

**LE MISURE DI INCENTIVAZIONE DELLE PROCEDURE DI COMPOSIZIONE
NEGOZIALE DELLE CRISI D'IMPRESA.
GLI “ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE”^(*)**

SIDO BONFATTI

SOMMARIO: Parte Prima. Le procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa. Uno sguardo d'insieme. 1. Premessa. – 2. Gli incentivi al superamento e/o alla sistemazione delle crisi d'impresa attraverso il ricorso alle “procedure di composizione negoziale delle crisi”. – 3. *Segue*. “Esimente” da responsabilità penale e “esenzione” dalla azione revocatoria. – 4. *Segue*. La “prededuzione” per la c.d. “nuova finanza”. – 5. *Segue*. La protezione del patrimonio dell'impresa in crisi nei confronti dei singoli creditori. – **Parte Seconda. Il sostegno finanziario dell'impresa in crisi nell'ambito degli “accordi di ristrutturazione”.** 1. Premessa. – 2. Il sostegno finanziario alle imprese che hanno concluso un “Accordo di Ristrutturazione” ai sensi dell'art. 182-bis l.fall. – 3. La “esenzione” da revocatoria degli atti di esecuzione degli “Accordi di Ristrutturazione”. - 4. “Accordi di Ristrutturazione” e “prededuzione”. A) I finanziamenti bancari effettuati in funzione della domanda di omologazione dell'Accordo di Ristrutturazione. - 5. *Segue*. B) I finanziamenti bancari effettuati in esecuzione dell'Accordo di Ristrutturazione. – 6. *Segue*. C) Il collocamento in prededuzione del “credito professionale” concesso in funzione di accesso all'Accordo di Ristrutturazione. - 7. Accordi di Ristrutturazione e “finanziamento-soci”. – **Parte Terza. La protezione del patrimonio dell'impresa in crisi nell'ambito degli “Accordi di Ristrutturazione”.** 1. Premessa. – 2. La protezione del patrimonio dell'impresa nel corso delle “trattative” relative alla conclusione di un “Accordo di Ristrutturazione”. – 3. *Segue*. La documentazione accompagnatoria e la proposta di accordo. - 4. *Segue*. La “autocertificazione” dell'imprenditore sulla pendenza di trattative. – 5. *Segue*. La “attestazione” dell'esperto attestatore. - 6. *Segue*. Decorrenza e contenuto degli “effetti protettivi”. – 7. *Segue*. La sorte delle ipoteche giudiziali iscritte in pendenza della sospensione delle azioni aggressive dei creditori. – 8. Il procedimento per la “sospensione” degli atti aggressivi dei singoli creditori. – 9. Il mancato deposito nel termine assegnato dell'Accordo di Ristrutturazione (Definitivo). – 10. Gli “effetti protettivi” dell'Accordo di Ristrutturazione Definitivo preceduto dalla “istanza di sospensione”.

^(*) Il presente contributo è dedicato ad un'Opera Collettanea di prossima pubblicazione in onore di un Maestro del Diritto Commerciale

PARTE PRIMA

LE PROCEDURE DI COMPOSIZIONE NEGOZIALE DELLE CRISI D'IMPRESA. UNO SGUARDO D'INSIEME

1. Premessa.

L'attuale legislazione concorsuale prevede che, in presenza di una situazione di "crisi" economica, patrimoniale o finanziaria, il debitore (che nel nostro ordinamento, peraltro, coincide con *l'imprenditore*, perché le "procedure di composizione negoziale delle crisi" sono riservate ai soggetti che *esercitano una attività d'impresa* – cfr. artt. 1, 67, co. 3, lett. d) e 182-*bis* l.fall.) possa proporre ai propri creditori un "Piano" per la sistemazione e/o la ristrutturazione del suo indebitamento, inserito in tre possibili procedimenti, che vengono comunemente denominati "*procedure di composizione negoziale delle crisi*".

I tre procedimenti in questione si caratterizzano, tra l'altro, per un differente ruolo attribuito, all'interno di ciascuno, all'autorità giudiziaria.

Il primo procedimento, disciplinato dall'art. 67, co. 3, lett. d), l.fall. (e oggi anche dall'art. 217-*bis*), è normalmente denominato "**Piano di risanamento attestato**", e consiste nella adozione da parte dell'imprenditore (con o senza l'accordo di uno o più creditori o di terzi) delle misure idonee, a suo avviso, a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa, **integrato dalla attestazione di un esperto** (di cui la legge precisa i requisiti) relativa alla "fattibilità" del "Piano".

Nessun ruolo è attribuito in questo procedimento all'Autorità giudiziaria.

Il secondo procedimento, disciplinato dagli artt. 182-*bis* ss. l.fall. (e oggi anche dall'art. 217-*bis*), è normalmente denominato "**Accordo di ristrutturazione**", e consiste nella conclusione da parte dell'imprenditore di un accordo con tanti creditori rappresentanti almeno il 60% delle sue passività, rivolto alla esecuzione di un piano di ristrutturazione dell'indebitamento dell'impresa, **integrato dalla attestazione di un esperto** (i cui requisiti sono identici all'esperto che attesta il "Piano di risanamento") relativa alla "attuabilità" dello "Accordo", con particolare riguardo alla sua idoneità a consentire il regolare pagamento dei creditori che non aderiscono

allo “Accordo” stesso.

In tale procedimento nessun ruolo è attribuito all’Autorità giudiziaria nella fase iniziale, nella quale si forma lo “Accordo” tra imprenditore e creditori, con le modalità di volta in volta scelte dagli interessati; ma nella fase finale del procedimento il ruolo dell’Autorità Giudiziaria diventa fondamentale, perché l’Accordo produce i suoi effetti favorevoli per l’imprenditore e per i creditori aderenti *solo se viene integrato dalla omologazione del Tribunale* del luogo in cui ha sede l’impresa.

Il terzo procedimento, disciplinato dagli artt. 160 ss. l.fall. (e oggi anche dall’art. 217-*bis*), è denominato “**Concordato preventivo**”, e consiste nell’accordo dell’imprenditore con tanti creditori che rappresentino la maggioranza assoluta (50,01%) delle sue passività, rivolto a dare esecuzione ad un “Piano” che realizzi, in qualsiasi forma, la sistemazione del suo indebitamento, **integrato dalla attestazione di un esperto** (sempre dotato dei medesimi requisiti) relativa alla veridicità dei dati aziendali ed alla fattibilità del “Piano”.

In tale procedimento il ruolo dell’Autorità giudiziaria è espresso al massimo livello. Infatti:

(i) **nella fase iniziale** del procedimento, l’imprenditore non può proporre ai creditori la ipotesi di “concordato”, se non supera un giudizio preliminare di **ammissione alla Procedura**, espresso dal tribunale nel quale ha sede l’impresa,

(ii) **nella fase intermedia** del procedimento, la eventuale formazione dell’accordo tra l’imprenditore e la maggioranza dei suoi creditori deve avvenire **rispettando delle regole procedurali stabilite per legge**, ed ottemperando alle disposizioni dell’autorità giudiziaria (è previsto che un singolo giudice venga delegato a dirigere la procedura) e sotto la sorveglianza di un professionista, nominato dal tribunale, che assume il ruolo di *Commissario Giudiziale*;

(iii) **nella fase finale** del procedimento, l’accordo pur eventualmente concluso tra l’imprenditore e la maggioranza dei suoi creditori, produce i suoi effetti per l’uno e per gli altri *solo se viene integrato dalla omologazione del tribunale*.

2. Gli incentivi al superamento e/o alla sistemazione della crisi d'impresa attraverso il ricorso alle “procedure di composizione negoziale delle crisi”.

Nella attuale legislazione concorsuale le “*procedure di composizione delle crisi*” – cioè quei procedimenti attraverso i quali il debitore può perseguire la sistemazione e/o il superamento di una situazione di “crisi” (economico, patrimoniale, finanziaria) che ha colpito la sua attività – rappresentano una soluzione che l'ordinamento giuridico favorisce attraverso la concessione di quattro ordini principali di “**benefici**” per chi vi accede.

I “**benefici**” concessi per l'ipotesi di avvio di una delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa sono principalmente rappresentati da:

a) “**esimente**” dalla **responsabilità penale** per atti e/o fatti che altrimenti comporterebbero l'incriminazione per taluni reati fallimentari (primo tra i quali il reato di “bancarotta preferenziale”), se tali atti e/o fatti rappresentano la esecuzione di uno dei “Piani” previsti dalle “Procedure di crisi”;

b) “**esenzione**” dall'**azione revocatoria** degli atti variamente posti alla base delle “procedure di crisi” in questione, se costituiscono – anch'essi – esecuzione dei “Piani”;

c) **trattamento preferenziale** delle obbligazioni assunte dal debitore in funzione della predisposizione del “Piano” di risanamento, o per la esecuzione dello stesso (“*fresh money*”) – tecnicamente ciò si traduce nel *pagamento preventivo*, e con **preferenza** rispetto agli altri debiti dell'imprenditore, di questo genere di obbligazioni -;

d) **protezione del debitore** nei confronti di atti cautelari ed esecutivi dei suoi creditori e contro atti di acquisizione di titoli di prelazione sul suo patrimonio (atti che per ragioni di comodità espositiva riassumeremo talora nella espressione “**azioni aggressive**”).

Tali “benefici” non si presentano peraltro con la stessa intensità in tutte le procedure che si propongono di sistemare e/o superare la crisi dell'impresa.

L'intensità dei “benefici” è direttamente proporzionale alla intensità del tasso di “giurisdizionalizzazione” della “procedura di crisi”: nel senso, che ad un più rilevante ruolo attribuito, caso per caso, all'autorità giudiziaria nell'ambito della singola “procedura di crisi”, corrisponde una maggiore ricchezza di “incentivi” a ricorrere alla procedura per il superamento della condizione di difficoltà dell'impresa.

Il principio che pare di potere ricavare da questo assetto della disciplina delle “crisi” è che le eccezioni al diritto comune delle obbligazioni che possono essere consentite per favorire il superamento di una situazione di “crisi” da parte di uno degli obbligati sono tanto maggiori quanto più penetrante è il controllo che l’autorità giudiziaria può esercitare sulla effettiva sussistenza dei presupposti che le giustificano.

3. Segue. “Esimente” di responsabilità penale e “esenzione” dalla azione revocatoria.

In tale prospettiva, si può constatare come nell’attuale disciplina delle procedure di composizione negoziata delle crisi d’impresa, i primi due ordini di “incentivi” si producano nello stesso modo per tutte e tre le possibili fattispecie.

Per ciò che concerne la “**esimente**” da responsabilità penale per il compimento di atti e/o fatti che sarebbero penalmente perseguibili secondo il diritto comune, ma che diventano leciti se posti in essere in esecuzione di un “Piano”, la equiparazione tra le tre procedure deriva dalla semplice circostanza che unica è la norma (art. 217-*bis* l.fall.) che tale effetto “salvifico” prevede, tanto per i “Piani attestati”, quanto per gli “Accordi di ristrutturazione” e i Concordati preventivi (cfr. art. 217-*bis* l.fall.).

Per ciò che concerne la “**esenzione da revocatoria**”, le norme che la dispongono, rispettivamente, per i “Piani di risanamento attestati” – da una parte -, e per gli “Accordi di ristrutturazione” ed i “Concordati preventivi”, dall’altra, sono bensì diverse, e diversamente formulate, ma finiscono per avere lo stesso contenuto.

