



Accordi di ristrutturazione e finanziamenti alle imprese in crisi

Giorgio Jachia
Giudice del Tribunale di Salerno

Abstract

Il decreto legge 27 giugno 2015 n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015 n. 132 rimodella ancora una volta le facoltà e gli obblighi dell'imprenditore in crisi procedendo verso un sistema misto e non verso uno *debtor o creditor oriented*.

Si legge nel preambolo al decreto legge: *“Ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di rafforzare le disposizioni sull'erogazione di provvista finanziaria alle imprese in crisi, di promuovere la contendibilità delle imprese in concordato preventivo in modo da incentivare condotte virtuose dei debitori in difficoltà e favorire esiti efficienti ai tentativi di ristrutturazione, di rafforzare i presidi a garanzia della terzietà ed indipendenza degli incaricati che affiancano il giudice nelle gestione delle procedure concorsuali, di prevedere la possibilità di concludere nuove tipologie di accordo di ristrutturazione del debito”*.

Conseguentemente il legislatore nell'estate 2015: a) procede ad integrare gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall mediante la disciplina integrativa ex art.182 septies l. fall. rendendoli opponibili a tutti i creditori finanziari allorché siano stipulati dal 75% di essi; 2) aggiunge ulteriori modalità per finanziare le imprese in crisi disciplinate dall'art. 182 quinquies l. fall.; 3) richiama implicitamente il sistema di responsabilità civili e penali dettato dall'art. 182 sexies e dagli artt. 217 bis, 236 e 236 bis l. fall..

In particolare il nuovo art. 182-septies - rubricato *“Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria”* – è stato adottato per attuare – almeno secondo la dichiarata intenzione del legislatore riportata nei lavori preparatori - la raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014 *“su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza”* compiendo una deroga al fine di *“ampliare¹ il più possibile le possibilità di accedere a soluzioni della crisi alternative al fallimento”*.

“Con le garanzie² sostanziali e procedurali ... si è gettato il cuore oltre l'ostacolo; l'ostacolo era il principio cardine del diritto dei contratti, della relatività degli effetti del contratto. A norma dell'art. 1372 c.c., il contratto ha forza di legge fra le parti, mentre produce effetto verso i terzi solo nei casi previsti dalla legge, a partire dalla ben nota figura del contratto a favore di terzi”

¹ Niccolò Nisivoccia, *“182 septies l.fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?”* in il Fallimento 11/2015 pagina 1181

² Massimo Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in il fallimento, 2015, pag. 1269*



Così operando, ancora una volta a dieci anni dalla loro introduzione, si modificano i presupposti e gli effetti degli accordi di ristrutturazione dei debiti (di seguito abbreviati in a.d.r.), istituito fino ad adesso più studiato che applicato, ma solo quando è stipulato con una percentuale qualificata di creditori finanziari (assoggettando, in taluni casi, all'accordo anche i creditori finanziari) non aderenti.

Attenta dottrina, anche dopo la modifica legislativa dell'estate 2015, ribadisce la natura contrattuale degli a.d.r. osservando che *“all’istituto disciplinato³ dall’art. 182-bis l.fall. non può essere riconosciuta la natura di “procedura concorsuale”:* difettano, infatti, della disciplina tipica di tali procedure, alcuni profili essenziali, quali – principalmente – la indisponibilità del patrimonio da parte dell'imprenditore interessato (che può continuare a disporre, con atti – anche di straordinaria amministrazione – sicuramente opponibili ai creditori, quantunque in ipotesi contraddittori rispetto agli impegni derivanti con la sottoscrizione dello “Accordo” – con l'unica, eventuale conseguenza della esposizione dello stesso al rischio della risoluzione contrattuale –); e la mancanza di una versa e propria “cristallizzazione” delle passività “concorsuali” (al punto che ad - esempio – ben potrebbe il creditore anteriore al perfezionamento dello “Accordo” opporre in compensazione all'imprenditore una propria obbligazione sorta in epoca successiva)”.

Inoltre il legislatore, riconducendo agli a.d.r. una delle più diffuse forme contrattuali atipiche, la moratoria temporanea dei crediti, attribuisce, in specifici casi, effetti anche nei confronti dei creditori finanziari non aderenti alla convenzione di moratoria stipulata tra l'imprenditore in crisi ed una maggioranza qualificata del 75% dei creditori finanziari.

La disamina dei nuovi istituti è compiuta anche mettendo in luce una dirompente modifica, solo apparentemente marginale, quella degli artt. 236 e 236 bis l. fall. introducendo la rilevanza penale di condotte compiute nell'ambito degli a.d.r. con debitori finanziari.

Filo rosso ulteriore è la riflessione, compiuta con riferimento all'art. 182 sexies l. fall., inerente l'assunzione del rischio da crisi e le conseguenze in termini di responsabilità civile che derivano dalla ritardata o sbagliata adozione di misure per fronteggiare l'incipiente insolvenza in quanto la riconfigurazione ex lege 134/2012 dei presupposti, delle forme e degli effetti degli istituti volti alla risoluzione delle crisi di impresa offre ulteriori spunti per riscontrare un dovere civilistico in capo agli amministratori di valutare in concreto se e con quali strumenti salvaguardare tempestivamente la continuità aziendale o se procedere alla messa in liquidazione della società prima che si manifesti l'insolvenza nonché per individuare gli obblighi (ex artt. 67, III comma, lett. d, 160, 161, 236 bis l. fall., 236 l. fall.) di esporre informazioni vere e complete nonché di predisporre piani analitici, veritieri, fattibili ed adeguati alla risoluzione della crisi.

³ S. Bonfatti, “Accordo di ristrutturazione” ex art 182 – bis l. fall. e fondi comuni di investimento immobiliari, in Riv. dir. banc., dirittobancario.it, 22, 2015



Pertanto ancora una volta si tratta di ricostruire: a) **quando proporre ai creditori una soluzione della crisi**: vale a dire da quale livello di difficoltà in avanti è possibile formularla e da quale diventa indispensabile; b) **perché proporla**: vale a dire a quali scopi è funzionale la proposta ed in quali condizioni appare del tutto inopportuna; c) e **come proporla**: vale a dire non solo mettendo in essere una completa descrizione (e una completa comunicazione all'attestatore ai sensi del combinato disposto degli artt. 48 c.p. e 236 bis l. fall. e dell'art. 236 l. fall) di tutte le vicende aziendali ma anche ponendo in essere immediatamente tutte le misure opportune per ridurre l'entità del dissesto (attraverso l'uso della finanza ponte; attraverso immediate cessioni di beni non strategici per un'eventuale continuazione dell'impresa; attraverso la riduzione dei dipendenti; attraverso la sottoscrizione di nuovi accordi con i fornitori strategici e con nuovi clienti, anche istituzionali se del caso in una logica di salvaguardia del distretto o del settore produttivo⁴).

Certo è che se è vero che “*non⁵ è con le leggi che si agevola il credito alle imprese, né tanto meno si rimedia alle difficoltà finanziarie od economiche aziendali*” è vero anche che lo strumento legislativo è il primo ed imprescindibile strumento da un lato per convincere gli imprenditori ad un salto di qualità nei propri comportamenti e dall'altro **per creare le condizioni per consentire agli istituti di credito ed alle finanziarie (anche internazionali) di investire nel settore del risanamento delle imprese in crisi.**

In sintesi: **l'azienda, se risanabile, va recuperata a prescindere dalle vicende dell'imprenditore e se del caso anche dell'impresa in cui era collocata.**

⁴ Cfr., Nerio De Bortoli, *Per Superare la Crisi*, Venezia-Napoli, febbraio 2013, inedito, laddove constata che “*le imprese arrivano sempre tardi all'appuntamento*”.

⁵ Giovanni Lo Cascio, *Introduzione*, in R. Marinoni - N. Nisivoccia - C. Santoriello, *Decreto Giustizia: le novità in materia fallimentare*, Milano, 2015.



