenza che nel concordato preventivo, qui i creditori non aderenti all'accordo avranno pieno diritto di essere regolarmente soddisfatti: nei loro riguardi non si verificherà alcun effetto remissorio. *Se è così, l'unica ragione di quest'autonomo accordo potrebbe essere quella di evitare le azioni revocatorie in forza della nuova esimente introdotta, nonché le sanzioni di un'eventuale bancarotta preferenziale perché la definizione stragiudiziale con un gruppo di creditori, salvo il pagamento per intero nei confronti di chi non aderisce, è sempre possibile, senza bisogno di ricorrere al giudizio di omologazione o ad altri schemi processuali incongrui*²².

Una soluzione nel senso dell'autonomia degli accordi di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo non sarebbe di poco rilievo, perché porterebbe ovviamente a fare a meno del presupposto della "situazione di crisi" e, di conseguenza ad ipotizzare un ricorso a tale forma negoziale (e ai vantaggi derivanti dall'omologazione) in qualsiasi momento, anche molto prima che si verifichi la crisi²³.

²¹ Conforme L. Panzani, op. cit., p.15

²² Cfr. Giovanni Lo Cascio, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Il fallimento* n.4/2005, p.361.

²³ Conforme R. Gismondi, *La nuova disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti* in www.dircomm.it/2005/n.7.8/03.html. p.7

3. ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE E ACCORDI DI RISANAMENTO

La strada dell'accordo, quale nuovo strumento per affrontare la crisi d'impresa, è percorribile, nel nuovo impianto normativo, fundamentalmente in due modi: o attraverso la predisposizione di un piano di ristrutturazione dei debiti oppure attraverso la predisposizione del piano di risanamento dell'impresa di cui all'art. 67, comm2, lett. d), L.F..

Il piano di ristrutturazione²⁴ può essere utilizzato sia per accedere al concordato preventivo, essendone un vero e proprio presupposto, nel cui ambito conduce alla formazione di accordi giudiziali con i creditori, sia quale proposta contrattuale da fare ai creditori in via stragiudiziale che, qualora incontri "l'accettazione" dei creditori rappresentanti il sessanta per cento dei crediti, conduce al perfezionamento degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis*.

Il piano di risanamento, invece, ha una propria autonomia, non conducendo necessariamente alla conclusione di accordi stragiudiziali con i creditori, anche se il legislatore, con tale previsione, ha voluto dare un ulteriore impulso proprio allo strumento negoziale.

Dalla lettera della legge, infatti, si evince che il piano è un fatto interno all'impresa²⁵, un atto dell'imprenditore, a formazione solo eventualmente contrattuale²⁶ e, quindi, non necessariamente deve essere sottoposto o presentato ai creditori²⁷.

Quindi, nel piano di risanamento non solo risulta annullata la fase di garanzia dell'intervento giudiziario, né si sopperisce a ciò attraverso lo strumento dell'accordo (molto valorizzato nel concordato preventivo e ancora di più negli accordi di ristrutturazione): l'accordo resta solo un'ipotesi, non è la regola, tant'è che la norma non fa alcun cenno ai creditori o al loro consenso, né ad una percentuale minima di crediti che

²⁴ Questo piano richiama quello in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza, previsto dall'art. 4 bis della l. 18 febbraio 2004, n.39 (c.d. Legge Marzano).

²⁵ Al riguardo va evidenziato che la norma sembra essere applicabile a tutti i tipi di imprenditori commerciali non piccoli, suscettibili di fallimento.

²⁶ Cfr. M. Ferro, *op. cit.*, p. 67, secondo il quale "con il nuovo istituto non pare dunque più necessaria una condivisione negoziale o processuale alla soluzione della crisi da parte dei creditori o di una parte di essi".

²⁷ Nulla vieta che esso sia incentrato su *operazioni di finanza straordinaria: aumento di capitale riservato ad investitori istituzionali, conferimento di beni, di aziende o di altre attività da parte di altri imprenditori a servizio di un allargamento del capitale sociale; costituzione di patrimoni destinati; eccetera*. Cfr. S. Bonfatti, *op. cit.*, p.41, nt 7.

debbano essere coinvolti: per i creditori sussiste il rischio di trattamenti differenziati (deroga alla *par condicio*), giacchè alcuni potranno essere sensibilmente favoriti a scapito di altri.

Pertanto, sarà necessaria un'estrema cautela quando si tratterà di verificare la sussistenza "dell'apparente idoneità"²⁸ del piano a ristrutturare l'impresa, né ci dà maggior sicurezza la presenza dell'esperto chiamato ad attestare la ragionevolezza del piano"²⁹ e a verificare l'esistenza delle risorse finanziarie per soddisfare le obbligazioni in esso previste, visto che il poco chiaro sistema di rinvii alle norme civilistiche in tema di *merger leveraged buyout*³⁰ non garantisce neanche l'intervento di un professionista di *comprovata fede pubblica*³¹

Quando al piano aderiscono anche i creditori³², nasce l'accordo di risanamento (c.d. accordo stragiudiziale protetto), che è a tutti gli effetti un vero e proprio accordo stragiudiziale, avente, sul piano giudiziale, l'unico ed importante risvolto di far conseguire l'esenzione da revocatoria agli atti di esecuzione.

E' questo che induce a parlare di un *tertium genus* di accordi, che va ad affiancarsi agli accordi giudiziali del concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione dei debiti, tutti allo stesso modo richiamati proprio nell'ambito della revocatoria, dall'art. 67, comma 2, L.F. .