Relativamente ai “Piani di risanamento attestati”, il nuovo art. 67, 3° co., lett. d) l.fall. afferma che non sono soggetti ad azione revocatoria fallimentare “*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 della esposizione debitoria dell’impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata ai sensi dell’art. 2501 – bis , quarto comma, del codice civile*”.

La formula utilizzata (“*atti, pagamenti e garanzie*”) appare sufficientemente generica da consentire di affermare che *qualsiasi “operazione” posta in essere dall’imprenditore è suscettibile di sfuggire all’applicazione dell’azione revocatoria, purchè risulti posta in essere “in*

esecuzione” di un *“piano ... di risanamento”* la cui ragionevolezza sia attestata nei modi voluti dalla norma.

La *“formula”* è analoga a quella prevista dalla successiva disposizione dell’art. 67, comma 3°, lett e) per gli atti di esecuzione degli *“Accordi di ristrutturazione”* e dei Concordati preventivi: tuttavia per gli atti di esecuzione del *“Piano di risanamento”* è precisato che il beneficio della esenzione da revocatoria è limitato alle garanzie concesse *“su beni del debitore”*.

Per le operazioni funzionali a dare esecuzione ad un accordo *“giudiziale”*, invece (trattisi di accordo derivante dall’ammissione dell’impresa a Concordato preventivo o anche derivante dall’Accordo di Ristrutturazione omologato dall’autorità giudiziaria di cui all’art. 182-bis l.fall.), la esenzione abbraccia tutte le *“garanzie”*: parrebbe, anche quelle *concesse da un terzo, o su beni di un terzo, o nell’interesse di un terzo*.

Della ricordata limitazione non si comprende, in realtà, la *ratio*, se non come espressione di un *perdurante disfavore* riservato agli accordi *“stragiudiziali”* rispetto agli accordi (totalmente o parzialmente) *“giudiziali”*.

Ma più che il carattere discutibile di tale logica è da denunciare la evidente incongruenza della norma.

Se si volesse introdurre una distinzione razionale – supponendo che la diversa formulazione rilevata non costituisca semplicemente una banale svista -, la distinzione dovrebbe passare tra l’ipotesi di garanzie costituite **per debiti propri** (dell’imprenditore che accede ad una delle procedure di composizione negoziale della crisi) – dove la garanzia sarebbe necessariamente costituita (dall’imprenditore interessato) *“su beni del debitore”* -; e l’ipotesi di garanzie costituite **per debiti altrui** – dove la garanzia (del debitore interessato da un procedimento di composizione della crisi d’impresa) potrebbe essere rappresentata tanto dalla costituzione di un pegno o di un’ipoteca *“su beni del debitore”* (ma per un debito altrui), quanto dalla prestazione da parte sua di una fideiussione nell’interesse di terzi -. A questa stregua, sarebbe comprensibile – salvo valutare se sarebbe anche condivisibile – prevedere che la *“esenzione”* da revocatoria, in determinate ipotesi – e nel nostro caso ciò riguarderebbe i *“Piani di risanamento”* di cui al nuovo art. 67, comma 3°, lett. d), l.fall. -, sia circoscritta alle garanzie costituite *per debiti propri*, e non comprenda – invece – le garanzie prestate *per debiti altrui* (ma a questo punto non solo le *“garanzie concesse su beni del debitore”*, ma anche quelle concesse coinvolgendone la generica responsabilità patrimoniale – come sarebbe per la prestazione di una fideiussione -).

Per converso, la disciplina di maggior favore che si volesse apprestare, sotto il profilo qui considerato – come le nuove norme sembrerebbero voler prevedere -, per gli accordi di composizione delle crisi di natura giudiziale (o semigiudiziale: art. 182-*bis* 1.fall.), non dovrebbe tanto sottolineare la costituibilità di garanzie “concesse su beni **non del debitore**” – la cui inattuabilità è ovvia, perché prestata da un soggetto terzo, diverso dall’imprenditore “in crisi” -: quanto, piuttosto, la costituibilità da parte dell’imprenditore interessato di garanzie per debiti altrui – vuoi “su beni del debitore”, vuoi nella forma della prestazione di fideiussione -, quando giudicate utili alla composizione della situazione di crisi in atto.

L’unica chiave di lettura che risulterebbe compatibile con la rilevata distinzione sarebbe quella che attribuisse alla “esenzione” di cui all’art. 67, co. 3, lett. e) una portata più ampia di quella prevista dalla precedente lettera d), affermando che le garanzie offerte per l’esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione sono esentate da revocatoria anche se costituite su beni di terzi, *nel senso di proteggerle anche dall’azione revocatoria promuovibile dall’eventuale fallimento del terzo* (e non dal fallimento del debitore ammesso al concordato od all’accordo di ristrutturazione); laddove le garanzie (su beni) di terzi sarebbero “normalmente” revocabili, *nel fallimento eventualmente dichiarato in danno del garante*, se costituite per l’esecuzione di un (semplice) “Piano di risanamento attestato”, promosso da una impresa diversa. In altre parole: la garanzia costituita su un bene di un terzo sarebbe protetta, in quanto atto di esecuzione di un Accordo di ristrutturazione o di un Concordato preventivo, anche nella inopinata ipotesi del fallimento *del terzo* (contro l’azione revocatoria promuovibile dal suo curatore fallimentare), e non solo nell’ipotesi del fallimento dell’imprenditore “in crisi” – nel cui interesse e per l’esecuzione del cui “Accordo” o del cui Concordato la garanzia fosse stata costituita -. La stessa garanzia costituita su un bene di un terzo sarebbe invece normalmente revocabile, in caso di fallimento di detto garante (da parte del suo fallimento), nell’ipotesi in cui rappresentasse un atto di esecuzione di un “semplice” Piano di risanamento attestato.

Tale conclusione evidenzerebbe peraltro addirittura un duplice ordine di incongruenze.

In primo luogo, rimarrebbe oscura la ragione della distinzione tra “Piani di risanamento”, da un lato, e “Accordi” e Concordati, dall’altro, rispetto alla identica ipotesi del fallimento del garante.

In secondo luogo, non si comprenderebbe la ragione in forza della quale la garanzia costituita da un terzo in esecuzione dello “Accordo” o del Concordato del debitore principale risulterebbe protetta dall’azione

revocatoria del curatore dell'eventuale fallimento del garante, *nella sola ipotesi* nella quale avesse assunto la veste di *garanzia reale* (“*su beni del ...*”), e non – invece – nella ipotesi in cui avesse assunto la veste di *garanzia personale* (fideiussione).

4. *Segue*. La “prededuzione” per la c.d. “nuova finanza”

Per ciò che concerne il terzo “pilastro” sul quale si regge la disciplina incentivante delle procedure di composizione negoziale delle “crisi” d’impresa – vale a dire **il trattamento preferenziale (“prededuzione”)** delle obbligazioni sorte in funzione di accesso alla procedura di crisi ed in esecuzione del “piano” rivolto a superarla, od a darvi adeguata sistemazione -, le differenze che si registrano tra i tre procedimenti sopra individuati (“Piani di risanamento”; “Accordi di ristrutturazione”; Concordati preventivi), sono invece assai marcate. Si va dall’estremo della mancanza di ogni tutela (“Piani di risanamento”), all’altro, nel quale si registra una tutela completa (Concordato preventivo), passando per la via intermedia di una tutela limitata (“Accordi di ristrutturazione”): **il tutto all’insegna del principio secondo il quale al maggior tasso di giurisdizionalizzazione del procedimento corrisponde una maggiore portata della protezione–incentivazione.**

Relativamente agli atti posti in essere in funzione od in esecuzione di un “*Piano di risanamento attestato*”, manca qualsiasi ipotesi di “prededuzione” per le obbligazioni assunte dall’imprenditore.

I crediti prededucibili, a seguito della riforma del diritto fallimentare, sono quelli che: a) sono definiti come tali da una esplicita disposizione di legge; oppure b) derivano da atti posti in essere in occasione o in funzione di una procedura concorsuale (art. 111, comma secondo, l.fall.).

Ebbene, né l’art. 67, comma terzo, lett. d) l.fall. contiene alcuna disposizione esplicita in materia di “prededuzione”; né il procedimento di “Piano di risanamento attestato” è qualificabile come “procedura concorsuale”, privo come è di qualsiasi effetto di “crystallizzazione” delle passività pregresse dell’imprenditore.

Per quanto riguarda le obbligazioni sorte in funzione od in esecuzione di un procedimento di **Concordato preventivo**, la “prededuzione” interessa **tutte** le obbligazioni sorte “*in funzione e in occasione*” della procedura. L’art. 111, secondo comma, l.fall., sopra ricordato, infatti, risulta qui applicabile senza ombra di dubbio, non potendo essere messo in discussione che il Concordato preventivo rappresenti una “procedura concorsuale”.

Per quanto riguarda le obbligazioni sorte in funzione od in esecuzione di un “**Accordo di ristrutturazione**”, la “prededuzione” interessa *solo* alcune delle obbligazioni assunte dall'imprenditore per accedere alla Procedura, e *solo* alcune delle obbligazioni assunte per dare esecuzione al “piano” di ristrutturazione.

L'art. 182-*quater* 1.fall. qualifica espressamente come prededucibili (o “*parificati ai prededucibili*”) – come vedremo meglio in prosieguo - i crediti derivanti da:

(i) finanziamenti effettuati da banche (o altri intermediari finanziari precisati) “*in esecuzione*” di un Accordo di ristrutturazione **omologato**;

(ii) finanziamenti effettuati da banche (o gli altri intermediari di cui sopra) “*in funzione della presentazione della domanda di omologazione dell'Accordo di ristrutturazione dei debiti*”, purchè siano previsti nell'Accordo stesso, e questo risulta **omologato**;

(iii) finanziamenti dei soci “*in esecuzione*” di un Accordo di ristrutturazione **omologato**, limitatamente all'importo dell'80%;

(iv) predisposizione della Relazione di “Attestazione” della attuabilità dell'Accordo.

5. Segue. La protezione del patrimonio dell'impresa in crisi nei confronti dei singoli creditori

Per ciò che concerne il quarto “pilastro” sul quale si regge la disciplina incentivante delle procedure di composizione negoziale delle “crisi” d'impresa – vale a dire **le misure di protezione del debitore** nei confronti di atti cautelari, esecutivi e costitutivi di diritti di prelazione sul suo patrimonio, posti in essere dai suoi creditori -, si registra pure una marcata differenziazione tra le diverse procedure di composizione negoziale delle crisi disciplinate dalla legge fallimentare, fondata anch'essa sulla considerazione del maggiore o minore tasso di giurisdizionalizzazione del singolo procedimento.

Per l'imprenditore che ricorra all'istituto della predisposizione di un “**Piano di risanamento attestato**”, non è prevista **alcuna protezione** rispetto a possibili atti esecutivi e/o cautelari dei creditori. Sia nella fase nella quale predispone il “Piano”, e lo sottopone alla attestazione dello “esperto” che deve verificarne l'attitudine a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa; sia nella fase nella quale il “Piano”,

debitamente attestato dal predetto “esperto”, riceve esecuzione; *l'imprenditore è esposto alle iniziative di aggressione individuali dei propri creditori* (con la sola eccezione, ovviamente, di coloro con i quali abbia eventualmente concordato una “moratoria” o comunque l’astensione da azioni esecutive o cautelari individuali).