1.	LA RIFORMA DEL 2015	10
1.1	definizione di a.d.r.	10
1.2	effetti tipici ed effetti legali	10
1.3	la configurazione vigente	11
1.4	configurazione originaria	11
1.5	le intenzioni del legislatore del 2015	13
1.6	l'ideologia del legislatore	14
1.7	integrazione degli a.d.r.	14
1.8	effetti legali degli a.d.r. finanziari	14
1.9	natura del septies	14
2.	DIRITTO DELLA CRISI DI IMPRESA	16
2.1	manca di strumenti di osservazione preventiva	16
2.2	non introduzione di misure di allerta	16
2.3	ontologia degli a.d.r.	17
2.4	a.d.r. e concordato preventivo - art. 55 l. fall.	18
2.5	ineffettività degli istituti alternativi	18
2.6	gravità della crisi ed efficacia delle proposte	19
2.7	affrontare la crisi anticipatamente	20
2.8	manca adozione di misure anticrisi	21
2.9	statuto dell'impresa in crisi	22
2.10	strumenti incentivanti	22
2.11	funzione degli accordi	23
2.12	accordi stragiudiziali	24
2.13	l'autonomia privata	24
2.14	espressioni dell'autonomia privata	25
3.	182 SEXIES	27
3.1	testo	27
3.2	effetti legali dell'accordo e della proposta di accordo	27
3.3	consapevole assunzione rischio da conservazione	27
3.4	continuazione attività di impresa in procedura	28
3.5	non sospensione della responsabilità	30
3.6	momenti della crisi fondanti responsabilità	30
3.7	abuso della procedura di crisi	32
3.8	degli abusi e dei rimedi	33
4.	NATURA ED EFFETTI DEGLI ACCORDI ORDINARI	36
4.1	presupposti	36
4.2	elementi da vagliare in sede di omologa	36
4.3	contratto dal 2005 nominato ma afunzionale	37
4.4	variabilità soggettiva	37
4.5	effetti nei confronti di terzi	37
4.6	permanere del titolo dei non aderenti ordinari	38
4.7	decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35	38
4.8	ragione dell'introduzione degli a.d.r.	38
4.9	natura privatistica degli accordi	39
4.10	disciplina autonoma	39
5.	I TRATTI TIPICI NEL TESTO ORIGINARIO	41



5.1	esame delle facoltà via via aggiunte	41
5.2	testo 2005	41
5.3	effetti tipici ed originari	41
5.4	primo effetto tipico legale: esenzione dalla revocatoria	42
5.5	esenzione revocatoria solo per gli atti del piano	42
5.6	presupposto soggettivo: imprenditore commerciale	42
5.7	patrimonio separato	43
5.8	iscrizione al registro delle imprese	43
5.9	presupposto oggettivo	43
5.10	forma scritta	46
5.11	piano dell'impresa	46
5.12	documento autonomo e necessario	46
5.13	relazione redatta da un professionista	46
5.14	pluralità di accordi	47
5.15	sottoscrizione accordi	47
5.16	competenza	47
6.	MAGGIORANZA, ADESIONI E CREDITI CONTESTATI	49
6.1	maggioranza	49
6.2	adesioni	49
6.3	creditori estranei all'accordo	49
6.4	crediti contestati: non è un terzo gruppo di creditori	49
6.5	gli arresti giurisprudenziali richiamati	50
6.6	posta vincolata per i crediti contestati	50
7.	LE MODIFICHE DEL 2007	51
7.1	imprenditore in stato di crisi	51
7.2	inibitoria: effetto legale della pubblicazione del ricorso	51
7.3	efficacia	51
8.	LA PROPOSTA DI ACCORDO ED I FINANZIAMENTI	52
8.1	d.l. n. 78/2010	52
8.2	decreto giudiziale di inibitoria	52
8.3	istanza di protezione anticipata ex art. 182 comma 6	52
8.4	d.l. n. 78/2010:182 quater prededucibilità	53
8.5	182 quater	53
8.6	imprenditore agricolo dal 2011	54
9.	LE MODIFICHE DEL 2012	55
9.1	relazione illustrativa	55
9.2	82 quinquies finanza ponte	55
9.3	integrità del pagamento per i creditori estranei	55
9.4	termini di adempimento per i creditori estranei	56
9.5	scaduto fisiologico	56
10.	IL PROCEDIMENTO	58
10.1	camerale	58
10.2	differenze con 67,3	58
10.3	mancanza di effetti per i creditori estranei.	58
10.4	modificabilità dell'accordo post-omologa	59
10.5	relazione del professionista	60
10.6	funzione della relazione del professionista	60



10.7	documentazione ex art. 161 l. fall	61
10.8	relazione aggiornata	61
10.9	elenco/stima attività	61
10.10	elenco debiti da riscuotere	61
10.11	elenco creditori	61
10.12	elenco titolari diritti reali o personali su beni dell'impresa	61
10.13	beni soci illimitatamente responsabili	61
10.14	(eventuale) transazione fiscale	62
10.15	vaglio del tribunale	62
10.16	vaglio di ammissibilità	62
10.17	documenti per 182 bis l. fall.	62
10.18	inibitoria solo ex art. 182 bis e non ex art. 15	63
10.19	documenti per inibitoria	63
11.	ATTESTATORE	65
11.1	requisiti dell'attestatore	65
11.2	tre norme concatenate descrittive dell'attestatore	65
11.3	art. 67 lett. d	65
11.4	art. 28 - requisiti per la nomina a curatore	65
11.5	2399 c.c. ineleggibilità a sindaco	66
11.6	attestazione dell'accordo	66
11.7	attestazione per inibitoria	66
11.8	attestazione finanziamenti ex artt. 182 quater	67
11.9	attestazione con riferimento alle classi	68
12.	ATTESTAZIONE VERIDICITÀ DEI DATI AZIENDALI	69
12.1	attestazione implicita nel 182 bis	69
12.2	oggetto	69
12.3	metodo	69
12.4	l'attestatore compie controlli di merito	69
12.5	attestazione della fattibilità del piano	70
12.6	tribunale firenze – modalità di attestazione	71
12.7	attestazione veridicità dati aziendali	72
12.8	attestazione dell'attuabilità dell'accordo	72
12.9	attestazione sulla transazione fiscale e sulle poste erariali	74
12.10	attestazione per l'inibitoria	74
12.11	attestazione finanziamenti ponte	75
13.	RESPONSABILITÀ ATTESTATORE	76
13.1	attestatore indipendente	76
13.2	responsabilità penale del proponente e dell'attestatore	76
13.3	attestazioni non ingannate	77
13.4	attestazione responsabile	77
13.5	inadempimento attestatore e ammissione al passivo	79
13.6	responsabilità civile dell'attestatore	79
13.7	attestatore non ammesso allo stato passivo	79
13.8	attestatore ammesso in privilegio	80
13.9	responsabilità in caso di insuccesso dell'accordo	80
13.10	tipo di responsabilità civile	81
13.11	inesistenza di responsabilità in caso di errore valutativo	81
13.12	art. 2236 responsabilità solo in caso di dolo o colpa grave.	81



13.13	responsabilità ex art. 2043 c.c. verso singoli creditore	81
13.14	responsabilità contrattuale verso imprenditore	81
13.15	responsabilità extracontrattuale verso creditori	81
13.16	responsabilità verso imprenditore che fallisce	81
14.	PROCEDURA ED UDIENZA	82
14.1	procedura camerale reclamabile	82
14.2	necessarietà dell'udienza	82
14.3	sospensione feriale del termine	82
14.4	non prorogabilità del termine di 60 giorni	82
15.	OPPOSIZIONE ALL' ACCORDO	83
15.1	premessa	83
15.2	inattuabilità dell'accordo	83
15.3	il computo delle percentuali di adesione	83
16.	OMOLOGA	84
16.1	vaglio preliminare sull'ammissibilità	84
16.2	vaglio dell'accordo: tesi restrittiva	84
16.3	vaglio dell'accordo: tesi prevalente	84
16.4	effetti legali nei confronti di terzi	85
16.5	vaglio dell'inibitoria	85
16.6	vaglio dell'inibitoria in presenza di ricorsi prefallimentari	86
16.7	vaglio dei finanziamenti ponte	86
17.	SEPTIES E NUOVE NORME PENALI	87
17.1	182 septies c. 8	87
17.2	art. 236 l. fall. primo comma	87
17.3	ratio della responsabilità penale per a.d.r. finanziari	87
17.4	p.m. ed a.d.r.	87
17.5	dolo specifico nelle procedure di crisi	88
17.6	236 l. fall, secondo e terzo comma	88
17.7	bancarotta negli a.d.r. e nelle convenzioni	88
17.8	236 bis	89
18.	FINANZIAMENTI IMPRESA IN CRISI	91
18.1	nuovi strumenti del 2015	91
18.2	obbligazioni prededucibili negli accordi	91
18.3	funzione 182 quater e quinquies	94
18.4	preambolo d.l. n. 83/2015	94
18.5	salvaguardia old money	94
18.6	fresh money	94
18.7	tre strumenti incentivanti l'erogazione	94
18.8	182 quater comma 1 in esecuzione omologato	95
18.9	182 quater comma 2 finanza ponte	95
18.10	182 quater comma 3 soci	95
18.11	182 quater comma 3 soci nuovi	96
18.12	182 quinquies primo comma	96
18.13	182 quinquies secondo comma	96
18.14	182 quinquies terzo comma	96
18.15	finanziamenti interinali ed interinali urgenti	97
18.16	182 quinquies comma 1 fin interinali	97