Mentre gli altri due tipi di accordo sono comunque disciplinati nelle norme che seguono, gli accordi di risanamento non hanno alcun riscontro normativo, se non quello indiretto dello stesso art. 67, comma, 2, lett., d,

²⁸Idoneità apparente, sì, ma suffragata da riscontri concreti ed elementi certi ed oggettivi, perché l'effetto, in caso di inidoneità e successiva dichiarazione di fallimento, è di garantire l'esenzione dalla revocatoria .

²⁹ Su tale valutazione dovrebbe incidere il numero dei creditori che vi consente: minore è la percentuale dei creditori aderenti e meno ragionevole dovrebbe essere ritenuto il piano di risanamento. Così L. Panzani, *op. cit.*, p.30, che fa questa considerazione anche per il concordato preventivo e per gli accordi di ristrutturazione dei debiti. L'Autore ritiene che non dovrebbero essere considerati 'non revocabili' anche i pagamenti fatti senza rispettare la *par condicio* o quando il tentativo di composizione concordata della crisi non è andato a buon fine; "la revoca ha un senso fino a che il concordato può trovare esecuzione, perché essa si fonda sull'accordo dei creditori; non quando si sia registrato l'insuccesso e sia stato dichiarato il fallimento. In questo caso la liquidazione concorsuale deve svolgersi rispettando il principio di parità, fatte salve le cause legittime di prelazione".

³⁰ Il rinvio espresso è all'art. 2501 *bis*, comma 4 c.c. che a sua volta richiama il 2501 *sexies* c.c. che rimanda a sua volta all'art. 64 cpc.

³¹ Cfr. M. Ferro, *op. cit.*, che critica la scarsa qualità interpretativa, alla base della norma, dei fenomeni e delle situazioni debitorie e creditorie di un'impresa, dal momento che il risanamento dei debiti non equivale al riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa.

³² Anche in questo caso il piano costituisce una vera e propria proposta contrattuale.

L.F., che fa riferimento al piano di risanamento laddove comprende tra le esenzioni da revocatoria anche “gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purchè posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell’esposizione debitoria dell’impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata ai sensi dell’articolo 2501 *bis*, quarto comma, codice civile”, cioè coi criteri usati dagli esperti nella redazione della relazione in caso di fusione tra società a seguito di acquisizione con indebitamento.

E’ evidente che la differenza tra accordi di risanamento e accordi di ristrutturazione non sta tanto nella diversità dei concetti di risanamento e ristrutturazione³³, quanto nel fatto che i primi, stando alla lettera della norma, non passano assolutamente attraverso il vaglio giudiziale, essendosi il legislatore limitato a prevederne l’attestazione della ragionevolezza ai sensi del 2501 *bis*, comma 4 c.c., quindi da parte di un esperto³⁴ che solo nel caso di spa o sapa verrà nominato dal tribunale.

Tratto comune con gli accordi di ristrutturazione è proprio la presenza dell’esperto, tenuto a garantire l’adeguatezza delle risorse finanziarie messe in gioco. Non basta che esse assicurino il risanamento dell’insolvenza ma è richiesto che sia garantito il riequilibrio della situazione finanziaria. Sarà l’attestazione dell’esperto che darà il via libera all’esenzione dalla revocatoria per tutti gli atti, pagamenti e garanzie concesse sui beni del debitore. Mentre negli accordi di ristrutturazione occorre, a tal fine, l’intervento dell’autorità giudiziaria attraverso l’omologazione, con tutte le implicazioni connesse, compresa la decisione delle opposizioni³⁵; qui, invece, non è prevista la possibilità di opporsi al piano di risanamento.

I creditori che vi aderiscono ne saranno immediatamente vincolati; i creditori danneggiati saranno liberi di intraprendere qualsiasi iniziativa e qualsiasi azione esecutiva per la tutela delle proprie ragioni, senza esserne

³³ Piano di ristrutturazione e piano di risanamento possono anche coincidere e sovrapporsi: la differenza la farà il debitore nel momento in cui decide di presentare o meno la relazione ai sensi dell’art. 2501 *sexies*, c.c.. Così L. Panzani, *op. cit.*, p.7.

³⁴ revisore contabile o società di revisione.

³⁵ Sul punto vedi S. Bonfatti, *op. cit.*, p.20, che prospetta la possibilità di una saldatura del piano di risanamento con l’accordo di ristrutturazione (oltre che con gli altri tipi di accordi propri delle procedure concorsuali minori) per superare il problema dell’incertezza della sorte degli atti compiuti in vista del superamento della crisi d’impresa ma prima dell’omologazione dell’accordo di ristrutturazione: l’approvazione del piano da parte dell’esperto di cui all’art. 2501 *bis* garantirebbe l’esonero dalla revocatoria almeno per gli atti di esecuzione dello stesso; la successiva homologazione dell’accordo di ristrutturazione garantirebbe anche gli ulteriori atti previsti per il salvataggio dell’impresa

condizionati minimamente (non è prevista la pubblicazione nel registro delle imprese, che, invece, condiziona l'efficacia degli accordi di ristrutturazione e segna il momento di inizio per le eventuali opposizioni) . Essi sicuramente potranno far valere eventuali collusioni tra debitore e creditori³⁶, attraverso l'azione di simulazione e sotto il profilo dell'inefficacia ex art. 2704 c.c. in sede di revocatoria.³⁷

4. PRESUPPOSTI E CONTENUTO DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE

In base al nuovo art. 182-*bis* l. f., il debitore può chiedere al tribunale³⁸ l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, stipulato con i creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dei crediti complessivi, depositando tale accordo assieme alla documentazione e al ricorso di cui al secondo comma dell'art. 161, l.f.³⁹.