Per l'imprenditore che ricorra all'istituto del **Concordato preventivo** è prevista **una protezione totale** nei confronti di azioni aggressive dei propri creditori. Secondo l'art. 168 l. fall., infatti, *“dalla data di presentazione del ricorso [per l'ammissione al Concordato preventivo] ... i creditori per titolo o causa anteriori al decreto non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore ... i creditori non possono acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice ...”*.

Per l'imprenditore che ricorra all'istituto dello “**Accordo di ristrutturazione**” è prevista **una protezione limitata** nei confronti di azioni esecutive o cautelari dei propri creditori, a far tempo dalla pubblicazione dell'Accordo stesso presso il Registro delle Imprese. Per ciò che concerne il periodo precedente, nel quale si svolgono le trattative con i creditori che dovrebbero partecipare all'Accordo, una recente riforma (decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, in vigore dal 31 maggio 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, in vigore dal 31 luglio 2010) ha introdotto **una tutela anticipata** rispetto alla “apertura” del procedimento di “Accordo di ristrutturazione” (*infra*, Parte Terza).

PARTE SECONDA

IL SOSTEGNO FINANZIARIO DELL'IMPRESA IN CRISI NELL'AMBITO DEGLI “ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE”

1. Premessa.

Il sostegno finanziario alle imprese in crisi è normalmente affidato, come accade del resto anche alle imprese *in bonis*, all'intervento del credito bancario; al credito commerciale (le dilazioni ottenute dai fornitori; più raramente, gli anticipi versati dai clienti); all'intervento finanziario dei soci (“finanziamento-soci”).

Per le imprese in crisi inoltre si presentano esigenze finanziarie speciali, sostanzialmente estranee alla gestione delle imprese *in bonis*, rappresentate dalla necessità di disporre, in tempi brevi, di *liquidità straordinaria*, funzionale a sostenere le cc.dd. “spese di procedura”, rappresentate in realtà in parte da costi puntualmente connessi alla procedura di composizione negoziale della crisi avviata per il rilancio dell'impresa (per esempio, il compenso del commissario giudiziale nel Concordato Preventivo); in parte più generalmente riferibili all'attribuzione di incarichi professionali “speciali” per l'accesso alla Procedura di composizione negoziale della crisi e per l'assistenza nel corso della stessa.

Dato per scontato che tanto l'accesso al credito bancario quanto l'accesso al credito commerciale (e la stessa disponibilità dei soci a finanziare ulteriormente l'impresa) divengano particolarmente difficoltosi nel momento della emersione della situazione di “crisi” dell'impresa, si pone il problema di quali *incentivi* potere assicurare alle banche, ai fornitori, ai soci, eccetera, per superare la comprensibile diffidenza a (continuare a) sostenere finanziariamente una impresa in conclamata difficoltà.

Gli strumenti principali che il nostro ordinamento ha inteso utilizzare in questa direzione paiono essere costituiti da: (i) “esenzione” dall'azione revocatoria (fallimentare), per i finanziamenti all'impresa in crisi che fossero stati rimborsati, o per le garanzie dai quali fossero stati assistiti; e (ii) “prededuzione”, nel concorso con gli altri creditori sul ricavato dalla eventuale liquidazione del patrimonio del debitore, dei crediti derivanti da finanziamenti erogati allo scopo di favorirne il risanamento.

Alla considerazione dei termini, dei modi e dei limiti nei quali i richiamati istituti dalla “esenzione” da revocatoria e della “prededuzione” assolvono, nel nostro ordinamento, alla funzione di incentivare il sostegno finanziario delle imprese in crisi sono dedicate le pagine che seguono.

2. Il sostegno finanziario alle imprese che hanno concluso un “Accordo di Ristrutturazione” ai sensi dell’art. 182-bis l.fall.

L’art. 67, co. 3, lett. e) l.fall. afferma che “[non sono soggetti all’azione revocatoria] *gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché dell’accordo omologato ai sensi dell’art. 182-bis*”.

L’art. 182-*quater* l.fall. (introdotto dal d.l. n. 78/2010, convertito nella l. n. 122/2010) detta delle “*disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti ... negli accordi di ristrutturazione dei debiti*”.

Sono oggi pertanto previsti entrambi gli “incentivi” individuati come fattori (principali) del sostegno finanziario alle imprese “in crisi”: la “esenzione” da revocatoria (presente già nell’originaria disciplina di riforma della legge fallimentare); e la “prededuzione” nel concorso sul patrimonio del debitore (assente nella originaria “riforma”, e già giudicata non suscettibile di applicazione per via di interpretazione estensiva od analogica, in conseguenza della esclusione della natura di “procedura concorsuale” del procedimento previsto per la conclusione e la omologazione degli “Accordi di Ristrutturazione”).

3. La “esenzione” da revocatoria degli atti di esecuzione degli “Accordi di Ristrutturazione”.

La nuova legge fallimentare persegue l’obiettivo di favorire la tempestiva emersione delle situazioni di “crisi” dell’impresa e di garantirne per quanto possibile il superamento o per lo meno la sistemazione in modi più efficienti e più efficaci rispetto al passato. Tra gli strumenti individuati allo scopo si colloca la “esenzione” dall’azione revocatoria fallimentare degli atti posti in essere in funzione od in esecuzione di una procedura giudicata dalla nuova legge fallimentare atta a prevenire, superare o sistemare adeguatamente la situazione di “crisi”.

La portata di questo “incentivo”, che l’art. 67, co. 3, l.fall. declina nella affermazione che gli atti in questione “*non sono soggetti all’azione revocatoria*”, non è peraltro univocamente intesa.

Il comma immediatamente successivo infatti aggiunge che “*le disposizioni di questo articolo non si applicano all’istituto di emissione, alle operazioni di credito su pegno e di credito fondiario*” (ed aggiunge: “*sono salve le disposizioni delle leggi speciali*”): e non è chiaro se la portata delle due “esenzioni” sia uguale, oppure no.

Per la seconda delle categorie di atti “esentati” la esenzione concerne, in modo esplicito, solamente l’azione revocatoria (fallimentare) prevista da “*questo articolo*” (l’art. 67). Per la prima categoria, invece, la esenzione riguarda “*l’azione revocatoria*”. Per converso, la esenzione di cui al quarto comma dell’articolo 67 riguarda *tutto* “questo articolo”: mentre la esenzione di cui al terzo comma è espressa in termini meno precisi.

Secondo l’opinione di alcuni interpreti le esenzioni disposte dal terzo comma dell’art. 67 l.fall. dovrebbero riguardare, in linea di principio, *i soli atti “normali” di gestione*: quindi dovrebbero evitare l’esercizio dell’azione revocatoria fallimentare, in sostanza, nelle sole ipotesi nelle quali essa sarebbe proponibile ai sensi dell’art. 67, co. 2, l.fall., lasciando senza protezione gli atti revocabili in base alle disposizioni del primo comma dell’articolo 67.

La conclusione non può essere condivisa, per molteplici ragioni.

Innanzitutto il segnalato confronto letterale con la disposizione contenuta nel comma successivo induce a ritenere che le nuove esenzioni previste dal terzo comma abbraccino *per lo meno* tutte le ipotesi che ricadrebbero sotto l’ambito di applicazione di “*questo articolo*”, quindi anche quelle riferibili al *primo comma* dell’art. 67.

In secondo luogo, anche ad una prima lettura delle fattispecie descritte come oggetto delle disposte esenzioni, si coglie che un buon numero di esse è funzionale ad evitare l’applicazione *proprio* del *primo* comma dell’art. 67: e ciò con particolare riguardo alla esenzione per atti posti in essere in funzione della attuazione di (“Piani di Risanamento attestati”, Concordati preventivi o) “Accordi di Ristrutturazione”, dal momento che è tipico di queste fattispecie il “consolidamento” dell’indebitamento pregresso, attraverso la costituzione di garanzie supplementari, che ricadrebbero nell’ambito di applicazione del *primo* comma dell’art. 67 l.fall. (numeri 3 e 4).

Oltre a ciò, sempre facendo leva sul ricordato argomento letterale incentrato sul confronto con la disposizione del quarto comma della norma in

commento, si può avere ragione di ritenere che gli atti contemplati nella disposizione in esame siano sottratti ad *ogni* azione revocatoria *fallimentare*, ivi comprese quelle previste dall'art. 64 e dall'art. 65 l.fall.; nonché - è da ritenere - all'azione revocatoria prevista dall'art. 66 l.fall. - azione revocatoria *ordinaria* proseguita o proposta dal curatore fallimentare -.

Come detto, induce a propendere per la tesi secondo la quale alla “esenzione” dall'azione revocatoria prevista dall'art. 67, co. 3, l. fall. deve essere attribuita *portata generale*, la circostanza che in numerose fattispecie tra quelle interessate dalla norma la aspirazione a sottrarre all'azione revocatoria fallimentare determinate categorie di atti riguarda proprio situazioni nelle quali si presenterebbero - altrimenti - i presupposti dell'esercitabilità dell'azione revocatoria prevista *dal primo comma* dell'art. 67 l. fall. (come sarebbe, per esempio, per le *garanzie costituite in favore di crediti pregressi*, che rappresentassero atti di esecuzione di uno dei piani o degli accordi previsti dall'art. 67. co.3, lett. d) oppure lett. e) l. fall.); oppure i presupposti dell'esercitabilità dell'azione revocatoria prevista *dall'art. 65* l. fall. (come sarebbe, per esempio, per il *rimborso anticipato* di debiti aventi scadenza molto differita nel tempo - magari un prestito obbligazionario particolarmente oneroso -, anch'esso in ipotesi rappresentante un atto di esecuzione di uno dei menzionati piani o accordi previsti dall'art. 67. co.3, lett. d) oppure lett. e) l. fall.).

Occorre infine domandarsi se gli atti in questione debbano considerarsi sottratti altresì all'azione revocatoria ordinaria *proposta anche al di fuori del fallimento*.

Milita in questo senso la considerazione che, ove sopravvenisse il fallimento, l'azione revocatoria ordinaria diverrebbe improcedibile, qualora si ritenesse inapplicabile agli atti “esentati” l'art. 66 l.fall.: risulterebbe irrazionale una disciplina che assoggettasse gli atti *de quibus* ad una disciplina più severa al di fuori del fallimento, che a seguito della pronuncia della sentenza dichiarativa.

Non vi dovrebbero essere incertezze, invece, nel considerare rientranti nell'ambito di applicazione delle “esenzioni” disposte dall'art. 67, comma 3°, l.fall. novellato (e conseguentemente inapplicabili alle fattispecie ivi descritte) le azioni revocatorie fallimentari cc.dd. speciali, disciplinate per lo più al di fuori della legge fallimentare, quali le azioni revocatorie cc.dd. “aggravate” per atti compiuti “infragruppo”, nella disciplina dell'Amministrazione straordinaria (“ordinaria” e “speciale”); le azioni revocatorie relative alle operazioni di *factoring*, o di “cartolarizzazione”; eccetera.

4. “Accordi di Ristrutturazione” e “prededuzione”. A) I finanziamenti bancari effettuati in funzione della domanda di omologazione dell’Accordo di Ristrutturazione.

L’art. 182-*quater*, co. 2, l.fall. (introdotto, come detto, dal d.l. n. 78/2010, convertito nella l. n. 122/2010) afferma che “*sono parificati ai prededubibili ... i crediti derivanti da finanziamenti effettuati ... [da banche, e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del T.U. Bancario] ... in funzione della presentazione ... della domanda di omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti ... dall’accordo di ristrutturazione, e purché ... l’accordo sia omologato*”.