18.17	best interest	98
18.18	182 quinquies comma 3 interinali urgenti	99
18.19	182 quinquies comma 3 interinali urgenti	99
18.20	182 quinquies c.3 - mantenimento linee autoliquidanti	100
18.21	182 quinquies comma 4 autorizzazione pegno ed ipoteca	101
18.22	182 quinquies comma 4 autorizzazione cessione crediti	101
18.23	nuove linee autoliquidanti	101
18.24	182 quinquies comma vi autorizzazione pagamenti	101
19.	SEPTIES –EFFETTI E NATURA	102
19.1	disciplina integrativa	102
19.2	a.d.r. finanziari : estensione limitata degli effetti	102
19.3	a.d.r. con intermediari finanziari	102
19.4	definizione	103
19.5	integrazione del 182 bis l. fall.	103
19.6	primo presupposto di applicabilità: metà del passivo	104
19.7	secondo presupposto di applicabilità: dissenso minoritario	104
19.8	superamento del dissenso minoritario di creditori omogenei	104
19.9	approvazione degli a.d.r. finanziari	104
19.10	effetto esdebitatorio	105
19.11	dissenzienti di categoria	105
19.12	esdebitazione anche verso dissenzienti di categoria	105
19.13	effetti omologa a.d.r. finanziario	105
19.14	condizioni per superamento dissenso	106
19.15	formazione categorie	106
19.16	categorie omogenee	107
19.17	75% in ogni categoria	107
19.18	terzi appartenenti alla categoria	108
19.19	natura degli istituti	108
19.20	risanamento precoce	109
19.21	quesiti introduttivi emergenti dagli a.d.r. “septies”	110
19.22	deroga all’art. 1372, ii comma, c.c.	110
19.23	le attestazioni nel septies	111
19.24	contaminazione con il c.p.	111
19.25	ipoteche recenti	112
19.26	leasing	112
19.27	trattative	112
19.28	unico accordo	112
19.29	notifica e opposizione	112
19.30	ausiliario	112
19.31	contenuto dell’accordo	113
19.32	procedura	113
20.	SEPTIES OMOLOGA ED OPPOSIZIONE	114
20.1	requisiti per l’omologa	114
20.2	opposizione ed omologa agli a.d.r.	115
21.	CONVENZIONE DI MORATORIA	117
21.1	superamento del concordato stragiudiziale	117
21.2	disciplina light	118
21.3	definizione di moratoria	119



21.4	accordo tra debitore e una o più banche	120
21.5	contenuto formale della convenzione	120
21.6	contenuto sostanziale della convenzione	120
21.7	provvisorietà	120
21.8	categorie	120
21.9	intenzioni del legislatore	121
21.10	funzione e contenuto dell'attestazione	121
21.11	quattro presupposti	121
21.12	effetti della convenzione	122
21.13	funzione	122
21.14	mancaza della soglia del 50% dell'indebitamento	122
21.15	effetti dalla pubblicazione tra le parti	122
21.16	effetti sui terzi	123
21.17	controllo eventuale solo in caso di opposizione	123
21.18	motivi formali dell'opposizione	123
21.19	verifica della convenienza	124
22.	OSSERVAZIONI FINALI	126
22.1	schema diacronico del contratto commerciale	126
22.2	ragionevolezza della deroga alla relatività degli effetti	127



1. LA RIFORMA DEL 2015

1.1 DEFINIZIONE DI A.D.R.

L'accordo di ristrutturazione è un contratto potenzialmente plurilaterale soggetto prima a pubblicità presso il registro delle imprese e poi a ad omologazione giudiziaria mediante il quale un imprenditore ristruttura i propri debiti con i creditori rappresentanti almeno il 60% del proprio debito complessivo e regola una operazione economica complessiva che deve essere ritenuta da un indipendente attestatore attuabile ed idonea ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori non aderenti entro 120 giorni dalla scadenza.

“L'accordo⁶ di ristrutturazione dei debiti è infatti un vero e proprio accordo contrattuale che il debitore, una volta che ha raggiunto il consenso contrattuale ed ha raccolto l'accettazione, sotto forma di adesione con le controparti creditrici, stipula appunto con i creditori”.

“Basta pensare⁷ che l'accordo tra i creditori non coinvolge, né è finalizzato a coinvolgere, tutti i creditori e che soprattutto gli effetti dell'accordo sono limitati ai sottoscrittori dell'accordo stesso, in quanto, come per tutti i contratti, gli effetti vincolano solo le parti contraenti, secondo il generale principio dell'art. 1372 c.c., e non certo coloro che all'accordo sono estranei e per i quali, infatti, l'art. 182-bis stabilisce che debbono conseguire il pagamento integrale”

Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la moratoria, i nuovi istituti previsti e disciplinati dall'art. 182 septies, sono soltanto una particolare forma di a.d.r.: **al particolare contenuto dell'accordo l'ordinamento giuridico riconduce ulteriori effetti legali ed in particolare, in deroga all'art. 1372 c.c., l'efficacia dell'accordo per tutti gli intermediari finanziari.**

Va quindi compiuto un continuo confronti tra il testo originario e quello ora vigente, nella sua duplice valenza, a.d.r. ordinario ed a.d.r. finanziario.

1.2 EFFETTI TIPICI ED EFFETTI LEGALI

L'istituto oggi vigente produce effetti contrattuali ed effetti legali, taluni ricollegati alla mera pubblicazione sul registro delle imprese dell'accordo o della proposta di accordo ex art. 182 bis sesto comma, altri al deposito del decreto di inibitoria, altri ancora alle autorizzazioni ex artt. 281 quater e quinquies, altri all'omologa come l'esonero da revocatoria.

Pare il caso di iniziare a rappresentare che **l'effetto tipico contrattuale è la ristrutturazione dei debiti dei contraenti vale a dire la sostituzione per gli**

⁶ Bruno Inzitari. “Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi.”

⁷ Bruno Inzitari. “Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi.”



aderenti dell'originaria utilità con quella specifica indicata nell'accordo (con modifica assoluta o solo nelle modalità o solo nei tempi).

1.3 LA CONFIGURAZIONE VIGENTE

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono ora caratterizzati da quattro fasi:

- (1) **la fase delle trattative con i creditori, con eventuale deposito della proposta di accordo**, con eventuale istanza di inibitoria con eventuale istanza di autorizzazione a contrarre finanziamenti; se a.d.r. finanziario necessariamente occorre la comunicazione a tutti i creditori finanziari dell'inizio delle trattative;
- (2) **la fase eventuale della sottoscrizione della convenzione di moratoria con i creditori finanziari**;
- (3) la fase della sottoscrizione dell'accordo;
- (4) la fase dell'omologazione dell'accordo.

Olim le prime fasi dell'a.d.r. erano stragiudiziali ed espressione soltanto dell'autonomia privata cui seguiva quella giudiziale in cui l'accordo necessita dell'omologazione dell'autorità giudiziaria per essere produttivo di ulteriori effetti legali.

Nell'attuale configurazione, se del caso sotto l'ombrello protettivo giudiziale, le parti con la massima autonomia privata individuano il contenuto dell'accordo.

Va precisato che «*standstill*» nell'accezione in uso negli accordi di moratoria ex art. 182 septies V comma significa « **accordo di sospensione** » ed ha la **funzione di conferire tempo all'imprenditore per negoziare**.

In molti casi l'effetto della convenzione sarà un mero cristallizzare i crediti, un mero pactum de non petendo in altri molto di più essendo il contenuto affidato all'autonomia privata.

1.4 CONFIGURAZIONE ORIGINARIA

L'accordo di ristrutturazione dei debiti nella sua iniziale configurazione originaria

- non determinava l'apertura del concorso dei creditori sul patrimonio;
- non vi era alcun obbligo di rispettare la c.d. "par conditio creditorum" tra i creditori;
- non determinava la nomina di alcun organo che rappresentasse la massa dei creditori;
- non aveva una efficacia vincolante verso tutti i creditori, ma solo nei confronti degli aderenti.

Per questi aspetti essenziali gli accordi di ristrutturazione dei debiti non potevano essere considerati una procedura concorsuale.

Tale fotografia originaria degli a.d.r. risulta del tutto non più corrispondente alla situazione attuale anche se permane la natura negoziale nonostante la



presenza di pesanti “*deroghe*⁸ al principio consensualistico consentite dall’art. 182-septies l. fall.”.

Infatti⁹ oggi :

- a) manca ancora un provvedimento di ammissione alla procedura;
- b) Si è introdotto un procedimento giudiziale eventuale per l’inibitoria e per i finanziamenti;
- c) vi è per gli a.d.r. finanziari la possibilità di stipulare una convenzione di moratoria;
- d) vi è ora la possibilità di nominare organi concorsuali;
- e) vi è ora una regolazione dei tempi di pagamento dei creditori estranei;
- f) l’accordo tra i creditori non coinvolge ancora tutti i creditori dell’imprenditore in crisi ma coinvolge necessariamente tutti i creditori finanziari;
- g) vi è ora l’obbligo di informare tutti i creditori finanziari;
- h) i creditori non sono costituiti in una collettività, ma sono pensati come una somma di teste ma debbono tutti i creditori finanziari sottoscrivere lo stesso accordo;
- i) il debitore resta ancora il *dominus* dell’impresa non verificandosi alcuna forma di spossessamento o di controllo; non si realizza alcuna limitazione dei poteri di direzione e gestione dell’attività dell’impresa, i quali rimangono sottratti anche ad un regime meramente autorizzatorio (salvo per atti specifici), così come rimane libera anche la fase esecutiva;
- l) le parti contraenti nell’art. 182 bis l. fall. ordinario sono libere di prevedere trattamenti diversificati tra creditori di pari rango anche in assenza di omogeneità giuridica e di interessi economici mentre nel septies vige la regola del trattamento omogeneo tra creditori finanziari;
- m) **vincola il 182 bis l. fall. ordinario , in applicazione di principi di natura contrattuale, soltanto i creditori aderenti (e tutti i creditori finanziari nel 182 septies l. fall.)**
- n) può limitare ora, in caso di concessione giudiziale dell’inibitoria, i creditori non aderenti che non sono più liberi di aggredire ed escutere il patrimonio del debitore;
- o) può comportare l’alterazione delle cause legittime di prelazione nei casi previsti dagli artt. 182 quater e quinquies;
- p) può comportare la concessione del regime di prededuzione nei casi previsti dagli artt. 182 quater e quinquies.