Da un punto di vista soggettivo, non è richiesta alcuna prerogativa né tanto meno alcun requisito di meritevolezza⁴⁰, per cui tutti gli imprenditori possono ricorrere agli accordi di ristrutturazione, purchè trattasi ovviamente di imprenditori commerciali non piccoli.

Dal punto di vista oggettivo, anche se manca un esplicito richiamo all'art. 160 l.f., è da intendersi che anche qui, come per l'accesso al concordato preventivo, occorra la sussistenza dello *stato di crisi*, si badi, però, non occorre che esso venga dichiarato⁴¹, ne basta la semplice sussistenza

³⁶ Senza dimenticare che sul piano penale potrebbe essere possibile una diversa e concorrente qualificazione del piano. Cfr. M. Ferro, *op. cit.*, p. 68.

³⁷ Conforme M. Ferro, *op. cit.*, p.70 e ss., che prospetta la possibilità di impugnare il piano anche prima, prevenendo l'effetto dell'esenzione da revocatoria, per esempio contestando la relazione di congruità degli atti al piano; oppure, fuori dall'ipotesi di insolvenza dell'impresa, attraverso azioni di accertamento dedotte mediante revocatorie ordinarie o attraverso azioni di nullità, qualora gli atti di gestione dell'imprenditore abbiano un rilievo anche sul piano penale, ai sensi di cui agli artt. 216 e ss., L.F e 2621-2625, 2629, c.c.

³⁸ Con le stesse modalità previste per la domanda di ammissione al concordato preventivo, cioè con ricorso al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la sede principale.

³⁹ Dunque, relazione patrimoniale aggiornata, stato analitico di attivo e passivo, elenco dei diritti dei terzi (creditori, con indicazione delle rispettive cause di prelazione, nonché titolari di diritti reali o personali sui beni del debitore), valore dei beni e dei crediti particolari dei soci illimitatamente responsabili. E' auspicabile che il legislatore provveda a rendere necessaria anche la relazione dell'esperto che attesti la veridicità dei dati aziendali, non essendo allo stato, possibile considerarla richiamata assieme a tutti gli altri documenti.

⁴⁰ Anche per l'ammissione al concordato preventivo con la riforma non occorre più il possesso dei requisiti di meritevolezza di cui alla disciplina previgente.

⁴¹ In senso conforme S. Pacchi Pesucci, *op. cit.*

La legge n.80 non fornisce alcuna definizione dello stato di crisi, per cui gli interpreti della materia, pur riconoscendo che l'intento del legislatore è di dare all'espressione un'interpretazione il più ampia possibile, ricomprendente sia la difficoltà temporanea sia lo stesso stato d'insolvenza, non possono che affidarsi alla difficile opera di "tipizzazione" della giurisprudenza.

Si può ragionevolmente ritenere che sicuramente anche lo stato d'insolvenza permette l'accesso agli accordi di ristrutturazione, non solo perché i concetti di crisi e di insolvenza sono in rapporto di genere a specie, essendo uno ricompreso nell'altro⁴², ma anche perché lo scopo perseguito dal legislatore –sia con la riforma del concordato preventivo che con gli accordi di ristrutturazione dei debiti- è di far emergere anticipatamente le situazioni di difficoltà, prima che divengano irreversibili e non di penalizzare l'impresa più in difficoltà⁴³.

Perché il creditore possa ottenere l'omologazione dell'accordo, è necessario che vengano rispettate due condizioni:

a) primo, occorre che l'accordo di ristrutturazione coinvolga i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento della totalità dei crediti⁴⁴; nei loro confronti il debitore può assumere vari tipi di impegno e gli stessi possono accettare condizioni di vario tipo per ottenere la soddisfazione del proprio diritto, che non necessariamente coinciderà con la realizzazione integrale del loro credito;

b) secondo, l'accordo deve essere strutturato in maniera tale da assicurare comunque anche il regolare pagamento di quei creditori che non vi hanno preso parte. E tanto dovrà, tra l'altro, attestare l'esperto nella relazione destinata ad accompagnare l'accordo. I creditori estranei, quindi, non potranno essere pregiudicati dall'accordo ma dovranno essere soddisfatti integralmente e alla scadenza. Ciò significa che nell'accordo dovrà attestarsi l'avvenuto pagamento di tali crediti o anche solo farsi riferimento alle modalità con cui il debitore intende pagare i creditori estranei, dove reperirà il danaro o le altre risorse necessarie e quali idonee garanzie è in grado di fornire.

Circa il contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, l'art. 182-*bis* lascia alle parti ampia libertà di deciderne sia le modalità di realizzazione

⁴² In questo senso S. Ambrosini, *op. cit.*, p.3

⁴³ Se così non fosse, non si comprenderebbe perché sono stati aboliti tutti i requisiti soggettivi per l'accesso al concordato preventivo.

⁴⁴ L'accordo che si conclude solo con una minoranza dei creditori, e magari con uno soltanto, non potrà ottenere l'omologazione e sarà privo delle garanzie connesse.

che gli obiettivi, in relazione proprio alla specificità del singolo caso e della singola impresa, oltre che delle specifiche cause di crisi⁴⁵.

Il legislatore, insomma, non pone vincoli e lascia ampia libertà d'azione ai privati. Del resto solo ricomprendendo ogni ipotesi di accordo serio e credibile, l'accordo di cui all'art. 182-bis potrà sostituire le attuali convenzioni stragiudiziali, del tutto libere e prive di ogni forma di verifica o controllo (in cui non compare mai l'intervento dell'a. g.).⁴⁶

Certo è che parte essenziale degli accordi di ristrutturazione sarà il c.d. consolidamento del debito, ovvero una ridefinizione del rapporto obbligatorio (e, quindi, delle condizioni di indebitamento) che, fino ad oggi, nella prassi delle convenzioni stragiudiziali, ha avuto spesso il fine di allungare i tempi di pagamento degli interessi e del capitale, nonché talora di ridurli nel *quantum*⁴⁷, non essendo incompatibile con la ristrutturazione la rinegoziazione dei debiti anche in ragione del loro ammontare.