Come ho detto, prima della introduzione nella legge fallimentare dell’art. 182-*quater*, la disciplina della “prededuzione” non poteva essere applicata agli atti posti in essere in connessione con un “Accordo di Ristrutturazione”, per l’esclusione della natura di “procedura concorsuale” – che rappresenta il presupposto indicato dall’art. 111, co. 2, l.fall. per l’applicabilità dell’istituto – del procedimento disciplinato dall’art. 182-*bis* l.fall. Non era quindi sostenibile che agli atti “preparatori” dell’omologazione dello “Accordo” potesse applicarsi la disposizione (art. 111, co. 3, l.fall.) che prevede la prededuzione per i crediti sorti “*in funzione*” di una procedura concorsuale.

Il richiamato art. 111, co. 2, l.fall. afferma peraltro che sono prededucibili anche i crediti “*così qualificati da una specifica disposizione di legge*”: e l’art. 182-*quater*, co. 2, (e co. 1) l.fall, si è oggi venuto ad aggiungere a quelle disposizioni che prevedono casi speciali di “prededuzione”.

I limiti dello “incentivo” sono segnati da: (i) il necessario collegamento funzionale tra finanziamento e “presentazione” della domanda di “Accordo”; (ii) l’origine del sostegno finanziario (che può provenire solo da “finanziamenti” di banche o intermediari finanziari *ex* artt. 106 e 107 TUB – dove la previsione che i finanziamenti possano essere effettuati “*in qualsiasi forma*” deve indurre ad estendere l’ambito di applicazione della norma dai tradizionali *mutui* ai contratti bancari di *apertura di credito*; dai crediti cc.dd. “*per cassa*” ai crediti cc.dd. “*di firma*” (cioè la fideiussione bancaria prestata nell’interesse dell’impresa ed a favore dei terzi); eccetera -; (iii) la necessaria previsione del “finanziamento” nello “Accordo di Ristrutturazione” (senza che ciò implichi la necessità che il finanziamento sia *successivo* alla stipulazione dello “Accordo” tra i suoi firmatari, dovendosi

ritenere sufficiente che l'utilizzo del finanziamento, anche avvenuto prima della formalizzazione dello "Accordo", sia comunque previsto dallo stesso come funzionale alla presentazione della domanda di omologazione, e con ciò approvato dai creditori che aderiscono allo "Accordo"); (iv) dall'intervenuta omologazione dello "Accordo".

E' evidente che la condizione più stringente è l'ultima tra quelle poste dalla norma: perché l'osservanza delle prime tre non varrebbe ad assicurare la prededuzione del credito prodotto dal finanziamento "bancario", se l'Accordo di Ristrutturazione non giungesse ad essere omologato. A ciò si aggiunga il dubbio, alimentato dal silenzio della legge sulla circostanza che il decreto di omologazione del Tribunale sia o non sia provvisoriamente esecutivo, se la prededuzione si produca *pur che* l'Accordo risulti omologato, oppure sia condizionata alla circostanza che il provvedimento di omologa divenga definitivo.

5. Segue. B) I finanziamenti bancari effettuati in esecuzione dell'Accordo di Ristrutturazione.

Anche per i crediti sorti "in esecuzione" degli Accordi di Ristrutturazione la "prededuzione" prevista dall'art. 111, co. 2, l.fall. non avrebbe potuto operare, stante la ripetuta esclusione della natura di "procedura concorsuale" dell'istituto.

Anche per tali crediti, peraltro, opera oggi la seconda fonte produttiva della "prededucibilità", ai sensi del richiamato art. 111, co. 2, l.fall., cioè la presenza di una "specifica disposizione di legge" in tal senso. L'art. 182-*quater*, co. 1, l.fall, come introdotto dal d.l. n. 78/2010 convertito nella legge n. 122/2010, infatti, afferma ora che "*i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari iscritti agli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993 n. 385 in esecuzione ... di un Accordo di Ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis) sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111*".

Costituiscono pertanto condizioni della prededucibilità dei finanziamenti "bancari" concessi per il sostegno finanziario dell'impresa che conduce un "Accordo di Ristrutturazione": (i) la funzionalità del finanziamento alla *esecuzione* dell'Accordo; e (ii) l'intervenuta omologazione dello stesso.

Anche in questo caso la criticità della disciplina della "prededuzione" è

rappresentata dalla subordinazione del relativo effetto al conseguimento dell'omologazione (problematicità enfatizzata dalla riferita incertezza sulla necessità o meno che il provvedimento di omologa sia divenuto definitivo). Quanto alla funzionalità del finanziamento alla "esecuzione" dell'Accordo, ciò fa ritenere che per lo più si tratterà di operazioni *successive* alla sua stipulazione (valendo per quelle precedenti la già descritta prededuzione prevista dal *secondo* comma della norma in esame): senza peraltro che ciò implichi la necessità che risultino successive *anche all'omologazione* (definitiva o non): dovendo bensì risultare l'Accordo "omologato", ma non necessariamente *prima* della concessione del finanziamento funzionale alla sua esecuzione (per quanto la sua collocazione in prededuzione sia subordinata al successivo intervento dell'omologa).

D'altro canto nel procedimento per l'omologazione degli "Accordi" ai sensi dell'art. 182-*bis* l.fall. non si registra un controllo dell'autorità giudiziaria, o di chi per essa, diverso (ed in ipotesi più pregnante) dopo l'omologazione, rispetto al periodo anteriore; né, al postutto, il provvedimento di omologa deve "disporre espressamente" la prededuzione (né quella per i finanziamenti funzionali alla presentazione della domanda, né quella relativa ai finanziamenti funzionali all'esecuzione dell'Accordo), come invece accade per il Concordato Preventivo, relativamente alla prima delle due categorie di finanziamenti.

6. *Segue.* C) Il collocamento in prededuzione del "credito professionale" concesso in funzione di accesso all'Accordo di Ristrutturazione.

Tra le obbligazioni che l'imprenditore può assumere "in funzione" dell'Accordo di Ristrutturazione vi sono anche quelle connesse al conferimento di incarichi professionali per l'accesso alla procedura: e si sarebbe portati a dire *soprattutto* le obbligazioni nei confronti di professionisti, se si considera che i precedenti giudiziari relativi alla interpretazione della nuova disciplina della "prededuzione" come delineata dall'art. 111 l. fall. riformato sono intervenuti proprio in relazione al trattamento (nel Concordato preventivo o più spesso nel fallimento "consecutivo") dei crediti dei professionisti che avevano assistito l'imprenditore nel tentativo di accesso al Concordato.

Per ciò che concerne i crediti derivanti dall'esecuzione di un incarico professionale funzionale a favorire l'accesso all'imprenditore all'Accordo di Ristrutturazione, la mancanza di una previsione esplicita del carattere

prededucibile, e la (condividibilmente) ritenuta esclusione della attribuibilità a tale procedimento della natura di “procedura concorsuale” (per la assenza di previsioni idonee a garantire una adeguata “cristallizzazione” dell’indebitamento pregresso, *in primis* la assenza della “sanzione” di inefficacia dei pagamenti eventualmente compiuti dal debitore), impedivano di invocare l’applicabilità dell’art. 111 l.fall.

Oggi la norma è però dichiarata espressamente applicabile (cfr. art 182-*quater*, co. 4), ai “*compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli articoli [161, terzo comma, e] 182-bis primo comma*”, purchè l’Accordo di Ristrutturazione sia omologato.

La *limitazione* della “prededuazione” dei crediti dei professionisti che abbiano prestato all’imprenditore “*servizi strumentali all’accesso*” all’Accordo di ristrutturazione a quei soliti crediti connessi all’attività del c.d. “esperto attestatore” appare per la verità poco razionale. Non si comprende infatti, per esempio, la ragione per la quale analogo riconoscimento non sia stato attribuito, poniamo, al credito dell’Avvocato che presenta il ricorso per l’omologazione dell’accordo, svolgendo una attività non meno necessaria, per legge, di quella svolta dallo “attestatore”: e tuttavia si iscrive come una *eccezione* (dunque insuscettibile di interpretazione analogica) al principio della inapplicabilità dell’art. 111 l.fall. alle obbligazioni sorte in funzione o in occasione degli Accordi di Ristrutturazione.

Se mai si dovrebbe segnalare la incompletezza della protezione così apprestata per il credito del “professionista attestatore”, che è bensì favorito con la collocazione “in prededuazione”, nell’eventuale fallimento del cliente, *ove non sia ancora stato pagato*: ma non è protetto nei confronti dell’azione revocatoria fallimentare promuovibile dall’eventuale curatore fallimentare, *ove nel frattempo fosse stato pagato* (non valendo per tale pagamento la “esenzione” di cui all’art. 67, co. 3, lett. g) l.fall., appunto perché l’Accordo di ristrutturazione non può essere fatto rientrare tra le “procedure concorsuali”, alle quali solo si riferisce la “esenzione” richiamata)*.

* Diverso sarebbe il discorso che si dovrebbe fare, invece, per il Concordato preventivo.

Relativamente a tale procedura, il rapporto di “funzionalità” delle obbligazioni assunte per la predisposizione, attestazione, presentazione di una domanda di Concordato con la “procedura concorsuale” intervenuta successivamente (fosse pure anche il fallimento, in conseguenza dell’esito negativo del tentativo concordatizio), sarebbe difficilmente contestabile, per l’evidenza oggettiva della relazione tra le attività professionali poste in essere e la procedura concorsuale successiva (fosse pure prodotta dall’insuccesso, anziché dal successo, del tentativo di composizione concordata della crisi), e la conseguente ovvietà dell’applicabilità dell’art. 111 l.fall. A tale considerazione può essere affiancata quella che è originata dalla valutazione del disposto dell’art. 67, co. 3, lett. g) l.fall. riformato. Secondo tale norma, sono sottratti alla revocatoria

7. Accordi di Ristrutturazione e “finanziamento-soci”.

Il d.l. n. 78/2010, convertito nella l. n. 122/2010, è intervenuto *ex professo* sulla disciplina dei finanziamenti-soci erogati nel contesto delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa, introducendo nel nostro ordinamento l'art. 182-*quater*, co. 3, l.fall., secondo il quale “*in deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, il primo comma [prededucibilità dei finanziamenti “bancari” effettuati in esecuzione di un Concordato Preventivo o di un Accordo di Ristrutturazione omologato] si applica anche ai finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell’ottanta per cento del loro ammontare*”.

Alla condizione di rispettare quanto previsto dal primo comma della nuova norma, pertanto – su cui si veda quanto già precisato –, anche i crediti derivanti da “finanziamenti-soci”, come quelli derivanti dai finanziamenti “bancari”, sono collocabili in prededuzione (limitatamente all'80%): e ciò, nonostante (“*in deroga*”) la presenza dei presupposti di applicabilità degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod.civ., che ne disporrebbero – al contrario – la postergazione.

Da ciò pare potersi agevolmente ricavare: (i) che per la quota residua del 20% dei finanziamenti-soci, non si produce alcuna deroga agli artt. 2467

fallimentare – evidentemente, in caso di insuccesso del Concordato e successiva dichiarazione di fallimento – “*i pagamenti dei debiti ... eseguiti ... per ottenere la prestazione di servizi strumentali all’accesso alle procedure ... di concordato preventivo*”. La collocazione “in prededuzione” del credito professionale per la effettuazione di una prestazione strumentale all’accesso al Concordato Preventivo, non pagata dall’imprenditore, costituisce pertanto il logico e corretto *péndant* della sottrazione a revocatoria fallimentare della prestazione professionale funzionale all’ammissione alla Procedura e addirittura già *pagata* prima dell’accesso alla stessa.