⁸ Caterina Luisa Appio, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182- septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in Ilcaso.it, 29.12.15

⁹ Cfr., M. Fabiani, *L’ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l’incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in Fallimento, 2010, pag. 902; vedere anche Tribunale Bologna, 17 novembre 2011 edito in ilcaso.it



1.5 LE INTENZIONI DEL LEGISLATORE DEL 2015

Nella scheda di lettura dei lavori preparatori all'articolo 9 della legge di conversione 6 agosto 2015 n. 132 si spiega:

- che si introduce nella legge fallimentare l'art. 182-septies il quale integra - con specifico riferimento a banche ed intermediari finanziari - la disciplina dell'accordo di ristrutturazione dei debiti dettata dall'art. 182-bis;
- che si mira a togliere a banche che vantino crediti di modesta entità il potere di interdizione in relazione ad accordi di ristrutturazione che vedano l'adesione delle banche creditrici maggiormente esposte;
- che la nuova disposizione prevede che l'accordo di ristrutturazione del debito possa essere concluso se vi aderiscono creditori finanziari che rappresentano il 75% del credito della categoria, fermo restando l'integrale pagamento dei creditori non finanziari;
- che il debitore può chiedere l'estensione dell'accordo alle banche (e intermediari finanziari) non aderenti, aventi posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli degli aderenti, quando tali operatori finanziari siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative e compiutamente informati dei termini dell'accordo di ristrutturazione;
- che questi possono aderire oppure ricorrere al tribunale cui spetta l'omologazione dell'accordo;
- che il tribunale, verificate positivamente le condizioni sopraindicate e ritenuto che le banche e gli intermediari finanziari ai quali si chiede l'estensione dell'accordo possano risultare soddisfatti nei loro crediti "in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili", procede all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione del debito.

La scheda aggiunge soltanto e laconicamente che analoga disciplina degli effetti sulle banche non aderenti si applica in relazione alle convenzioni che possono essere raggiunte su una eventuale **moratoria temporanea dei crediti** verso una o più banche aderenti all'accordo (rimane ferma la necessità del raggiungimento del citato 75%).

In sintesi per facilitare la composizione della crisi *“si¹⁰ rende obbligatorio l'accordo raggiunto con taluni creditori rispetto ai creditori rimasti estranei ma da ritenersi “omogenei”, e dunque assimilabili ai precedenti per posizione giuridica e interessi economici.”*

¹⁰ Fabrizio di Marzio, *Un decreto legge in riforma del “diritto fallimentare”*, in Giustiziacivile.com



1.6 L'IDEOLOGIA DEL LEGISLATORE

*“L'ideologia¹¹ sottesa a queste **regole dettate dall'urgenza** è quella del mercato concorrenziale. **L'impresa in crisi diviene la posta in gioco** nella contesa economica tra debitori, creditori e terzi interessati a rami o aziende”.*

1.7 INTEGRAZIONE DEGLI A.D.R.

Pertanto gli a.d.r. finanziari saranno trattati nella presente dissertazione dopo la disamina degli a.d.r. ordinari, conformemente all'interpretazione resa dalla più autorevole¹² dottrina la quale afferma che: *“Si tratta di una disciplina destinata a integrare quella più generale degli accordi di ristrutturazione (a sua volta contenuta nell'art. 182 bis) nelle ipotesi in cui l'indebitamento dell'imprenditore in crisi superi certe soglie predeterminate o l'accordo abbia ad oggetto una “moratoria temporanea dei crediti”. In particolare, la principale novità dell'art. 182 septies consiste nella possibilità di derogare, nelle ipotesi date, a norme istituzionali dell'ordinamento come quella sull'efficacia dei contratti”*

1.8 EFFETTI LEGALI DEGLI A.D.R. FINANZIARI

Dal punto di vista degli **effetti degli a.d.r.**, vero filo rosso dell'odierno ragionamento pare il caso di introdurre la lezione estrapolando due frasi da un recente contributo.

*“Un valore¹³ dominante del concordato preventivo è quello rappresentato dal principio di **obbligatorietà del concordato omologato** (art. 184 l. fall.) nei confronti di tutti i creditori anteriori alla pubblicazione del ricorso ex art. 161 l. fall. nel registro delle imprese”*

Negli accordi ex art. 182 septies “la forzatura¹⁴ del creditore finanziario non aderente è assai più marcata perché la sorte del suo credito sarà armonizzata con quella di altri creditori omogenei, ma al costo di una possibile perdita sul credito”.

1.9 NATURA DEL SEPTIES

Vedremo nella seconda parte della lezione come autorevole dottrina¹⁵ affermi che *“con le nuove regole sugli accordi di ristrutturazione il legislatore porta a compimento il disegno di **rendere gli accordi di ristrutturazione, piuttosto che***

¹¹ Fabrizio di Marzio, *Un decreto legge in riforma del “diritto fallimentare”*, in Giustiziacivile.com

¹² Niccolò Nisivoccia, *“182 septies l.fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?”* in il Fallimento 11/2015 pagina 1181

¹³ Massimo Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in il fallimento, 2015, pag. 1269*

¹⁴ Massimo Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in il fallimento, 2015, pag. 1269*

¹⁵ Fabrizio di Marzio, *Un decreto legge in riforma del “diritto fallimentare”*, in Giustiziacivile.com



contratti, ulteriori procedure concorsuali di stampo negoziale da affiancarsi ai concordati.”

*“E infatti la estensibilità degli effetti dell’accordo di ristrutturazione a creditori rimasti estranei allo stesso è concettualmente incompatibile con la categoria contrattuale, esprimendo piuttosto l’effetto legale tipico della deliberazione maggioritaria tipica delle assemblee di creditori nei concordati. **Abbiamo così una nuova figura di concordato preventivo (in forma semplificata e meno garantita di quella tradizionale) e una fattispecie in meno di contratto sulla crisi di impresa.** Mentre la categoria concordataria risulta a questo punto affollata dalle più varie figure (che sarà molto difficile coordinare tra loro nell’esperienza pratica), invece quella sui contratti protetti – che costituiva una preziosa prerogativa del nostro ordinamento – si trova immiserita nell’unica fattispecie dei piani attestati di risanamento.”*

Per contro, come vedremo, la inapplicabilità agli a.d.r. dell’art. 55, secondo comma, L. Fall permane il che dimostra che non vi è una procedura concorsuale. Inoltre, come già rammentato, altro autore dopo la modifica legislativa dell’estate 2015, ribadisce la natura contrattuale degli a.d.r. osservando che *“all’istituto disciplinato¹⁶ dall’art. 182-bis l.fall. non può essere riconosciuta la natura di “procedura concorsuale”: difettano, infatti, della disciplina tipica di tali procedure, alcuni profili essenziali, quali – principalmente – la indisponibilità del patrimonio da parte dell’imprenditore interessato (che può continuare a disporre, con atti – anche di straordinaria amministrazione – sicuramente opponibili ai creditori, quantunque in ipotesi contraddittori rispetto agli impegni derivanti con la sottoscrizione dello “Accordo” – con l’unica, eventuale conseguenza della esposizione dello stesso al rischio della risoluzione contrattuale –); e la mancanza di una versa e propria “cristallizzazione” delle passività “concorsuali” (al punto che ad - esempio – ben potrebbe il creditore anteriore al perfezionamento dello “Accordo” opporre in compensazione all’imprenditore una propria obbligazione sorta in epoca successiva)”*.

Ma su questi temi ci si soffermerà più avanti perché questo è il momento per soffermarsi sulla non scadenza dei debiti pecuniari dell’impresa.

¹⁶ S. Bonfatti, “Accordo di ristrutturazione” ex art 182 – bis l. fall. e fondi comuni di investimento immobiliari, in Riv. dir. banc., dirittobancario.it, 22, 2015



2. DIRITTO DELLA CRISI DI IMPRESA

2.1 MANCANZA DI STRUMENTI DI OSSERVAZIONE PREVENTIVA

Come noto la normativa vigente continua a non contemplare, “*strumenti*”¹⁷ di osservazione preventiva dell’impresa al fine di adottare le scelte più idonee alla **salvaguardia degli assets produttivi funzionanti** (o funzionali ad altro imprenditore) e considerando che è proprio nella fase di pre-insolvency che si determina il maggior danno economico per l’impresa e per i suoi creditori (specie per la mancanza di tempestività dell’azione).¹⁸

2.2 NON INTRODUZIONE DI MISURE DI ALLERTA

Significativamente nemmeno nel 2015 si introducono procedure¹⁸ per la tempestiva¹⁹ emersione della notizia della perdita del capitale sociale.