L'accordo di ristrutturazione, quindi, non potrà risolversi in una semplice moratoria a favore dell'imprenditore, ma avrà un contenuto più articolato, *la cui determinazione nasce dalla consapevolezza che la conservazione o il risanamento dell'impresa comportano anche un ridimensionamento della pretesa creditoria*⁴⁸.

Come già l'esperienza ci insegna, potrà accadere di trovarci di fronte ad accordi di compensazione di opposte pretese creditorie, di postergazione dei crediti, di rinuncia dei creditori a quote di credito (ad interessi o anche ad una parte del capitale), ad accordi di concessione di garanzie reali o personali, di cessione (parziale o totale) di beni ai creditori, e così via.

E sicuramente una precisa indicazione, al fine di individuare il contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, è rinvenibile nella descrizione che l'art. 160 l. f. fa del c.d. piano di ristrutturazione, laddove si indica la possibilità di soddisfare i crediti mediante cessione di beni, accollo dei debiti, altre operazioni straordinarie, compresa l'attribuzione di quote, azioni, obbligazioni (anche convertibili in azioni), strumenti finanziari partecipativi e titoli di debito.

⁴⁵ L'accordo può avere per oggetto anche il classico concordato dilatorio o remissorio o insieme dilatorio e remissorio: pagamento di una certa percentuale dei debiti entro un determinato periodo di tempo. Cfr. G. Verna, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis L. Fall.* in www.studioverna.it.

⁴⁶ Cfr. D. Posca, *Concordato preventivo: così le nuove regole*, in *Leggi e Fisco*, in www.denaro.it/go/a/_stampa.qws?recID=199734

⁴⁷ Cfr. V. De Sensi, *op. cit.*, p.57.

⁴⁸ Cfr. V. De Sensi, *op. cit.*, p.60.

Non dovrebbe essere difficile estendere queste ultime ipotesi agli accordi di ristrutturazione, specie alla luce della ormai ampia diffusione pratica di quelle che la dottrina definisce convenzioni con garanzia gestionale⁴⁹. Ma non tutti sono d'accordo sull'accostamento piano di ristrutturazione- accordi di ristrutturazione dei debiti, sostenendosi che *la ristrutturazione dei debiti è locuzione che non si presta a quella varietà di forme tecniche che il nuovo art. 160, L.F., ha introdotto*⁵⁰.

La cosa certa è che sicuramente l'accordo prevederà l'emissione di nuova finanza, per poter permettere la prosecuzione dell'attività d'impresa, oltre che il ripristino della solvibilità dell'impresa teso ad assicurare il pagamento integrale e regolare dei creditori non aderenti all'accordo, che è condizione essenziale per ottenerne l'omologazione.

E' poi facilmente comprensibile come all'erogazione di nuova finanza corrisponda la pretesa creditoria di avviare un mutamento di gestione nell'impresa, anche a costo dell'estromissione dell'imprenditore, affidandola ad un terzo (nel caso di società, previa conversione dei crediti in capitale, i creditori-nuovi azionisti possono decidere di mutare la compagine amministrativa, imprimendo alla società un nuovo andamento gestionale.)

Il fine dell'accordo è di ripristinare la solvibilità dell'impresa sia rispetto ai creditori che vi aderiscono sia a rispetto ai creditori estranei ma ciò potrà avvenire sia nella prospettiva di una permanenza dell'impresa sul mercato che in quella di una sua liquidazione.

⁴⁹ Cfr. V. De Sensi, *op. cit.*, p.60-61, il quale distingue tra convenzioni di sistemazione del debito e convenzioni con garanzia gestionale. Queste sarebbero caratterizzate dall'erogazione di nuova finanza da parte del creditore (le banche), e per ovviare al pericolo poi di successivo fallimento del debitore, sarebbero subordinate al rispetto di tre condizioni alternative: la concessione di garanzie reali o personali, il cambiamento degli amministratori della società o il passaggio di titolarità dell'impresa, la concessione di garanzie di carattere gestionale con il riconoscimento di poteri di controllo, autorizzazione, ispezione della contabilità in capo ai creditori bancari. Le convenzioni con garanzia gestionale possono prevedere o meno la conversione dei crediti in capitale (c.d. acquisizione di partecipazioni anomale), in tal caso la garanzia di gestione è riconducibile alla partecipazione azionaria della banca; laddove la conversione non sia contemplata, la garanzia dipenderà da accordi intercorsi tra la banca e gli organi amministrativi della società o i soci di maggioranza.

⁵⁰ Cfr. M. Ferro, *op. cit.*, p. 61 e ss.. L'Autore ritiene che l'accordo di ristrutturazione dei debiti sia istituto che discende direttamente dal vecchio concordato finanziario; dunque, ragionevolmente inerisce ad un intervento sui debiti, cioè sembra indirizzarsi sul loro ammontare e le scadenze; con maggiore chiarezza, sostiene, ciò è evidente per coloro che non aderiscono, cui sembrerebbe garantito il regolare pagamento, dunque, il rispetto degli importi originari e alle scadenze.

5. RELAZIONE DELL'ESPERTO

L'accordo di ristrutturazione raggiunto con i creditori deve essere necessariamente accompagnato dalla relazione di un esperto che deve "pronunciarsi" sull'attuabilità dell'accordo e, in particolare sulla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori che non vi hanno aderito.