In tale contesto, è necessario evitare di incorrere in un grave equivoco nell’intendere il significato del nuovo art. 182-*quater*, co. 4, l.fall., introdotto dal d.l. n. 78/2010 convertito nella l. n. 122/2010, che sembrerebbe volere limitare la collocabilità in prededuzione delle obbligazioni sorte *prima* dell’apertura del Concordato per la prestazione di servizi professionali *alla sola ipotesi del compenso spettante al “professionista attestatore” di cui all’art. 161, co. 3, l.fall.* Tale disposizione non mira ad escludere la collocabilità in prededuzione di ogni altro credito professionale funzionale all’ammissione dell’imprenditore al Concordato Preventivo. Essa, piuttosto, ha la funzione di *escludere qualsiasi giudizio valutativo* sulla effettiva “funzionalità” dei crediti derivanti dall’assolvimento della funzione di “attestazione” della fattibilità del Piano concordatizio, laddove ciò risulti *disposto* dal provvedimento giudiziale di apertura della Procedura. Per le altre obbligazioni preconcordatizie, diverse da quelle assunte nei confronti dello “attestatore” (la cui prededucibilità risulti “disposta” dal Tribunale), la prededuzione (nel Concordato preventivo) non è ovviamente *esclusa a priori*, in conseguenza della estraneità all’ambito di applicazione di cui all’art. 182-*quater*, co. 4, l.fall.: ma è *subordinata al giudizio valutativo* di effettiva “funzionalità” all’ammissione alla Procedura, previsto dal (pur sempre applicabile) art. 111, co. 2, l.fall.

e 2497-*quinquies* cod.civ., e tale porzione di crediti è collocata con postergazione rispetto agli altri creditori (chirografari); e (ii) che la assimilazione dei finanziamenti-soci (nel limite dell'80%) ai finanziamenti bancari è limitata a quelli concessi per la "esecuzione" dell'Accordo di Ristrutturazione (primo comma, richiamato dal quarto), e non è estesa ai finanziamenti concessi in funzione "*della presentazione della domanda ... di omologazione*" (secondo comma, *non* richiamato dal quarto).

Ciò tuttavia non implica la necessità che il finanziamento-soci sia *successivo* all'Accordo di Ristrutturazione (né, quindi, tanto meno, successivo all'omologazione, che è peraltro necessaria perché la prededuzione si produca): **dispone in senso esattamente contrario**, infatti, il quinto comma dell'art. 182-*quater* l.fall. in commento, secondo il quale per "*i crediti indicati ai commi, secondo, terzo e quarto, i creditori sono esclusi ... dal computo della percentuale dei crediti prevista all'articolo 182-bis, primo e sesto comma*" (il 60% dei crediti di cui devono essere titolari i creditori aderenti all'Accordo perché questo produca gli effetti della norma richiamata). Se la norma precisa che i crediti per finanziamenti-soci, qui considerati, non possono essere computati nella percentuale del 60% delle passività rilevanti ai fini della conclusione di un "Accordo di Ristrutturazione" propriamente detto, essa postula evidentemente che tali crediti siano (o possano essere) *anteriori* all'Accordo, e che abbiano (o potrebbero avere) attitudine ad influenzare il raggiungimento delle percentuali rilevanti per attribuirgli gli effetti previsti dall'art. 182-*bis* l. fall. (a prescindere dalla incertezza se tale "sterilizzazione" implichi che l'Accordo deve registrare l'adesione di tanti creditori che rappresentino – senza il concorso dei soci finanziatori – il 60% delle passività *comprehensive* dei debiti per finanziamenti-soci; o se debba registrare l'adesione di tanti creditori – sempre senza il concorso dei soci finanziatori – che rappresentino il 60% delle passività *al netto* dei debiti per finanziamento-soci, che risulterebbero così esclusi dal computo a qualsiasi titolo).

Se mai la disciplina passata in rassegna rappresenta la dimostrazione che possono essere qualificati finanziamenti effettuati "in esecuzione" di un Accordo (o di un Concordato Preventivo) anche operazioni produttive di crediti sorti *anteriormente* all'Accordo (o alla domanda di Concordato), se è vero – come è vero – che la legge ritiene di dovere disporre in materia di esclusione degli stessi dal computo delle maggioranze rilevanti per la configurazione di un "Accordo di Ristrutturazione" propriamente detto (o dal computo delle maggioranze previste per l'approvazione del Concordato: art. 182-*quater*, co. 5, l.fall.).

Ciò precisato, occorre ora segnalare che nulla dice la nuova disciplina

dei finanziamenti–soci negli Accordi di Ristrutturazione (e nei Concordati) circa l'applicabilità o meno degli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod.civ. ai rimborsi di finanziamenti-soci, pur erogati nelle condizioni previste dal primo comma dell'art. 182-*quater* l.fall. La “*deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies*” cod.civ. vale infatti a rendere applicabili ai finanziamenti-soci le “*disposizioni in tema di prededucibilità*” dettate per i finanziamenti “bancari” *non rimborsati*: ma nulla dice sulla eventuale deroga alle disposizioni concernenti i finanziamenti *rimborsati*.

Ferma restando la necessaria sottrazione all'azione revocatoria, in conseguenza della “esenzione” prevista dall'art. 67, co. 3, lett. e) l.fall., rimane da stabilire se nel fallimento intervenuto entro il periodo annuale dell'effettuato pagamento possa essere promossa la domanda restitutoria prevista dagli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod.civ.

Si pone insomma il problema della sorte del rimborso dei finanziamenti-soci, che risultano al contempo, sottratti all'azione revocatoria, in virtù del disposto dell'art. 67, co. 3, lett. d) l.fall.; ma non necessariamente esentati dall'obbligo restitutorio di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod.civ.

In termini generali, non mancano le opinioni favorevoli ad escludere la riconducibilità dell'obbligo restitutorio *ex artt. 2467 e 2497—quinquies* cod.civ. al fenomeno dell'azione revocatoria (fallimentare), e quindi inclini a concepire ammissibile la promozione di una azione restitutoria nei confronti di rimborsi che non sarebbero assoggettabili alla revocatoria (fallimentare).

Trasferendo peraltro il dibattito dal piano generale alla fattispecie degli “Accordi” *ex art. 182-bis* l.fall. (e tanto più a quella del Concordato Preventivo), si aggiunge la necessità di considerare il profilo della *prededucibilità* dei crediti prodotti dall'erogazione di finanziamenti-soci, “*in deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies*” cod.civ., quando non fossero risultati rimborsati: che rende totalmente irrazionale la conclusione favorevole ad assoggettarli all'obbligo restitutorio previsto dalle norme del codice civile richiamate senza immaginarne una corrispondente “*deroga*”, ove fossero stati – invece – rimborsati, alla scadenza pattuita e in esecuzione dell'Accordo o del Concordato omologati.

PARTE TERZA

LA PROTEZIONE DEL PATRIMONIO DELL'IMPRESA IN CRISI NELL'AMBITO DEGLI "ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE".

1. Premessa.

Gli "Accordi di ristrutturazione" dei debiti dell'impresa in crisi danno vita ad un procedimento distinto in tre fasi:

a) fase di predisposizione e di conclusione dello "Accordo" con i creditori (rappresentanti almeno il 60% delle passività dell'impresa in crisi): è una fase **totalmente stragiudiziale**, nella quale l'imprenditore ed i suoi creditori ricercano la conclusione di un accordo di ristrutturazione dell'indebitamento in piena libertà di forma e contenuti;

b) fase di **omologazione** dello "Accordo" concluso con i creditori (e "attestato" dall'esperto avente i requisiti precisati dalla legge, ma liberamente designato dall'imprenditore): è una fase **totalmente giudiziale**, che si svolge davanti al Tribunale fallimentare, nel contraddittorio tra le parti interessate (ivi compresi coloro che promuovano, come è previsto che possano fare, opposizione alla omologazione dello "Accordo"), e si conclude con il provvedimento che dispone (o, in ipotesi, nega) l'omologazione;

c) fase di **esecuzione** dello "Accordo" omologato dal tribunale: è una fase di nuovo **totalmente stragiudiziale**, perché non è prevista la designazione di alcun "giudice delegato" a sorvegliarne la correttezza, né la nomina di alcun "Commissario", o figura equivalente, a controllarne la regolarità.

La disciplina originaria di questo procedimento (decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, nella legge 14 maggio 2005, n. 80) non prevedeva alcuna forma di "protezione" per il debitore che vi avesse fatto ricorso.

Una successiva integrazione (decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169, con effetto dal 1° gennaio 2008), che precisava – tra l'altro – i presupposti soggettivo ("*l'imprenditore*") ed oggettivo ("*in stato di crisi*") dell'istituto, aveva introdotto la disposizione secondo la quale "*dalla data di pubblicazione [presso il Registro delle Imprese] e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriori a tale data non possono iniziare o*

proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore”. Veniva altresì dichiarato applicabile l’art. 168, comma secondo, l.fall., il quale (in materia di Concordato preventivo) dispone che *“le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese e le decadenze non si verificano”*.

Si trattava quindi di una “protezione” prevista a far tempo **dall’inizio della seconda fase** del procedimento, dopo che lo “Accordo”, predisposto dall’imprenditore, “attestato” dallo esperto, e accettato dai creditori (in misura almeno pari al 60% delle passività), fosse stato pubblicato nel Registro delle Imprese.

Una più recente innovazione normativa (il già ricordato d.l. n. 78/2010, convertito dalla legge n. 122/2010) ha disciplinato un procedimento in base al quale la “protezione” nei confronti delle azioni esecutive e/o cautelari dei creditori può essere **anticipata alla prima fase** del procedimento, quando ancora pendono **le trattative** con i creditori, *“e prima della formalizzazione dell’Accordo”*.

2. La protezione del patrimonio dell’impresa nel corso delle “trattative” relative alla conclusione di un “Accordo di Ristrutturazione”.

Ai sensi del novellato art. 182-*bis* l.fall. il procedimento rivolto a conseguire *“il divieto di iniziare e proseguire azioni cautelari e esecutive”* nei confronti dell’imprenditore che ha iniziato *“trattative”* per la conclusione di un “Accordo di ristrutturazione” può essere richiesto (**solo**) dallo stesso imprenditore in crisi, con un ricorso depositato davanti al Tribunale fallimentare (quello stesso competente a disporre la omologazione dell’Accordo, una volta che questo fosse effettivamente concluso e *“formalizzato”*), accompagnato da:

- (i) la documentazione prevista dall’art. 161 l.fall. (*infra*);
- (ii) una **“proposta di Accordo”** – che d’ora innanzi, per ragioni di comodità espositiva, denomineremo anche **“pre-Accordo”** -;
- (iii) 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 delle passività dell’impresa; e
- (iv) una dichiarazione di un “esperto” (munito dei soliti requisiti previsti per gli “attestatori” dei “Piani di risanamento” e degli “Accordi di

ristrutturazione” – effettivamente “formalizzati” -), circa la idoneità della proposta, **se accettata**, 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”.

Ognuno di tali documenti richiede un breve commento.