Si rafforza invece la **tutela penale attraverso i novellati artt. 236 e 236 bis l. fall.** aumentando così i compiti del P.M. ed esaltando il ruolo di terzietà del giudice fallimentare affiancato da un organo pubblico chiamato ad esaminare direttamente la relazione dell’ausiliario negli a.d.r. finanziari e le relazioni del C.G. nel concordato preventivo.

Come sappiamo, invece a livello civilistico, si era già intervenuti introducendo il 182 sexies²⁰ l. fall. per disciplinare la fase successiva alla perdita del capitale, allorché la società si trova già a fronteggiare l’evenienza della crisi:

“Gli effetti sospesi”²¹ riguardano infatti non il primo comma dell’art. 2446 c.c. (spa) né i commi 1, 2 e 3 dell’art. 2448-bis (srl) ma solo i commi finali degli articoli dianzi citati, nonché gli artt. 2447 e 2482-ter”.

Per gli organi delle società di capitali ai sensi dell’art. 2446, II comma, permane soltanto l’obbligo di chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in mancanza dei prescritti provvedimenti assembleari.

¹⁷ Francesco Fimmano, “L’impresa in crisi come oggetto “proprio” della tutela cautelare”.

¹⁸ Si veda da ultimo, Luciano Panzani, *Misure di allerta e prevenzione della crisi. Nuove prospettive?*, in *IFALLIMENTARISTA*, 15/05/2012, laddove ricorda che la Commissione Trevisanato aveva proposto di istituire un sistema di misure di allerta dirette “a favorire l’emersione tempestiva della crisi d’impresa e l’attivazione delle iniziative volte a porvi rimedio”. Ma che tale progetto non fu accolto perché ritenuto come un’indebita ingerenza nella libertà dell’imprenditore di gestire autonomamente la crisi d’impresa sino a quando questa non fosse sfociata in un vero e proprio stato d’insolvenza. In questo contributo, redatto precedentemente all’ultima riforma, si è auspicato autorevolmente ancora una volta l’introduzione di procedure di allerta anche osservando che “l’esito favorevole di un intervento sulla crisi d’impresa è legato alla sua tempestività”.

¹⁹ Si veda, anche, Sabino Fortunato *Crisi d’impresa: prevenzione e allerta nelle società*.

²⁰ Cfr., Luciano De Angelis e Cristina Feriozzi, *Le perdite e gli strumenti di soluzione nella crisi di impresa*, Milano 2012, p. 99

²¹ Luciano De Angelis e Cristina Feriozzi, *Le perdite e gli strumenti di soluzione nella crisi di impresa*, Milano 2012, p. 99



Quindi ancora una volta si è scelto di **non incuneare in capo agli organi delle società di capitali specifici obblighi di segnalazione di fatti indicatori della crisi** e ciò (a converso) aumenta e non diminuisce l'ambito della responsabilità degli amministratori per la gestione della società decorrente dal momento in cui in sede giudiziaria si proverà che si è determinata la perdita del capitale.

2.3 ONTOLOGIA DEGLI A.D.R.

Non va mai dimenticato che sia il **“concordato preventivo”** che (ed ancora di più) gli **“Accordi di ristrutturazione dei debiti”** sono istituti ontologicamente avulsi ed alternativi rispetto alle procedure esecutive concorsuali; soprattutto è evidente che tali istituti, a differenza anche dell'autofallimento – istituto tutto da riformare - **non svolgono alcuna funzione pubblicistica** (come invece il concordato fallimentare che ha quella di chiudere la procedura esecutiva), atteso che, evitando la dichiarazione di fallimento e l'apertura di una procedura esecutiva collettiva, consentono di collocare ancora l'impresa nella logica del mercato, seppure di quel particolare mercato²² delle imprese in crisi.

Peraltro è ormai consolidata e non contestata la tesi²³ che gli accordi non siano una procedura concorsuale fondata sul principio della par condicio creditorum.

*Va registrato il giudizio sull'istituto reso da Assonime²⁴ nell'introduzione alla circolare illustrativa di una ricerca giuridica appena conclusa: “Gli accordi di ristrutturazione dei debiti rappresentano uno strumento fondamentale per risolvere in tempi rapidi una situazione di **crisi reversibile**, in vista del pieno recupero della redditività dell'impresa. Nella prassi, tuttavia, vengono scarsamente utilizzati sia per l'assenza di misure fiscali di favore, sia per la*

²² Si vedano su queste tematiche anche, Fabrizio Di Marzio, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in <http://www.ilcaso.it/opinioni/84-dimarzio-17-12-07.pdf>; Adriano Patti, *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009 pag. 172 e ss; Dino Crivellari, *Dalle Crisi di Impresa al Mercato delle Imprese in Crisi*, in <http://piazzettamonte.ugcbanca.com/allegati/articolo239.pdf>; Ambrosini, *Il concordato preventivo. Concordato preventivo: profili generali e limiti del controllo giudiziale*, in <http://www.ilcaso.it>; Ambrosini, *La domanda di concordato preventivo, l'ammissione alla procedura e le prerogative del Tribunale*, in <http://www.ilcaso.it>; Patti, *Il sindacato dell'autorità giudiziaria nella fase di ammissione*, in Fall., 2006, 1021.; Rago, *I poteri del Tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, in Fall., 2008; Vacchiano, *I poteri di controllo del Tribunale in sede di ammissione del debitore al concordato preventivo*, in Fall., 2007, 1322.. Si rinvia anche a Giorgio Jachia, *Il concordato preventivo*, in Fauceglia e Panzani (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 1612.

²³ Si rinvia, anche per indicazioni bibliografiche, alla relazione resa da Mauro Vitiello, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, ad incontro di studio CSM sul tema “*Questioni del diritto della crisi d'impresa nella prospettiva interdisciplinare*”, Roma, 14 - 16 giugno 2010.

²⁴ Assonime Circolare 4/2012, *Rapporto sull'attuazione della riforma della legge fallimentare e sulle sue più recenti modifiche*.



difficoltà per l'imprenditore di accedere a nuovi finanziamenti necessari durante la fase delle trattative con i creditori e nella fase dell'esecuzione dell'accordo".

Per una lettura multidisciplinare e comparata²⁵ delle tematiche della crisi di impresa si segnala una significativa ricerca nel corso della quale si è preliminarmente osservato che: "mentre in passato la crisi era considerata alla stregua di un fattore eccezionale, da confinare nella gestione dell'emergenza, negli ultimi tempi essa è gestita in modo consapevole e sistematico, mediante l'impiego di strumenti di prevenzione e di monitoraggio. In questa ottica, più che di gestione dello stato di crisi, si sta affermando una logica di gestione del rischio di crisi (cd. risk management), cui spesso si lega la sopravvivenza dell'impresa."

2.4 A.D.R. E CONCORDATO PREVENTIVO - ART. 55 L. FALL.

La principale differenza tra a.d.r. e C.P. risiede ancora nella non applicabilità agli accordi degli articoli indicati nel 169 l. fall. ed in particolare del secondo comma dell'articolo 55 l. fall..

Art. 55 l. fall

Effetti del fallimento sui debiti pecuniari

II. I debiti pecuniari del fallito **si considerano scaduti**, agli effetti del concorso, alla data di dichiarazione del fallimento.

2.5 INEFFETTIVITÀ DEGLI ISTITUTI ALTERNATIVI

Nella realtà emerge²⁶ che le procedure di crisi, dopo dieci anni di proposte legislative inadeguate, sono **scarsamente utilizzate**:

• Accordi di ristrutturazione, concordati, fallimenti e liquidazioni a confronto

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Totale
Liquidazioni	83.139	90.653	83.709	83.448	83.339	88.423	89.013	90.809	86.005	778.538
Fallimenti	10.455	6.155	7.506	9.381	11.222	12.148	12.519	14.134	15.651	99.171
Concordati preventivi	381	423	569	961	1.026	975	1.122	2.289	1.819	9.565
Concordati in bianco	-	-	-	-	-	-	1.297	4.629	2.908	8.834
Accordi di ristrutturazione	2	2	12	55	65	97	73	213	156	675

Fonte: Cerved (per gli accordi di ristrutturazione 2006-2007: dati campione)

Ma emerge²⁷ anche che "La prededucibilità dei crediti (2010) e l'introduzione del concordato in bianco (2012) hanno portato ad una maggiore diffusione dell'istituto del 182-bis L.F."

I dati cerved²⁸ confermano infatti che il **49%** delle società ha depositato un a.d.r. **oltre due anni dopo** la manifestazione del **dissesto**

²⁵ Alfonso Di Carlo Marco Bisogno (a cura di), *Crisi e risanamento d'impresa in una prospettiva internazionale Analisi economica e strumenti giuridici*, Milano, 2012.