L'estrema genericità della legge n.80 ha da subito dato il via ad un ampio dibattito dottrinario sull'individuazione delle caratteristiche dell'esperto e dei suoi specifici compiti: chi è l'esperto cui bisogna ricorrere e, soprattutto, cosa si intende per attuabilità dell'accordo.

Si è detto che il riferimento lessicale all'accordo *stipulato* è troppo poco per poter pensare ad un notaio; né è plausibile pensare al cancelliere presso cui si deposita l'accordo o al conservatore del registro delle imprese presso cui lo si pubblica, perché *la chiara indicazione di un'intesa anteriore al suo deposito contrasta con qualunque coinvolgimento del cancelliere o del conservatore*⁵¹.

A prima vista potrebbe trattarsi di un soggetto diverso sia da quello di cui all'art. 161 l.f. (che richiama l'art. 28 sul curatore fallimentare) sia da quello che di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), con la conseguente creazione da parte del legislatore della riforma di una diversificazione inutile ed irragionevole, *progressivamente distante proprio dal bisogno di incremento dei livelli di autoresponsabilità*⁵². D'altro canto, rifiutandosi la prospettiva di tale negativa giustapposizione, si è sottolineata la differenza netta solo rispetto al disposto dell'art. 67, comma 3, lett. d), che, nell'individuare la persona designata ad attestare la ragionevolezza del piano di risanamento, richiama l'art. 2501-bis, 4 comma, c.c. (e quindi l'art. 2501-sexies, 3 comma, c.c.), dandoci la certezza che deve trattarsi di un revisore contabile (persona fisica o società di revisione).

Di qui la conclusione che l'art. 182 bis chiami in causa oltre agli esperti contabili, inclusi i dottori commercialisti, sia soggetti in possesso di comprovate capacità di gestione imprenditoriale, ai sensi del novellato art. 28 l.f.⁵³, sia soggetti esperti nel campo delle crisi d'impresa, ai quali viene richiesto chiarezza, trasparenza e rigore documentale, soprattutto in considerazione della tutela dei creditori estranei.⁵⁴

⁵¹ Cfr. M. Ferro, *op. cit.*, p.63

⁵² Cfr. M. Ferro, *op. cit.*, p.64

⁵³ Cfr. S. Ambrosini, *op. cit.*, p.3-4

⁵⁴ Cfr. D. Posca, *op. cit.*, p 17.

In che consiste l'attività dell'esperto⁵⁵ e chi lo designa? Sarebbe auspicabile un richiamo all'art.161, comma 3 (che a sua volta richiama l'art. 28 l.f.), laddove è previsto che l'esperto dovrà verificare anche l'attendibilità dei dati aziendali quindi la loro veridicità e regolarità.

All'attualità, l'esperto è chiamato ad attestare la fattibilità, o meglio l'attuabilità dell'accordo di ristrutturazione e ciò implicherà anche una verifica della percentuale minima di crediti coinvolti. Va da sé che deve trattarsi di un giudizio professionale positivo, ovvero l'esperto dovrà prendere posizione in favore dell'attuabilità dell'accordo, tenendo conto della prospettiva concretamente adottata (di liquidazione o di permanenza sul mercato)⁵⁶ e, soprattutto, dovrà assumersi la responsabilità delle proprie valutazioni. Sarà suo compito, infatti, offrire all'autorità giudiziaria *parametri economici oggettivi e convincenti al fine di evitare il sindacato di merito da parte del tribunale in fase di omologazione*⁵⁷.

Nella valutazione sull'attuabilità dell'accordo, l'esperto dovrà preoccuparsi poi in maniera particolare di verificare e attestare la sua idoneità a garantire il regolare pagamento dei creditori estranei, previa verifica della sussistenza e della tipologia di mezzi e risorse che potranno servire al pagamento dei loro crediti. Dovrà spingersi ad esaminare la situazione patrimoniale e finanziaria del debitore, verificando l'idoneità delle risorse disponibili ad assicurare il pagamento per intero di questi crediti e in maniera regolare, ovvero alla scadenza⁵⁸ ..

Il pagamento regolare non implica anche il pagamento con i mezzi normali, perché, si ritiene che in tutti i casi in cui si richiede il pagamento con mezzi anormali, il legislatore si è preoccupato di richiamarlo espressamente; pertanto non può verosimilmente escludersi che il soddisfacimento dei creditori estranei ex art. 182 *bis* avvenga anche, per esempio, con cessioni di credito o dismissioni di cespiti aziendali⁵⁹. Magari

⁵⁵ Sul punto, per un'approfondita disamina vedi A. Casò, *L'esecuzione del mandato affidato al professionista per il risanamento dell'impresa*, in "Crisi dell'impresa e riforma delle procedure concorsuali", Roma 5 maggio 2005, in www.CNDC/Documenti/Eventi/Evento13/relazioni/EdispensaCNDC_05052005.pdf.

⁵⁶ Cfr. Ambrosini, *op. cit.*, p.4

⁵⁷ Cfr. D. Posca, *op. cit.*, p.17.

⁵⁸ Completamente in disaccordo G. Verna, *op. cit.*, secondo il quale l'unica interpretazione accettabile della locuzione "regolare pagamento dei creditori estranei" è "pagamento dei creditori estranei secondo le regole dell'accordo". L'Autore, a sostegno di tale tesi, afferma che diversamente i creditori non avrebbero alcun interesse a proporre l'opposizione all'accordo e che, anzi, incontrerebbero serie difficoltà nel proporla, *dovendo provare in breve tempo la fondatezza della loro opposizione, soprattutto se il loro credito non fosse ancora scaduto*.