3. Segue. La documentazione accompagnatoria e la proposta di accordo.

Per ciò che concerne “la documentazione di cui all’articolo 161, primo e secondo comma”, l.fall., si tratta della stessa documentazione che l’imprenditore deve depositare presso il Tribunale fallimentare nell’ipotesi quale richiede l’ammissione alla procedura di **Concordato preventivo**.

Si tratta di una documentazione vasta e ricca, e l’obbligo di deposito previsto per la richiesta di disposizione del divieto “anticipato” di iniziare o proseguire azioni esecutive, nell’ambito di (una proposta di) un Accordo di ristrutturazione, può rappresentare un onere eccessivo (anche alla luce dell’obbligo di darne “comunicazione” ai creditori: *infra*). Ciò anche alla luce della diffusa opinione secondo la quale la previsione dell’art. 161 l.fall. dovrebbe ritenersi integrata da quella dell’art. 4, che richiede il deposito anche delle scritture contabili e fiscali obbligatorie concernenti i tre esercizi precedenti.

Per ciò che concerne la “**proposta di Accordo**”, è evidente che trattasi di ciò che l’imprenditore ha sottoposto ai creditori ai fini di superare (o di comporre) lo stato di crisi in cui versa l’impresa, e che i creditori stanno (ancora) esaminando.

Il legislatore non precisa, né fa capire, quale grado di corrispondenza debba presentare il pre-accordo rispetto all’Accordo Definitivo, per produrre gli effetti che l’art. 182-*bis*, co. 4, l.fall. gli attribuisce.

Si possono formulare al proposito alcune ipotesi, anche se non è detto che il quesito rivesta una effettiva importanza, potendosi dovere constatare che gli effetti in questione si producono *comunque*, anche se al pre-accordo segue un Accordo Definitivo tutto diverso, od addirittura nessun Accordo Definitivo (*infra*).

E’ da escludere che il pre-accordo debba avere già raggiunto i contenuti di dettaglio dell’Accordo Definitivo, e debba quindi soltanto essere formalmente approvato dagli organi deliberativi dei creditori coinvolti (con particolare riguardo agli Istituti di credito). La *Relazione* illustrativa dell’art.

48 d.l. n. 78/2010 spiega che l'obiettivo della norma è quello di “*eliminare eventuali azioni di disturbo e consentire alle parti di fotografare con certezza i beni patrimoniali dell'impresa per determinare le misure concretamente realizzabili per la ristrutturazione dei debiti*”: ne deriva che la disciplina in commento postula l'esistenza di “trattative” pervenute ad uno stadio abbastanza avanzato ma non necessariamente compiuto.

Per converso, non basterebbe la semplice esistenza di un “progetto” di massima ideato dall'imprenditore, a qualificare l'iniziativa come una “proposta” sulla quale si sono avviate delle “trattative”.

Il pre-accordo, quanto ai contenuti, deve essere sufficientemente precisato da consentire allo “esperto” di formulare un giudizio di attuabilità del “Piano”, ove incontrasse la adesione dei destinatari, con speciale riguardo alla attitudine ad assicurare il regolare pagamento dei creditori non aderenti. Deve essere ammessa una “proposta” ancora formulata “per aggregati”, e così non necessariamente esplicitativa di *quali e quanti* creditori dovrebbero risultare aderenti, ma sufficientemente circostanziata da esprimere l'indicazione dell'entità dell'indebitamento destinato al “consolidamento” e delle fonti finanziarie deputate ad assicurarne lo smobilizzo in uno con il regolamento puntuale ed integrale delle passività non consolidate.

4. Segue. La “autocertificazione “ dell'imprenditore sulla pendenza di trattative.

Per ciò che concerne la dichiarazione dell'imprenditore relativa alla pendenza di “trattative” sulla “proposta” di Accordo, è evidente che il legislatore le ha attribuito la funzione di attestare la sussistenza di una certa qual probabilità che l'Accordo venga poi effettivamente “formalizzato”, con la conseguente produzione (a seguito della pubblicazione nel Registro delle Imprese), di quegli “effetti protettivi”, che con il ricorso al Tribunale qui considerato si intendono, per l'appunto, **anticipare**.

La norma attribuisce alla dichiarazione dell'imprenditore “*valore di autocertificazione*”: e si deve ritenere che l'effetto (e lo scopo) di tale precisazione sia costituito dalla applicabilità alla dichiarazione *de qua* della disciplina (sanzionatoria) prevista per le ipotesi nelle quali la legge consente all'interessato di dare la prova di una determinata circostanza, o di un determinato *status*, con una auto-certificazione, sostitutiva di riscontri esterni, con assunzione di responsabilità per la eventuale **falsità** delle circostanze attestate. Si deve allora ritenere che risulti applicabile alla

dichiarazione dell'imprenditore, circa la sussistenza di "trattative" (con creditori rappresentanti almeno il 60% delle passività dell'impresa) sulla proposta di conclusione di un Accordo di ristrutturazione, la disciplina dettata dal d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, circa i presupposti e gli effetti della "*dichiarazione sostitutiva di certificazione*" (definita come "*il documento, sottoscritto dall'interessato, prodotto in sostituzione ... del documento rilasciato da una amministrazione pubblica avente funzione di ricognizione, riproduzione e partecipazione a terzi di stati, qualità personali, e fatti ... comunque accertati da soggetti titolari di funzioni pubbliche*").

L'art. 46 d.p.r. n. 445/2000 consente di comprovare con autodichiarazioni sostitutive – *inter alia* – la "*situazione reddituale o economica*" dell'interessato, "*anche ai fini della concessione dei benefici di qualsiasi tipo previsti da leggi speciali*"; e la attinenza al "beneficio" della sospensione delle azioni esecutive e cautelari promuovibili dai creditori è di una certa evidenza.

In tale contesto, l'art. 75 dello stesso provvedimento dispone la "*decadenza dai benefici eventualmente conseguiti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera*", per l'ipotesi della scoperta della non veridicità della dichiarazione sostitutiva (il ch  nel nostro contesto comporterebbe l'inefficacia del provvedimento del Tribunale che avesse disposta la sospensione delle "azioni aggressive" dei creditori); e l'art. 76 afferma che le dichiarazioni sostitutive in commento "*sono considerate come fatte a pubblici ufficiali*", cos  evocando l'applicabilit  alle dichiarazioni non veritiere dell'art. 483 c.p., che punisce con la reclusione fino a due anni chi attesti falsamente al pubblico ufficiale, in un atto [pubblico], fatti dei quali l'atto   destinato a provare la verit .

5. Segue. La "attestazione" dell'esperto attestatore.

Per ci  che concerne la "**attestazione**" dello esperto (dotato dei requisiti prescritti per gli "esperti attestatori" dei "Piani" e degli "Accordi" *de quibus*) circa l'idoneit  della proposta ad assicurare il regolare pagamento di coloro ai quali non   diretta, per scelta dell'imprenditore, o per loro scelta (in quanto abbiano "*negato la propria disponibilit  a trattare*"), pare evidente, innanzitutto, che anche in tale caso, come per la corrispondente "attestazione" che accompagna gli "Accordi di ristrutturazione" effettivamente formalizzati (art. 182-bis, co. 1), per "*regolare pagamento*" dei non aderenti si debba intendere: (i) il pagamento **integrale** dei loro

crediti; e (ii) il pagamento **puntuale** alle singole scadenze pattuite o comunque portate dal relativo titolo.

Ciò che rimane incerto è se tale “attestazione”, per così dire anticipata, debba altresì:

(i) esprimersi (positivamente) anche sulla “*attuabilità*” dell’Accordo (ove la “proposta” depositata dall’imprenditore venisse accettata dai creditori), come è previsto per la attestazione per c.d. **definitiva** (cioè sull’Accordo formalizzato: art. 182-*bis*, co. 1). La risposta che si fa preferire è quella positiva, perché una “proposta” che non avesse l’attitudine ad essere “attuata” perderebbe la funzionalità ad anticipare la prevedibile conclusione di un (valido) “Accordo di ristrutturazione”, e con essa la giustificazione della “*anticipazione*” dei suoi effetti;

(ii) dare conto della “veridicità dei dati aziendali”, in omaggio all’orientamento interpretativo ormai affermato che estende tale contenuto della “Attestazione” di “fattibilità” - testualmente previsto solo per quella che accompagna la proposta di **Concordato preventivo** (art. 161, co. 3, l.fall.) - anche alla corrispondente attestazione di “*attuabilità*” dell’Accordo di ristrutturazione (Definitivo). In questo caso la risposta al quesito è più incerta, poiché le esigenze in qualche modo “cautelari” dell’istituto potrebbero consigliare di ritenere possibile l’utilizzo anche in presenza di una attestazione dell’esperto che, al momento, **assuma per veritieri** i dati contabili posti dall’imprenditore alla base della “proposta” sulla quale ha avviato le “trattative”, salvo verificare (necessariamente) la fondatezza della assunzione in sede di rilascio della attestazione sull’Accordo di ristrutturazione (poi) effettivamente formalizzato;

(iii) esprimere una valutazione sulla concretezza delle trattative in corso e sulla probabilità dello sbocco del pre-accordo in un Accordo Definitivo. E’ da ritenere che allo “esperto attestatore” non tocchi di impegnarsi su questa previsione. La “attestazione” della concretezza delle trattative costituisce l’effetto della “autocertificazione” dell’imprenditore: ed a tale dichiarazione sostitutiva deve essere attribuito carattere assorbente, anche in relazione all’apparato sanzionatorio che la accompagna.

e

6. Segue. Decorrenza e contenuto degli “effetti protettivi”. In particolare: l’inefficacia della acquisizione di titoli di prelazione “non concordati”.

Con una previsione estremamente opportuna per l’efficacia del nuovo strumento attribuito all’imprenditore, l’art. 182-*bis*, sesto comma, l.fall., dispone oggi che la “istanza di sospensione” delle azioni esecutive e cautelari dei creditori sia pubblicata nel registro delle Imprese, e produca i propri effetti *fin dalla pubblicazione*.

Mentre è da giudicare favorevolmente la anticipazione degli effetti dell’istanza ad un momento anteriore a quello del suo eventuale accoglimento da parte del Tribunale – non potendosi dare per certo che il relativo procedimento si esaurisca in breve tempo, anche se l’udienza nella quale esso deve essere pronunciato (in caso beninteso di accoglimento) dovrebbe essere fissata “*entro trenta giorni*” (*infra*) -, non è certo che la decorrenza degli effetti protettivi *de quibus* preceda anche la data di deposito dell’istanza nella cancelleria del Tribunale.

Al fine di prevenire “l’abuso” dello istituto da parte di chi pubblicasse una istanza di sospensione fantomatica presso il Registro delle Imprese, *senza poi dare corso all’avvio del procedimento con il deposito del ricorso in Tribunale* (magari per la mancanza di “trattative” effettive), potrebbe essere opportuno esprimere l’opinione (o comunque è auspicabile che si affermi la prassi) *che il Registro delle Imprese consenta la pubblicazione dell’istanza di sospensione solo dopo averne constatato il preventivo deposito in Tribunale* (in pratica, sulla base di un esemplare dell’istanza rilasciato dalla Cancelleria del Tribunale con l’attestazione dell’intervenuto deposito).

Gli effetti della pubblicazione della istanza di sospensione nel Registro delle Imprese sono rappresentati da:

- (i) divieto di inizio o prosecuzione da azioni cautelari;
- (ii) divieto di inizio o prosecuzione di azioni esecutive;
- (iii) “*divieto di acquisire titolo di prelazione, se non concordati*”.