²⁶ V. Conca, A. Danovi, L. Riva, *Dieci anni di accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L.F. Un'analisi empirica nei principali Tribunali italiani*, 12 maggio 2015

²⁷ V. Conca, A. Danovi, L. Riva, *Dieci anni di accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L.F. Un'analisi empirica nei principali Tribunali italiani*, 12 maggio 2015

²⁸ V. Conca, A. Danovi, L. Riva, *Dieci anni di accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L.F. Un'analisi empirica nei principali Tribunali italiani*, 12 maggio 2015



Interventi finanziari	Numero	Frequenza
Cessione assets immobiliari	91	46%
Cessione di partecipazioni non strategiche	34	17%
Altre fonti di incasso (smobilizzo crediti, etc.)	31	16%
Cessione magazzino	23	12%
Cessione di rami d'azienda	9	5%
Affitto di rami d'azienda	5	3%
Cessione di assets intangibili	4	2%

“La realtà vera²⁹, però, è che non si può additare il debito come causa della crisi aziendale. L'eccessivo indebitamento è l'effetto non la causa della crisi, perché è il sottostante industriale che non riesce a produrre ricchezza a sufficienza per evitare l'indebitamento”,

“Lo strumento³⁰ del 182bis soprattutto quando è stato predisposto dall'azionista-manager che ha guidato l'azienda nel periodo di gestazione della crisi si è tradotto in una previsione ottimistica di un futuro non sostanzialmente diverso ed è quindi servito molto spesso solo per buttare la palla in avanti. Tanto che nel giro di pochi anni le stesse aziende hanno dovuto ricorrere a nuovi accordi”.

2.6 GRAVITÀ DELLA CRISI ED EFFICACIA DELLE PROPOSTE

Lapalissiana, ma purtroppo contraddetta dalla realtà in cui si constata che le imprese italiane di regola accedono alle misure anticrisi quando sono già inadempienti ed insolventi, è la considerazione secondo la quale **l'efficacia³¹ del concordato preventivo è massima allorché è proposto quando solo il debitore può rilevare elementi negativi inerenti aspetti intrinseci alla propria organizzazione aziendale e minima allorché si verta in una situazione di conclamata insolvenza.**

Tale considerazione trova oggi anche un aggancio normativo nell'art. 161, comma X, laddove dispone che in caso di pendenza del procedimento per la dichiarazione di fallimento la procedura di concordato con riserva può durare al massimo sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre ulteriori sessanta giorni.

Può essere utile descrivere la progressiva manifestazione della crisi dal punto di vista aziendalistico individuando più stadi:

²⁹ Cfr, Adriano Bianchi *ristrutturazione-dei-debiti-ecco-perche-il-182-bis-funziona-male* in <http://bebeez.it/2015/05/12>

³⁰ Cfr, Adriano Bianchi *ristrutturazione-dei-debiti-ecco-perche-il-182-bis-funziona-male* in <http://bebeez.it/2015/05/12>

³¹ Cfr., Alfonso Di Carlo in *Concordato preventivo, Concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti. Analisi giuridica ed aziendalistica*, a cura di Massimo Ferro, Aldo Ruggiero, Alfonso Di Carlo, Giappichelli, 2009



- **Iniziale** allorché gli **squilibri e le inefficienze** sono meramente interne all'organizzazione aziendale e quindi rilevabili esclusivamente dall'imprenditore e dai professionisti che coadiuvano l'impresa;
- **Avanzato** allorché iniziano a manifestarsi le **perdite economiche** compensate³² però dall'assorbimento delle riserve di bilancio e del capitale sociale, dall'aumento dei debiti, dalla mancata effettuazioni di investimenti e dalla riduzione delle risorse destinate a funzioni essenziali quali ricerca, sviluppo e marketing;
- **Manifestazione dell'insolvenza** allorché si riscontrano i primi inadempimenti agli obblighi contrattuali e la crisi può essere superata con una significativa riorganizzazione aziendale;
- **Dissesto** allorché lo squilibrio patrimoniale o non è superabile o è superabile soltanto con una sensibile rinuncia dei creditori.

Non è chi non veda che il ritardo nell'adozione delle misure anticrisi distrugga risorse dapprima aziendali e poi dei creditori il che va valutato in termini di responsabilità di chi ha amministrato l'impresa.

In altre parole i creditori sono indifferenti all'andamento dell'impresa finché possono soddisfarsi ed è giusto che invece abbiano il potere di non approvare la proposta del debitore di ristrutturazione dei propri diritti di credito.

Del resto è insito nei concetti base del diritto commerciale il fatto che da un lato sussista il controllo esclusivo dei soci quando l'impresa è solvibile e dall'altro che i creditori non abbiano diritto di interferire nella gestione dell'impresa (salva la residuale facoltà di opporsi dei creditori ad operazioni che potrebbero pregiudicarli, cfr. art. 2445, 2447-quater, 2482, 2487-ter, 2500-novies, 2503 c.c.).

2.7 AFFRONTARE LA CRISI ANTICIPAMENTE

Si legge nel decreto di ammissione n. 1/05 C.P. del Tribunale di Salerno un concetto che vale anche per gli accordi di ristrutturazione:

“Ai fini dell'esperibilità del nuovo concordato preventivo il requisito fondamentale è la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa.

Nel caso di specie, tralasciando il fatto che il Legislatore non ha fornito alcuna definizione né spiegazione di cosa debba intendersi per stato di crisi, è agevole il prendere atto che la EDM è in un profondo ed irreversibile stato di crisi economica perché non è più in grado di realizzare il suo oggetto sociale ma ha ancora un considerevole patrimonio.

Il Collegio è ben consapevole delle difficoltà che si incontreranno nella liquidazione del medesimo ma la descrizione degli elementi patrimoniali - risultante dalle indicazioni fornite dal ricorrente con gli atti allegati a corredo della domanda e soprattutto con gli atti allegati alla memoria per

³² Cfr., Alfonso Di Carlo in Concordato preventivo, Concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti. Analisi giuridica ed aziendalistica, a cura di Massimo Ferro, Aldo Ruggiero, Alfonso Di Carlo, Giappichelli, 2009



l'udienza del 31 maggio 2005 – appare allo stato sufficientemente tranquillizzante.

È vero che l'attività produttiva è oggi interrotta, ma è anche vero che il ricorrente ha dimostrato l'insussistenza dei sintomi tipici dell'insolvenza atteso che:

- *a carico di EDM non esistono procedure esecutive e/o ricorsi di fallimento;*
- *non vi sono protesti;*
- *non vi sono diritti reali di garanzia sui beni al di fuori di quelli del credito ipotecario di primo grado e secondo grado;*
- *non vi è stato il licenziamento dei lavoratori dipendenti ...*
- *non vi sono ancora gravi inadempimenti ...”*

2.8 MANCATA ADOZIONE DI MISURE ANTICRISI

Ancora più evidente è, oggi, invece **la responsabilità - art. 2486, II comma, c.c. - degli amministratori delle società di capitali che aggravino il dissesto compiendo atti dopo la perdita del capitale sociale**, che pongano in essere, perduto il capitale, una gestione non conservativa del patrimonio sociale proprio perché l'ordinamento ha apprestato tutti gli strumenti per addivenire ad una rapida emersione dell'insolvenza ed ad una sua risoluzione mediante le procedure alternative al fallimento.

Nella giurisprudenza di legittimità³³ si rinvergono significativi arresti attinenti proprio l'esercizio dell'azione di responsabilità per "*mala gestio*" consistita nella violazione del divieto di nuove operazioni dopo la perdita del capitale sociale ove, in tema di quantificazione del danno, si afferma che il mancato rinvenimento della contabilità d'impresa non determina in modo automatico che l'ex amministratore risponda della differenza tra l'attivo e il passivo accertati in sede fallimentare, potendo il giudice di merito applicare il criterio differenziale soltanto in funzione equitativa, attraverso l'indicazione delle ragioni che non hanno permesso di accertare gli specifici effetti pregiudizievoli della condotta e che rendono plausibile ascrivere al convenuto l'intero sbilancio patrimoniale.

Peraltro il secondo comma dell'art. 182 sexies l. fall. non poteva essere più esplicito in ordine alla **responsabilità di chi ha amministrato l'impresa dal momento in cui si è determinata la perdita superiore ad un terzo** del capitale sociale rispetto al patrimonio netto perché in tale norma si afferma che resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma, l'applicazione dell'articolo 2486 del codice civile.

Significativo è poi il raffronto tra la norma (art. 2490, V comma, c. c.) che impone al liquidatore in caso di prosecuzione dell'attività (anche per un solo ramo d'azienda) alcuni specifici obblighi di informativa contabile [segnatamente: 1) Presentare nei bilanci intermedi un'esposizione separata di attività e passività e relativo risultato economico; 2) Indicare nella prima relazione le ragioni e le prospettive della continuazione; 3) Indicare e motivare in nota integrativa i criteri

³³ Da ultimo Cass. Civ., Sez.1, n. 11155 04/07/2012

di valutazione adottati] e l'articolo 161, comma VII, l. fall. che prescrive al Tribunale - deliberata la domanda di concordato preventivo "in bianco" ex art. 161, comma VI l. fall. - di imporre nel decreto di fissazione di un termine per il deposito del piano di disporre obblighi informativi periodici anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa.