⁵⁹ La legge prevede tale requisito nel diverso contesto dell'art. 5, secondo comma, l.f., a proposito della manifestazione dello stato d'insolvenza Cfr. S. Ambrosini, *op. cit.*, p.4,

ciò potrà essere motivo di opposizione all'accordo da parte dei creditori estranei, ai sensi dell'art. 182-bis, comma 4.

Ma chi provvede alla designazione dell'esperto? Possiamo pensare a due soluzioni diverse.

Se si pensa alla nomina dell'esperto da parte del tribunale⁶⁰ dovremmo già immaginare la futura istituzione di elenchi in cui inserire professionisti capaci e imparziali di cui l'A.G. recepirà supinamente la relazione in sede di omologazione. Ciò potrà costituire *una sorta di partenogenesi di una classe di professionisti che aspirino ad essere designati proprio perché imparziali e dunque maggiormente graditi ai tribunali*⁶¹ Naturalmente a questo fine, si auspica una maggiore indipendenza del professionista dal cliente-imprenditore.

D'altro canto, se si postula che, nel giudizio di omologazione, è possibile il ricorso del Giudice ad un secondo esperto per valutare l'attuabilità dell'accordo, avremmo un doppione inutile.

Stando alla lettera della norma, si dice che la relazione è presentata dal debitore (unitamente all'accordo), per cui potremmo immaginare che siano le parti congiuntamente a scegliere l'esperto, o addirittura solo il debitore, ed allora è plausibile che questi svolga un ruolo attivo prima che si addivenga all'accordo, dando indicazioni e suggerimenti al debitore e ai creditori proprio su quelle che potranno essere le modalità e il contenuto dell'accordo idonee ad ottenere l'omologazione da parte del tribunale⁶².

L'esperto diventerebbe così il vero protagonista – *deus ex machina* – della procedura e quindi colui dalle cui capacità potrebbe dipendere la salvezza dell'impresa.

6. OPPOSIZIONE E OMOLOGAZIONE: tutela dei creditori estranei

Una prima garanzia di certezza e stabilità per gli accordi di ristrutturazione viene dal regime di pubblicità imposto dal secondo comma

⁶⁰ Cfr. M. Fabiani, *op. cit.*.

⁶¹ M. Fabiani, *op. cit.*. Secondo l'Autore il mondo delle professioni è sicuramente attrezzato per assolvere con competenza e dignità al ruolo che il legislatore gli ha affidato; forse è meno pronto ad assumersi responsabilità che potranno risultare vastissime visto che l'espansione della tutela risarcitoria è dietro l'angolo.

⁶² La prassi degli accordi stragiudiziali conosce la figura dell'*advisor*, che è un professionista o una società di consulenza che si assume il compito di raccogliere il consenso dei creditori intorno ad un dato programma contrattuale. Trattasi di un ruolo molto delicato e di responsabilità perché l'*advisor* è anche incaricato di predisporre la convenzione ed il programma industriale. Sul punto vedi V. De Sensi, *op. cit.*, p. 63.

dell'art. 182 *bis*, che prescrive la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese⁶³, dando la possibilità ai creditori e ad altri interessati di fare opposizione entro trenta giorni a far data dalla pubblicazione.

La pubblicazione, che permette a chiunque di prendere visione dell'accordo, ha una duplice finalità: fissare il momento dal quale comincia a decorrere l'efficacia dell'accordo⁶⁴ tra i soggetti che vi hanno preso parte⁶⁵ e fornire uno strumento di tutela ai creditori e i terzi che si sentano danneggiati dall'accordo, dando loro la possibilità di fare opposizione.

Il breve termine di trenta giorni, decorso il quale non c'è alcuna possibilità di impugnativa, serve ad assicurare poi all'accordo un carattere di certezza e stabilità giuridica..

Il terzo comma dell'art. 182 *bis* stabilisce che il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio, con decreto motivato.

E' plausibile che avvenga tutto nell'ambito dello stesso procedimento, per cui, alla fase di decisione delle opposizioni che presuppone l'instaurazione di regolare contraddittorio, segue poi quella in camera di consiglio che accoglie o rigetta la domanda di omologazione

Per quel che concerne le opposizioni, naturalmente che esse potranno avere ad oggetto qualsiasi aspetto, sia formale che sostanziale, dell'accordo. A proposito dei soggetti che possono fare opposizione, l'art. 182 *bis* parla genericamente di creditori, quindi non è escluso che la stessa possa provenire dagli stessi creditori aderenti all'accordo che, anche se a prima vista non dovrebbero avervi interesse, magari, in un secondo momento, alla luce di ulteriori riscontri, possono decidere di fare marcia indietro. Non va trascurato che essi hanno comunque la possibilità di utilizzare i mezzi generali della disciplina contrattuale, quali risoluzione e annullamento.

Ovviamente l'ipotesi tipica di opposizione è quella che proviene dai creditori estranei che potranno dolersi di non essere stati regolarmente soddisfatti⁶⁶ oppure della stessa modalità scelta per il loro

⁶³ Il legislatore non specifica di quale luogo ma è ovvio che intenda riferirsi a quello ove l'impresa ha la propria sede principale.

⁶⁴ In base al disposto dell'art. 182-*bis*, ultimo comma. Attenzione, si tratta dell'efficacia puramente negoziale dell'accordo.

⁶⁵ Cioè tra debitore e creditori che hanno aderito all'accordo cominciano a prodursi già i primi effetti, quelli c.d. protettivi, come per esempio l'astensione da parte dei creditori da ogni azione esecutiva.