I primi due divieti coincidono con quelli già disposti con riguardo agli Accordi di ristrutturazione già “formalizzati” (art. 182-*bis*, comma terzo). Per questi, per la verità, si precisa che il divieto delle azioni esecutive e cautelari riguarda “*il patrimonio del debitore*” (meglio: dell’imprenditore): ma non v’è dubbio che anche il corrispondente divieto “anticipato”, prodotto dalla pubblicazione della istanza di sospensione, possa riguardare esclusivamente gli atti esecutivi o cautelari sul patrimonio dell’istante, e non

certo sul patrimonio di terzi.

Il terzo divieto (“*di acquisire titoli di prelazione, se non concordati*”) pone due problemi interpretativi.

Il primo concerne i rapporti intercorrenti tra (effetti della) istanza di sospensione ed (effetti dello) Accordo (Definitivo) di ristrutturazione formalizzato, dal momento che alla pubblicazione di quest’ultimo **non** è collegata la produzione del divieto di acquisizione di titoli di prelazione non concordati, né in via generale (cfr. art. 182-*bis*, comma terzo), né per l’ipotesi particolare nella quale l’Accordo Definitivo sia stato preceduto dal pre-Accordo depositato con la istanza di sospensione delle azioni aggressive (cfr. art. 182-*bis*, comma nono), benché la pubblicazione di quest’ultima, invece, come detto, avesse prodotto anche il divieto di acquisizione di titoli di prelazione (*infra*).

Il secondo problema interpretativo concerne il significato da attribuire alla espressione “*non concordati*”, relativa ai “titoli di prelazione” vietati a seguito della pubblicazione dell’istanza di sospensione.

Secondo alcuni interpreti l’effetto qui considerato della istanza di sospensione riprodurrebbe quello disposto, con riguardo al deposito della domanda di ammissione **al Concordato preventivo**, dall’art. 168, comma terzo, l.fall., secondo il quale “*i creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice ...*”.

A questa stregua il divieto riguarderebbe tanto gli atti di acquisizione di titoli di prelazione **coattivi** sul patrimonio dell’imprenditore (in pratica: l’iscrizione di **ipoteche giudiziali** su immobili di sua proprietà); quanto gli atti di costituzione di titoli di prelazione **convenzionali**, con la sola eccezione di quelli “*concordati*”, **da intendersi nel senso di ricompresi nella “proposta” di pre-accordo e, comunque, inseriti nello Accordo Definitivo formalizzato con i creditori** (aderenti ad esso).

Secondo l’opinione di chi scrive la soluzione interpretativa prospettata non soddisfa.

In via preliminare è da ribadire la considerazione che l’Accordo di ristrutturazione **non** è una “**procedura concorsuale**” (*supra*): e tanto meno può esserlo il procedimento oggi conosciuto come “istanza di sospensione” di azioni esecutive e cautelari. La conseguenza è che l’applicazione di disposizioni (come il richiamato art. 168, comma terzo, l.fall.) specialmente caratterizzanti le (effettive) “procedure concorsuali”, stante la relativa eccezionalità, è strettamente subordinata alla presenza di norme esplicite di rinvio (che nel caso mancano del tutto).

In secondo luogo è da segnalare la circostanza che, come detto, per l'Accordo Definitivo il rinvio all'art. 168, comma terzo, l.fall. è **specificamente escluso**, come dimostra il rinvio (contenuto nel terzo comma dell'art. 182-bis) al *primo* comma dell'art. 168 (di cui viene riprodotto il contenuto); ed il rinvio (contenuto nel quarto comma dell'art. 182-bis) al **(solo) secondo** comma dell'art. 168. E' evidente che un effetto, oltre tutto di così importante rilievo (il divieto di acquisizione e di costituzione di titoli di prelazione), **accuratamente escluso** per l'Accordo di Ristrutturazione "Definitivo", non ha ragione di essere ipotizzato, invece, per il pre-accordo (altra essendo la questione di cosa accada nelle ipotesi nelle quali l'Accordo Definitivo risulti preceduto da un pre-accordo munito dal Tribunale *anche* dell'effetto in questione, che l'Accordo Definitivo non dovrebbe produrre, quindi neppure prorogare: *infra*).

Infine occorre chiarire, in termini generali, che la *ratio* delle disposizioni innovative introdotte con il d.l. n. 48/2010, convertito dalla legge n. 122/2010, è quella di disporre "**effetti protettivi**" per l'imprenditore che (avendo allacciato trattative su un pre-accordo) si accinge a concludere un Accordo di ristrutturazione Definitivo, **non già** quello di colpire l'imprenditore con il **divieto di atti di disposizione**, che non siano stati inseriti nella "proposta", e/o che non confluiscono nello Accordo Definitivo.

L'imprenditore che pure abbia pubblicato (e depositato in Tribunale) l'istanza di sospensione delle azioni esecutive e cautelari dei suoi creditori, rimane **libero di disporre del suo patrimonio** a suo piacimento, non provocando l'apertura del "procedimento" *de quo* alcuna "cristallizzazione generale" del patrimonio, né tanto meno la perdita (o la limitazione) del potere di disporre dello stesso.

E' evidente che se così non fosse, al divieto di costituzione di titoli di prelazione "non concordati" (nel senso di essere inseriti nel pre-accordo e comunque nell'Accordo Definitivo) dovrebbe accompagnarsi (a non dir d'altro) anche il **divieto del pagamento dei debiti pregressi** altrettanto "non concordati" (nel senso detto): essendo assai più destabilizzante pagare un debito, che garantirlo con la costituzione di un titolo di prelazione.

Altra cosa è la considerazione che la costituzione di atti di prelazione non previsti nella "proposta" pubblicata insieme alla istanza di sospensione delle azioni esecutive e cautelari dei creditori, comporti poi la necessità di acquisire il consenso dei creditori aderenti all'Accordo Definitivo ad accettare gli effetti delle prelazioni costituite a favore di taluno (ma magari non tutti) degli aderenti, od addirittura a favore di creditori non aderenti. Ciò peraltro nulla ha a che vedere con la piena ed incondizionata efficacia degli atti di costituzione delle prelazioni *de quibus*, se "concordate", **nel senso di**

disposte liberamente dall'imprenditore.

7. Segue. La sorte delle ipoteche giudiziali iscritte in pendenza della sospensione delle azioni aggressive dei creditori.

Come detto, la conclusione alla quale si deve pervenire in materia di “*titoli di prelazione non concordati*” è quella per la quale la norma in esame vieta gli atti di acquisizione di titoli di prelazione **coattivi** (in pratica: le ipoteche giudiziali). Essa non vieta in alcun modo, invece, gli atti di costituzione di titoli di prelazione **convenzionali**, siano o non siano essi ricompresi nella “proposta” veicolata dalla istanza di sospensione, e finiscano o non finiscano per essere ricompresi nell’Accordo di ristrutturazione (Definitivo). Rimane se mai incerta la natura degli effetti conseguenti alla violazione del “divieto”: se cioè gli atti di acquisizione di titoli di prelazione coattivi, che comunque fossero stati posti in essere (in spregio al “divieto”) sul patrimonio dell’imprenditore istante *ex art. 182-bis*, comma sesto, l.fall., debbano essere considerati (soltanto) privi di “*efficacia rispetto ai creditori*” (come l’art. 168, terzo comma, l.fall. qualifica gli atti di acquisizione o di costituzione di titoli di prelazione sul patrimonio dell’imprenditore ammesso al Concordato preventivo) – e quindi **comunque opponibili all'imprenditore**, nel rapporto diretto tra il creditore che ha acquisito la prelazione coattiva e il debitore -; oppure debbano considerarsi nulli e/o annullabili – e come tali contestabili dall’imprenditore anche a prescindere dagli effetti sui creditori “concorrenti”, e quindi anche a prescindere dall’apertura di un effettivo (para) “concorso”, **come accadrebbe nelle ipotesi nelle quali**: (i) il Tribunale, adito con la istanza di sospensione, non accolga la domanda di disporre il divieto (di iniziare o proseguire le azioni esecutive e cautelari e) di acquisire titoli di prelazione se non concordati; e (ii) il divieto pur disposto dal Tribunale perda effetto per l’inutile decorso del termine (“*non oltre sessanta giorni*”) per il deposito dell’Accordo di ristrutturazione (Definitivo), ai sensi dell’art. 182-bis, settimo comma, l.fall.-. Interrogativo sul quale si dovrà ritornare in prosieguo.

8. Il procedimento per la “sospensione” degli atti aggressivi dei singoli creditori.

A seguito del deposito del ricorso contenente l’istanza di sospensione delle azioni esecutive e cautelari dei creditori il Tribunale, “*verificata la completezza della documentazione depositata*”, fissa una udienza per l’audizione degli interessati, entro il termine di trenta giorni dal deposito della istanza di sospensione, “*disponendo la comunicazione ai creditori della documentazione stessa*”.

Tale adempimento può comportare serie difficoltà operative, dal momento che i creditori possano essere particolarmente numerosi; che molti di essi potrebbero avere recapiti di difficile verifica (si pensi ai fornitori stranieri); che la “documentazione” da comunicare loro può risultare alquanto complessa, tanto più allorchè si dovesse ritenere – come da molte parti si opina – che la documentazione espressamente menzionata dall’art. 161 l.fall., dettato per l’ammissione al Concordato preventivo ma richiamato anche per l’omologazione degli Accordi di ristrutturazione e per il deposito della istanza di sospensione, debba ritenersi integrato dalla previsione dell’art. 14 l.fall. (che richiede il deposito presso la cancelleria del Tribunale anche delle scritture contabili e fiscali obbligatorie concernenti i tre esercizi precedenti).

Nella prassi, peraltro ancora limitata a pochi casi noti, le difficoltà operative denunciate sono state superate, secondo i casi:

(i) richiedendo che il Tribunale autorizzi l’imprenditore ad inoltrare la “comunicazione” ai creditori presso i recapiti degli stessi risultanti *tout court* dalla contabilità e documentazione aziendale;

(ii) autorizzando altresì l’utilizzo del sistema di comunicazione qualificato “notificazione per pubblici proclami”, previsto dall’art. 150 c.p.c., secondo il quale “*quando la notificazione nei modi ordinari è sommamente difficile per il rilevante numero dei destinatari o per la difficoltà di identificarli tutti, il capo dell’ufficio giudiziario davanti al quale si procede può autorizzare, su istanza della parte interessata e sentito il Pubblico Ministero, la notificazione per pubblici proclami*”. I modi più opportuni per portare l’atto a conoscenza degli interessati sono indicati nello stesso provvedimento autorizzatorio: in ogni caso, copia dell’atto è depositata nella casa comunale del luogo in cui ha sede il Giudice adito, ed un estratto di esso è iscritto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica;

(iii) autorizzando infine a “comunicare” la documentazione depositata mediante inserimento della stessa in un apposito sito-web consultabile

in via telematica, e fornendo ai destinatari della comunicazione stessa le modalità tecniche con le quali consultare il sito, nonché acquisire (“scaricandoli” dallo stesso) i documenti preferiti.

“*Nel corso dell’udienza*” fissata a seguito del deposito della istanza di sospensione, il Tribunale verifica “*la sussistenza dei presupposti per pervenire ad un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze*” richieste (sessanta per cento delle passività dell’imprenditore), nonché “*delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori*” non aderenti. E’ da ritenere – come detto - che tale accertamento non postuli l’esistenza di un Accordo di ristrutturazione già “formalizzato” (Definitivo), bensì la (più semplice) sussistenza dei “*presupposti*” che esso si **possa** formare, nel termine che il tribunale deve all’uopo assegnare.