Nell'ottica dell'individuazione delle responsabilità agevolate è il riscontrare che sussiste la vigilanza del Collegio Sindacale tanto sugli obblighi di informativa contabile del liquidatore (allorché prosegue l'attività di impresa al di fuori delle procedure) quanto sugli obblighi informativi del legale rappresentante nel pre-concordato.

2.9 STATUTO DELL'IMPRESA IN CRISI

Agevole quindi è il constatare che tutte queste rilevanti innovazioni apportate alla legge fallimentare dalla legge 134/2012 ed ora dal d.l. 83/15 abbiano definitivamente superato le timidezze³⁴ evidenti nelle prime riforme, concorrano a formare un *più funzionale statuto dell'impresa in crisi* in cui si stagliano al contempo:

- **misure protettive del patrimonio aziendale del debitore proponente;**
- **misure protettive dei creditori che hanno ancora rapporti economici con l'impresa in crisi;**
- **specifiche responsabilità in capo agli organi chiamati a gestire l'impresa in crisi.**

Per comprendere l'opera di lento affinamento degli istituti vale la pena di rileggere – quasi come un decalogo - l'elenco dei "presupposti di successo" delle misure anticrisi formulato a suo tempo in dottrina³⁵ per constatare che effettivamente sono state recepite quasi tutte le istanze volte all'introduzione di misure protettive (tanto del debitore in crisi quanto dei creditori che con lo stesso intendano continuare ad operare).

2.10 STRUMENTI INCENTIVANTI

In particolare sono stati introdotti - con le opportune cautele e le differenti conformazioni attinenti le singole procedure del diritto della crisi di impresa - istituti per³⁶:

- a) produrre "effetti protettivi immediati a **favore del debitore** – sub specie di protezione da azioni esecutive e cautelari individuali di singoli creditori

³⁴ Cfr., Massimo Ferro, I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005, 5, p. 587-600.

³⁵ Si veda, appunto, l'elenco dei "presupposti di successo" di una disciplina normativa volta alla risoluzione della crisi di impresa esposti da Sido Bonfatti, anche in *"Le procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa"*, Modena, 2009.

³⁶ Si veda Sido Bonfatti, *"Le procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa"*, Modena, 2009.



ostili”;

b) produrre “**effetti protettivi successivi a favore dei creditori** (ed in generale dei soggetti) partecipanti all’esecuzione del “piano” di composizione della situazione di “crisi” – sub specie di esenzione degli atti posti in essere in esecuzione del “piano” (ivi compresi i pagamenti previsti dallo stesso) dall’azione revocatoria (fallimentare); e di sottrazione dei comportamenti coerenti con la esecuzione del piano ad altri possibili profili di responsabilità civile o penale astrattamente configurabili -;

c) adottare “meccanismi di agevolazione della formazione del consenso dei creditori – come la loro suddivisione in classi, e l’attribuzione all’approvazione della maggioranza dei creditori appartenenti a ciascuna classe di un effetto vincolante per i dissenzienti”;

d) assicurare un “trattamento preferenziale (“prededuzione”) ai crediti concessi in funzione della attuazione del tentativo di composizione negoziale della crisi dell’impresa, nell’eventuale fallimento consecutivo”

Per contro non sono state condivise le istanze per una riduzione della responsabilità civile risarcitoria sia per la partecipazione ai fatti lesivi prodotti nell’attività di direzione delle società controllanti che per la concessione del credito.

Ad esempio sono state introdotte nel concordato preventivo (e per taluni aspetti negli “*Accordi di ristrutturazione dei debiti*” ex art. 182 l. fall.) plurime misure dirette a fronteggiare la problematica dell’accesso a **nuove risorse finanziarie** per risanare l’impresa in crisi “*posto*³⁷ *che, nel caso in cui il risanamento non riesca e consegua il fallimento dell’impresa finanziata, il finanziatore potrebbe correre, fra gli altri, il rischio di (a) mancato (integrale) rimborso delle somme erogate, (b) revocatoria di eventuali garanzie e/o pagamenti ricevuti (c) responsabilità civili per concessione abusiva del credito e (d) responsabilità penale per (concorso in) reati fallimentari*”.

Infatti, questi rischi restano immanenti nei concordati stragiudiziali.

2.11 FUNZIONE DEGLI ACCORDI

In un recente contributo³⁸ si osserva che “*il momento di “crisi” nelle relazioni commerciali tra creditore e debitore si compie con la rottura del loro rapporto economico e fiduciario*; che la composizione della crisi passa attraverso il tentativo di rimediare a tale crisi, a tale separazione di interessi mediante il contratto “*di salvataggio*” o di ristrutturazione dei debiti d’impresa; si osserva inoltre che i contratti ex art. 182 bis l. fall. “*scontano attualmente un gap di efficienza che si lega alla necessità di assicurare l’“integrale pagamento” dei creditori non aderenti*”.

³⁷ Marco Arato, Il finanziamento dell’impresa negli accordi di ristrutturazione e nel concordato: profili giuridici, Milano, Paradigma, 2012

³⁸ Remo Tarolli, Giurisprudenza Commerciale, fasc.4, 2014, pag. 789



2.12 ACCORDI STRAGIUDIZIALI

Noto è che la legge fallimentare sia stata promulgata nel 1942 e che l'impianto normativo sia rimasto immutato fino al 2004 nonostante non fosse più funzionale anche perché nel frattempo si era svolto il passaggio della nostra economia dalla fase prevalentemente contadina a quella industriale ed ora a quella post-industriale nonché al suo inserimento prima nel contesto dell'Unione Europea ed ora nel pieno della globalizzazione.

In un siffatto contesto economico l'esistenza soltanto di rigide soluzioni tipiche e predeterminate alla crisi di impresa impose la prassi degli accordi stragiudiziali di salvataggio attraverso un'autoregolamentazione che nasce dagli stessi attori del mercato, i quali sono i primi a voler trovare una serie di soluzioni rapide ed efficienti, idonee a salvaguardare (o quantomeno più idonee) gli organismi produttivi ed i livelli occupazionali.

Tuttavia l'utilizzazione di strumenti alternativi per la soluzione della crisi d'impresa era disincentivata dalla loro natura atipica che sottoponevano soprattutto gli istituti di credito ai rischi di azioni revocatorie degli atti compiuti in esecuzione della convenzione ed al rischio di responsabilità civili e penali.

2.13 L'AUTONOMIA PRIVATA

Il legislatore dal marzo 2005 all'agosto 2015 ha voluto indicare agli operatori del diritto ed al Giudice una nuova griglia dapprima orientativa delle decisioni e poi interpretativa delle scelte imprenditoriali da assumere quando la crisi dell'azienda si sta manifestando, quando l'imprenditore è in difficoltà ma non è ancora insolvente.

La "**valorizzazione**" dell'**autonomia privata** è il filo rosso che lega alcuni degli istituti ancora una volta ritoccati e quelli ora introdotti.

Il legislatore non si preoccupa solo della disciplina giuridica ad applicare all'imprenditore già insolvente ma interviene soprattutto per dare nuovi strumenti all'imprenditore in crisi creando istituti finalizzati ad evitare che attorno allo stesso si stringa un cordone sanitario di tali proporzioni da impedirgli ogni **possibilità di ripresa**.

È questo il valore giuridico tutelato dal legislatore – tutelato al punto da ridurre drasticamente l'area di applicazione dell'altro valore invece tradizionalmente salvaguardato, quello della parità delle condizioni tra i creditori – consentendo all'imprenditore in crisi ma non in stato di insolvenza:

- a) di presentare un piano di concordato preventivo con suddivisione dei creditori in classi
- b) di stipulare accordi stragiudiziali ex art. 182 bis c.p.;
- c) di stipulare accordi stragiudiziali ex art. 182 septies c.p.;
- d) di stipulare moratorie;
- e) di accedere alla nuova finanza.
- f) di depositare "piani attestati" - atti negoziali unilaterali o bilaterali – ai sensi del secondo comma d) dell'art. 67 l.f.;
- g) di continuare a svolgere alcuni dei normali atti di impresa sottratti all'alea della revocatoria ai sensi del riformulato art 67 l. fall.;



h) di sospendere contratti.

In questo modo il Legislatore ha ricondotto effetti giuridici a specifiche categorie di nuovi tipi di negozi giuridici espressione dell'autonomia privata **aventi come causa la finalità di evitare il fallimento di una impresa**³⁹ ed ha compiuto una “... *decisa valorizzazione dell'incontro delle volontà*”

Suggestiva è anche la tesi secondo la quale il Legislatore di fronte alla constatazione dell'inadeguatezza del sistema tradizionale (patrimoniocentrico) di tutela del credito abbia con le nuove normativa voluto attribuire un nuovo significato al principio della “par condicio creditorum”: **il rispetto dell'uguaglianza nel riconoscimento delle diversità**⁴⁰.