⁶⁶ Ma viene da chiedersi se ci sia effettivamente un interesse di tali creditori a fare opposizione, visto che la relazione dell'esperto assicura il regolare pagamento dei loro crediti.

pagamento⁶⁷ oppure dell'eventuale simulazione dell'accordo, della sua oggettiva inattuabilità.

In effetti, se si ipotizza che essi hanno diritto ad essere soddisfatti integralmente, potranno dolersi ovviamente solo della mancata soddisfazione integrale del proprio credito; se invece si accetta l'interpretazione secondo cui l'accordo può prevedere il soddisfacimento dei creditori estranei a condizioni diverse, allora essi potranno in sede di opposizione eccepire di essere soggetti ad un *trattamento deteriore rispetto a quello possibile in caso di fallimento o di altro possibile sbocco della crisi*⁶⁸.

Resta, infine, da chiarire a chi si riferisce il legislatore con la formula aperta "ogni altro interessato". Vengono in mente i garanti dell'imprenditore, che, non essendo liberati dall'accordo, saranno i primi a subire le residue pretese dei creditori. Oppure i dipendenti dell'impresa che, magari, potranno ritenere lesive dei loro diritti le intese raggiunte dall'imprenditore con i propri creditori.

Le opposizioni porteranno ad una pronuncia del tribunale che sarà o di rigetto (il che è solo un primo passo verso l'omologazione)⁶⁹ o di accoglimento, il che non significa necessariamente diniego dell'omologazione, in quanto potrebbe ipotizzarsi che il tribunale, previo consenso delle parti aderenti all'accordo, anzi in piena sintonia con le stesse, ne disponga una modifica che garantisca una soluzione di salvaguardia del soggetto che ha fatto opposizione.

Ma qual è l'oggetto del giudizio di omologazione? Quale tipo di controllo pone in essere il tribunale?

L'omologazione non prevede solo la decisione delle opposizioni. Essa interviene anche in assenza di opposizioni. E' sicuramente un controllo di legittimità che ha per oggetto innanzi tutto i consensi prestati e il calcolo della percentuale dei crediti minima del sessanta per cento⁷⁰; è poi diretto a verificare l'idoneità dell'accordo ad assicurare il regolare pagamento dei

⁶⁷ Come sopra detto, non è da escludere che il loro pagamento avvenga attraverso i c.d. "mezzi anormali".

⁶⁸ Cfr. L. Panzani, *op. cit.*, p.16.

⁶⁹ Non c'è alcun automatismo tra rigetto delle opposizioni e accoglimento della domanda di omologazione. Infatti, se non ci fossero opposizioni da decidere, comunque il tribunale non potrebbe esimersi dal procedere alla peculiare attività di controllo che caratterizza l'omologazione.

⁷⁰ Conforme M. Ferro, *op. cit.*, p.65, secondo il quale, se opposizioni e omologazione sono ritenute accorpabili in un unico giudizio, l'omologazione avrà un oggetto vincolato ed officioso: il tribunale dovrà controllare la sussistenza numerica della maggioranza dei crediti oggetto dell'accordo (verificando che il passivo non sia maggiore), nonché la regolarità dei consensi, dirimendo ogni questione sulla loro autenticità.

creditori estranei⁷¹, verifica che ovviamente viene fatta sulla base della relazione dell'esperto e di tutta la documentazione prodotta dall'imprenditore⁷².

D'altra parte, si afferma con convinzione che il tribunale è chiamato a fare comunque una valutazione anche del merito dell'accordo, e, quindi, si ritiene che possa essere disposto-all'uopo- l'espletamento di una consulenza tecnica (specie se vi sono opposizioni), anche se non si può d'ufficio assumere tutte le prove e le informazioni necessarie (a differenza di quanto previsto nell'art. 180, comma 3, l.f.).⁷³

Proprio perché la procedura dell'omologazione è fatta in camera di consiglio il legislatore ha previsto che il tribunale decida con decreto motivato, impugnabile dinanzi alla Corte d'appello, seppure entro il breve termine di 15 gg. dalla pubblicazione nel registro delle imprese.

Il reclamo dovrà essere proposto ai sensi dell'art. 183 l.f., per cui legittimati saranno il debitore e gli eventuali opposenti.

La sentenza della corte d'appello sarà ricorribile per cassazione, nei casi tassativi previsti dalla legge. Mentre il superamento del reclamo alla corte d'appello farebbe conseguire all'accordo il carattere della definitività

Quid iuris se il tribunale rigetta la richiesta di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti?

Non c'è sicuramente alcuna automatica dichiarazione di fallimento, perché a monte della domanda di omologazione dell'accordo vi è l'allegazione di uno stato di crisi dell'impresa, che non è il presupposto tipico del fallimento⁷⁴. Si nega quindi che ci sia consecuzione di procedure e retrodatazione del c.d. periodo sospetto ai fini dell'assoggettabilità a revocatoria degli atti posti in essere in tale periodo⁷⁵.

⁷¹ Diversamente tale circostanza resterebbe affidata solo alla relazione dell'esperto, la cui redazione non è circondata da alcuna garanzia né per quanto riguarda i requisiti di professionalità che l'esperto deve possedere né per quanto riguarda il tipo di indagine che deve compiere. Così. L. Panzani, *op. cit.*, p.17.

⁷² Al riguardo cfr. in *Nuova Economia Nuova Società*, anno V, n. 11, secondo cui il tribunale non sembra disporre di alcuna possibilità di valutazione della proposta, dovendo procedere ad un esclusivo controllo di legittimità, disponendo quale unico elemento istruttorio della relazione dell'esperto. L'Autore critica l'esiguità della disciplina legislativa, facendo notare, per esempio, la mancanza di previsioni circa gli effetti e le azioni proponibili nel caso in cui l'omologazione sia conseguita con atti di frode.