Infatti la norma (art. 182-*bis*, comma settimo) continua precisando che accertati i presupposti *de quibus* il Tribunale disponga il divieto di iniziare o proseguire le azioni esecutive e cautelari e di acquisire titoli di prelazione se non concordati (ma in realtà si tratta della **conferma** dei corrispondenti effetti già prodottisi con la pubblicazione della istanza di sospensione nel Registro delle Imprese: *supra*); ed assegni un termine di non oltre sessanta giorni “*per il deposito dell’Accordo di ristrutturazione (Definitivo) e della Relazione (Definitiva) redatta dal professionista*” c.d. “attestatore”.

Il procedimento è ispirato al rito che caratterizza i procedimenti cc.dd. “in camera di consiglio”, che di norma riguardano situazioni (per esempio in materia societaria) nelle quali il contraddittorio tra le parti interessate può svilupparsi con una certa elasticità e flessibilità.

La previsione secondo la quale il provvedimento che dispone il divieto di azioni esecutive e cautelari contro l’imprenditore istante *ex art. 182-bis*, comma sesto, l.fall. è pronunciato “*nel corso dell’udienza*” farebbe presumere che il procedimento in questione non possa sviluppare attività istruttorie (che non siano costituite da quelle che possano attuarsi nel corso dell’udienza).

Non si può escludere, peraltro, che la prassi registri la concessione ai creditori che contestino l’accoglimento della istanza di sospensione, od all’imprenditore che intenda replicare a tali contestazioni, di (breve) termini per il deposito di memorie difensive e per lo svolgimento di attività istruttorie.

Naturalmente il procedimento può essere definito anche con un provvedimento che disconosce la sussistenza dei presupposti per disporre il divieto di azioni aggressive da parte dei creditori. Questa ipotesi pone due principali quesiti interpretativi:

(i) quali siano le conseguenze del provvedimento nei confronti degli “effetti protettivi” conseguenti alla pubblicazione dell’istanza di sospensione nel Registro delle Imprese; e

(ii) se il provvedimento di rigetto dell’istanza di sospensione sia impugnabile.

Sotto il primo profilo, deve ritenersi che la “anticipazione” della produzione di effetti protettivi in favore dell’imprenditore istante perda i suoi effetti, con la conseguenza che i creditori potranno iniziare (o proseguire) le azioni aggressive sino ad allora inibite. A tale proposito si pone la domanda delle conseguenze del rigetto dell’istanza di sospensione sugli atti di acquisizione di titoli di prelazione coattivi (tipicamente: le ipoteche giudiziali), che fossero stati posti “illegittimamente” in essere nel frattempo. Il dubbio è analogo a quello che si pone per l’ipotesi nella quale il tribunale accolga l’istanza di sospensione disponendo il divieto di azioni aggressive, ma senza che a ciò segua il necessario deposito dell’Accordo di ristrutturazione (Definitivo) nel termine che il Tribunale deve assegnare all’uopo all’imprenditore istante. Essendo questa l’ipotesi che suscita maggiore interesse, l’argomento verrà sviluppato in tale sede (*infra*).

Una volta che l’istanza di sospensione delle azioni esecutive e cautelari (e degli atti di acquisizione di titoli di prelazione coattivi) sia stata accolta, e con essa confermati gli “effetti protettivi” conseguenti alla pubblicazione della stessa nel Registro delle Imprese, è previsto che l’Accordo di ristrutturazione (Definitivo) venga depositato, integrato dalla Attestazione dello “esperto” (Definitiva), nel termine (non superiore a sessanta giorni) assegnato dal Tribunale. Ove ciò avvenga, “*trovano applicazione le disposizioni*” che disciplinano gli effetti del deposito di qualsiasi Accordo di ristrutturazione (Definitivo), anche non preceduto da alcune istanze di sospensione.

La norma genera peraltro una serie di incertezze interpretative sulle quali non si sono ancora formati orientamenti consolidati.

9. Il mancato deposito nel termine assegnato dell’Accordo di Ristrutturazione (Definitivo).

Il primo dubbio concerne la individuazione delle conseguenze del *mancato deposito* dell’Accordo di ristrutturazione (Definitivo) nel termine assegnato dal Tribunale. Pare evidente che gli “effetti protettivi” cessino con lo spirare di detto termine, e che i creditori possano iniziare o proseguire le azioni

esecutive e cautelari del caso, nonché acquisire titoli di prelazione coattiva.

A tale proposito si pone il problema della “reviviscenza” o meno degli effetti degli atti di acquisizione di titoli di prelazione coattivi (tipicamente: le ipoteche giudiziali) “illegittimamente” acquisiti dopo la produzione degli “effetti protettivi” conseguenti alla pubblicazione dell’istanza di sospensione (e confermati dal decreto del Tribunale di divieto di azioni aggressive da parte di creditori).

Come già segnalato, il “divieto” di acquisizione di titoli di prelazione coattivi, disposto dall’art. 182-*bis*, comma sesto, l.fall., a seguito della pubblicazione della “istanza di sospensione”, non è espresso negli stessi termini nei quali è disposto dall’art. 168, comma terzo, l.fall., nel quale si precisa che ai titoli di prelazione indebitamente acquisiti (o costituiti) è negata la “*efficacia rispetto ai creditori concorrenti*”.

Nella incertezza della individuazione della natura del “vizio” conseguente alla violazione del “divieto” di cui si discute; e considerato che la fattispecie di gran lunga (se non di fatto esclusivamente) rilevante è quella rappresentata dalla iscrizione “indebita” di ipoteche giudiziali in spregio al divieto di azioni aggressive; ci si può domandare se qualche utilità possa rivestire la considerazione dell’orientamento giurisprudenziale formatosi, per l’appunto, in materia di **ipoteche giudiziali** iscritte su beni costituiti in **fondo patrimoniale**, in modo “indebito” in quanto riferito a **crediti estranei ai bisogni della famiglia** (per i quali, come tali, è posto il corrispondente “divieto” di svolgere azioni esecutive o cautelari nei confronti dei beni costituenti un fondo patrimoniale – art. 170 del codice civile italiano -, nell’ambito del quale sono per lo più ricompresi anche gli atti di iscrizione di ipoteche giudiziali).

Le due situazioni presentano evidenti profili di diversità: nondimeno, come i beni costituiti in fondo patrimoniale possono rappresentare un patrimonio aggredibile solo da parte di un genere di creditori (rappresentato dai titolari di obbligazioni assunte nell’interesse della famiglia), così i beni dell’imprenditore che abbia pubblicato la “istanza di sospensione” *ex art. 182-bis*, comma sesto, l.fall., possono costituire un patrimonio aggredibile solo da parte di quei creditori le cui pretese traggono origine da un titolo successivo alla pubblicazione della istanza nel Registro delle Imprese (giacchè tanto i divieti conseguenti alla pubblicazione del pre-accordo, quanto quelli conseguenti al deposito dell’Accordo Definitivo, riguardano (solo) “*i creditori per titolo e causa anteriore*”: art. 182-*bis*, co. 3 e co. 6)..

Ove si ritenesse condividibile l’ipotizzata analogia, diverrebbe rilevante la considerazione dell’orientamento giurisprudenziale, anche

recentemente ribadito, secondo il quale anche l'iscrizione di ipoteca giudiziale contravviene al "divieto" di azioni esecutive e cautelari disposto dall'art. 170 c.c.: ciò da cui conseguirebbe ***l'annullabilità*** dell'ipoteca comunque iscritta in violazione del "divieto", **anche per l'ipotesi della cessazione degli effetti "segregativi" della costituzione del bene interessato in fondo patrimoniale**, per l'intervento di una delle cause di scioglimento dello stesso.

Il principio che ispira tale decisione – e che dovrebbe investire anche la risoluzione del corrispondente quesito degli effetti della violazione del "divieto" posto dall'art. 182-*bis*, comma sesto, l.fall., nell'ipotesi di caducazione degli "effetti protettivi" originariamente prodotti dalla pubblicazione della "istanza di sospensione" -, dovrebbe essere rappresentato dalla conclusione che l'atto posto in essere in violazione di un divieto legale è annullabile su iniziativa di coloro che ne risultano incisi, e l'eventuale annullamento **lo priva di effetti *ab origine*** - con la conseguenza che l'ipoteca "indebitamente" iscritta non potrebbe essere opposta a successive iscrizioni di ipoteche giudiziali; alla trascrizione dell'eventuale successivo atto di vendita; alla trascrizione dell'eventuale successivo pignoramento immobiliare; eccetera -.

Occorre peraltro segnalare che i primi provvedimenti pronunciati in argomento[†] propendono – con conclusione peraltro molto sintetica e conseguentemente anche criptica – per la "*caducazione ex tunc*" degli effetti protettivi dell'accoglimento della istanza di sospensione, sia nell'ipotesi di mancato deposito dell'Accordo Definitivo nel termine di sessanta giorni; sia nell'ipotesi di mancata omologazione dell'Accordo Definitivo pur tempestivamente depositato, alla quale conseguirebbe la (doppia) "*caducazione ex tunc*" di entrambi gli effetti protettivi (quelli del pre-accordo e quelli dell'Accordo Definitivo), "*a cascata*".

E' evidente che l'affermazione della "*caducazione ex tunc*" degli effetti protettivi apre la via alla conclusione favorevole alla (acquisizione di) efficacia dell'ipoteca giudiziale iscritta ("illegittimamente") nel frattempo.

[†] Trib. Novara, 1° febbraio 2011 – decr. -, in *Fallimento*, 2011 (4), 497 – s-m- -; Trib. Novara, 2 maggio 2011, n. 26/11.

10. Gli “effetti protettivi” dell’Accordo di Ristrutturazione Definitivo preceduto dalla “istanza di sospensione”.

Se invece l’Accordo di ristrutturazione (Definitivo) viene depositato entro il termine assegnato dal Tribunale, si pone il problema se la norma (art. 182-*bis*, comma nono, 1. fall.) che ribadisce la produzione degli effetti propri del deposito di qualsiasi Accordo di ristrutturazione (Definitivo) – cioè anche **non** preceduto da alcuna “istanza di sospensione” – si renda applicabile *tout court*, oppure richieda una qualche integrazione.

L’interrogativo si pone perché gli effetti del pre-Accordo (“istanza di sospensione” *ex art. 182-bis*, comma sesto, 1. fall.) sono più ampi, come detto, degli effetti dell’Accordo di ristrutturazione Definitivo, in quanto i primi ricomprendono, a differenza dei secondi, anche il divieto di acquisizione di titoli di prelazione (coattivi).

La conclusione è irrazionale, perché nel momento in cui alle semplici “*trattative*” si sostituisce un Accordo “*formalizzato*”, gli effetti protettivi per l’imprenditore diminuirebbero, anziché intensificarsi (o quanto meno rimanere immutati).

E’ per tale ragione che si affaccia l’idea che gli effetti protettivi degli Accordi di ristrutturazione (Definitivi) debbano ritenersi estesi anche al divieto di acquisizione di titoli di prelazione (coattivi) sul patrimonio dell’imprenditore, *quando siano stati preceduti dal pre-accordo depositato nel procedimento di sospensione delle azioni aggressive dei creditori, disciplinato dall’art. 182-bis, commi sesto e settimo, 1. fall.*