⁷³ Cfr. S. Ambrosini, *op. cit.*, p.6 .

⁷⁴ Né la legge prevede che al momento dell'apertura della procedura sia fatta una valutazione del tipo di crisi che il debitore allega nella domanda iniziale..

⁷⁵ Cfr. S. Bonfatti, *op. cit.*, p.15.

Se invece ammettiamo che l'imprenditore accede alla procedura già in stato di insolvenza ed ipotizziamo che l'accordo di ristrutturazione non sia in grado di rimuoverlo, il rifiuto dell'omologazione potrebbe portare ad una dichiarazione di fallimento d'ufficio. D'altra parte, si rileva che, seppure una situazione di insolvenza fosse in atto (anche se non confessata) prima dell'accordo, dopo la sua formazione essa dovrebbe considerarsi automaticamente superata, per cui si dovrebbe negare *ogni prospettiva di consecuzione rispetto ad una procedura di insolvenza successiva per qualsiasi ragione dichiarata*⁷⁶

In molti casi l'insolvenza potrà risultare dagli atti depositati dal debitore o in sede di opposizione dei creditori estranei. Il debitore potrebbe evitare un'eventuale dichiarazione d'insolvenza chiedendo in via subordinata l'ammissione al concordato preventivo e facendo espressa riserva di integrare la documentazione mancante⁷⁷.

Dall'omologazione non dipende l'efficacia dell'accordo; quindi finché il tribunale non si pronuncia su di essa, l'accordo continua ad avere efficacia, se pubblicato; è ipotizzabile, però che, laddove essa venga negata, l'accordo cessi di esplicare i suoi effetti, configurandosi come una condizione risolutiva legale dello stesso.

7. EFFICACIA e INADEMPIMENTO

L'opposizione non sospende l'efficacia dell'accordo che comincia comunque ad esplicare i suoi effetti dal giorno in cui viene pubblicato nel registro delle imprese. Da tale data non potranno essere più intraprese⁷⁸ le azioni esecutive individuali, dalle quali l'imprenditore non è affatto al riparo nel corso delle trattative per la conclusione dell'accordo.

Quanto detto vale ovviamente solo per i creditori aderenti all'accordo, non pure per gli altri creditori che, restando fuori dall'accordo, saranno sempre liberi di agire esecutivamente per recuperare i loro crediti⁷⁹.

L'omologazione, invece, ha l'effetto di rendere irrevocabili, in caso di fallimento successivo, gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in

⁷⁶ Cfr. S. Bonfatti, *op. cit.*, p.42, nt. 8.

⁷⁷ Cfr. G. Verna, *op. cit.*, p.6.

⁷⁸ E naturalmente cesseranno le azioni già in corso

⁷⁹ Da più parti si sostiene che sarebbe stato meglio prevedere la vincolatività dell'accordo anche per i creditori estranei secondo la regola del *cram down*, già adottata per il concordato preventivo, oppure secondo la *prepackaged bankruptcy* statunitense. In una prospettiva *de iure condendo* si auspica un intervento del legislatore che, con le opportune cautele (magari per un periodo di tempo limitato e a certe condizioni), limiti le iniziative esecutive dei creditori estranei, per permettere il raggiungimento e il successo dell'accordo.

esecuzione dell'accordo. E' questo il dettato dell'art. 67, comma 3, lett. e), l.f., la cui *ratio* è assicurare piena validità giuridica a tutte le intese privatistiche regolative dell'insolvenza, fondate su patti di maggioranza ed idonee ad esplicare effetti anche verso i dissenzienti⁸⁰, che pur se non richiamato espressamente dall'art. 182 bis, fa riferimento anche agli accordi di ristrutturazione. Questo è importante perché pone al riparo dalla revocatoria tutti i pagamenti e le garanzie concesse in adempimento di un accordo di ristrutturazione che fino ad oggi sono stati indiscriminatamente esposti all'aggressione della revocatoria fallimentare.

Esclusi da tale privilegio restano, invece, tutti gli atti antecedenti e preparatori dell'accordo che pure potrebbero essere degni di una simile tutela.

Una volta intervenuta l'omologazione, se c'è inadempimento del debitore, i creditori aderenti potranno richiedere la risoluzione o l'annullamento dell'accordo così come concepiti per il concordato preventivo. Se non si ritenesse percorribile tale soluzione, resta sempre la possibilità di ricorrere alle norme sui contratti⁸¹ e al principio generale della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ciò sia in riferimento alla violazione degli obblighi da parte del debitore che da parte di chi, come l'esperto, deve supervisionare e controllare l'attuazione dell'accordo⁸².

In caso di fallimento del debitore, l'accordo dovrebbe continuare ad avere efficacia, a meno che le parti non abbiano contemplato espressamente nell'accordo che tale ipotesi costituisca motivo di risoluzione del contratto o meglio condizione risolutiva.

⁸⁰ Così M. Ferro, *op. cit.*, p.62.

⁸¹ In particolare alle norme di cui agli artt. 1453 e ss. c.c.. Ciascun creditore contraente potrebbe chiedere, in alternativa alla risoluzione, l'adempimento coattivo. Ovviamente, in caso di risoluzione il suo credito riviverebbe nella veste originaria, perdendo efficacia qualsiasi riduzione o dilazione stabilita nell'accordo. Cfr. G. Verna, *op. cit.*, p.6.

⁸² Conforme M. Ferro, *op. cit.*, p. 62.