Va poi precisato che agli effetti negoziali si sommano gli effetti legali sui quali ci soffermeremo di seguito.

2.14 ESPRESSIONI DELL'AUTONOMIA PRIVATA

Certo è che in tale provvedimento si aggiunge che ciò “...*va di pari passo con un altrettanto deciso affievolimento dei poteri del giudice*”⁴¹, il quale perderebbe il suo ruolo di gestore della procedura, avendo poteri di controllo spesso solo formali⁴².

Ruolo del Giudice che se certamente è differente non è detto che possa definirsi “*affievolito*” atteso che prima di giungere ad una conclusione sul punto occorre riflettere ed esaminare il testo effettivamente vigente perché potremmo accorgerci, per contro, che il Legislatore⁴³ abbia – non importa se consapevolmente e/o

³⁹ Vedere la voce “concordato preventivo” a cura di Cristina Rivolta e Paolo Pajardi, in “Codice del fallimento” a cura di Pietro Pajardi, pag., 1169

⁴⁰ Cfr., Elisabetta Bertacchini, La suddivisione dei creditori in classi, relazione al convegno di Synergia Formazione tenutosi a Milano dal 18 ottobre 2005 al 21 ottobre 2005, pag. 1

⁴¹ Cfr. Prof.ssa Stefania Pacchi, *La nuova disciplina del Concordato Preventivo e gli accordi di ristrutturazione. Approvazione, omologazione esecuzione e chiusura (artt. 177-182; art. 182-bis, co.1), inedito.*

⁴² L'esperienza del C.P. 1/05 del Tribunale di Salerno insegna invece che il G.D. è chiamato ad assumersi non indifferenti responsabilità di alta amministrazione svolgendo ancora un ruolo estremamente attivo atteso che gli si richiedono interventi continui attinenti la composizione degli interessi coinvolti, l'individuazione delle modalità di valorizzazione dei cespiti immobiliari (anche attraverso la richiesta di mutamento della loro destinazione urbanistica), l'autorizzazione nel periodo tra l'adunanza dei creditori e l'udienza in camera di consiglio alla cessione di beni mobili, il pagamento delle mensilità arretrate ai dipendenti in cassa integrazione e del TFR ai licenziati.

⁴³ “*Gli organi giurisdizionali (giudice delegato, tribunale fallimentare, corte di appello) vedono enfaticamente la loro funzione decisionale, che fa premio sulle attuali competenze anche gestionali, spesso fonte di appannamenti della funzione e, comunque, di confusione tra funzioni di gestione e organi di controllo*”. Si veda la relazione al disegno di legge: Camera Dei Deputati N. **5736**, Disegno Di Legge “Piano di azione per lo sviluppo



volontariamente o soltanto per mancata capacità di disegnare una nuova unitaria procedura alternativa al fallimento – lasciato al Tribunale dei precisi poteri che (ed è qui il punto nodale) **solo un Giudice - consapevole di agire in un contesto economico caratterizzato sempre dalla crisi (o dall'insolvenza) dell'impresa e talvolta anche dalla possibilità di un risanamento (non importa se parziale o compiuto da soggetti diversi dall'originario imprenditore) aziendale – potrà usare autorevolmente per valorizzare l'incontro delle volontà avvenuto nell'Adunanza Plenaria e per contemperare l'interesse espresso dalla maggioranza dei Creditori Votanti (chirografari e privilegiati rinunzianti al voto) con quello della tutela degli interesse dei creditori privilegiati esclusi dall'Adunanza, quello di superare l'antinomia tra “tra tutela dei creditori e conservazione degli organismi produttivi.”**⁴⁴

Per questo le scelte interpretative andranno compiute con attenzione ricostruendo **tutti gli interessi coinvolti nella crisi dell'impresa:**

- a) l'interesse privato del debitore ammesso alla procedura allora incolpevole oggi anche callido perché non rileva più il suo comportamento ma l'attuale consistenza del suo patrimonio;
- b) l'interesse dei creditori un tempo solo al realizzo dei loro crediti ma oggi anche spesso al permanere dei rapporti giuridici con l'impresa che non sono soltanto di fornitura ma sono anche e spesso quelli del permanere di un posto di lavoro (bene spesso del tutto letteralmente infungibile tant'è che è quello che è stato tutelato principalmente nelle ristrutturazioni delle posizioni giuridiche nei contratti del personale di volo di alcune compagnie aeree);
- c) l'interesse pubblico ad evitare la disgregazione dell'impresa - descritto da una autorevole ma risalente dottrina, “l'interesse pubblico volto ad evitare la rovina dell'azienda, fonte produttiva della ricchezza nazionale”.⁴⁵
– appunto spesso coincidente – per le anzidette ragioni - con l'interesse dei creditori alla conservazione dei valori aziendali.

economico, sociale e territoriale” Presentato il 22 marzo 2005. all'articolo 2 (Disposizioni in materia fallimentare e processuale civile)..

⁴⁴ Vedasi relazione al disegno di legge: Camera Dei Deputati N. **5736**, Disegno Di Legge “Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale” Presentato il 22 marzo 2005. all'articolo 2 (Disposizioni in materia fallimentare e processuale civile)

⁴⁵ Vedere la voce “concordato preventivo” a cura di Cristina Rivolta e Paolo Pajardi, in “Codice del fallimento” a cura di Pietro Pajardi, pag., 1155.



3. 182 SEXIES

3.1 TESTO

Art. 182-sexies

Riduzione o perdita del capitale della società in crisi

I. Dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, sesto comma, della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182 bis ovvero della proposta di accordo a norma del sesto comma dello stesso articolo e sino all'omologazione non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545-duodecies del codice civile.

II. Resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma, l'applicazione dell'articolo 2486 del codice civile.

3.2 EFFETTI LEGALI DELL'ACCORDO E DELLA PROPOSTA DI ACCORDO

Dalla data del deposito

- 1) **non si applicano gli articoli 2446**, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile.
- 2) **non opera la causa di scioglimento della società** per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545-duodecies del codice

3.3 CONSAPEVOLE ASSUNZIONE RISCHIO DA CONSERVAZIONE

Operiamo in un sistema nel quale il valore dell'impresa tende a dematerializzarsi; operiamo con imprese che tendono a non avere non solo la proprietà degli immobili ma anche ad avere in affitto l'azienda così sottraendola al concorso tra i creditori;

È evidente quindi l'inadeguatezza del sistema tradizionale (patrimonio centrico) di tutela del credito.

Tutto ruota, come osserva autorevole dottrina intorno alla **tematica della "assunzione⁴⁶ del rischio da conservazione dell'azienda", anzi in taluni casi anche assunzione del rischio da conservazione di un singolo bene aziendale.**

Per consentire di affittare l'azienda, di proseguire l'esercizio provvisorio, di vendere l'azienda come unità produttiva attiva si può riacquistare un macchinario, una linea di produzione essenziale per lo svolgimento dell'attività aziendale la quale per i pregressi inadempimenti al contratto di vendita con riserva della proprietà (ex art. 1523 c.c.) era tornato di proprietà del cedente.

Vi sono tre distinti dilemmi che si snodano in concreto in maniera differente per ogni crisi di impresa e per ogni fallimento.

⁴⁶ Stefania Pacchi, La riforma del concordato fallimentare: uno sguardo al passato, in Il Concordato fallimentare, a cura di S. Pacchi, Milano, febbraio 2008, p. 4 e 23



Prima Contrapposizione: da un lato vi è l'interesse alla celere emersione delle situazioni di insolvenza e dall'altro alla rapida definizione delle procedure concorsuali; i due aspetti di solito coincidono ma non sempre: ad esempio può essere più rapido un fallimento seguito da concordato fallimentare che una procedura di concordato preventivo.

Seconda contrapposizione: valorizzare ancora, nonostante il dissesto, il vincolo economico impresso ai beni aziendali o giungere ad una loro rapida riallocazione?.

Terza contrapposizione: come contemperare le due funzionalizzazioni delle procedure concorsuali, quella al soddisfacimento dei creditori e quella al risanamento della impresa?

3.4 CONTINUAZIONE ATTIVITÀ DI IMPRESA IN PROCEDURA

Gli amministratori delle società hanno l'onere di evitare *“la⁴⁷ distruzione del patrimonio finanziario ed umano costituito dalle imprese in crisi e dai soggetti con cui interagiscono”* e di valutare se e come continuare l'attività aziendale consapevoli non solo del differente **regime giuridico nel quale si collocano i loro atti a seconda che decidano di avvalersi o meno degli istituti alternativi** alla procedura fallimentare ma anche del fatto che (salvo, appunto, in caso di dichiarazione di fallimento) saranno loro (od i liquidatori all'uopo nominati) a gestire comunque l'impresa la quale rimane *“totalmente⁴⁸ nelle mani dell'imprenditore”* perché persino nel concordato preventivo (la procedura alternativa più invasiva, più soggetta al controllo dell'autorità giudiziari) vi è soltanto uno spossessamento attenuato del debitore. In quest'ottica si afferma che *“gli organi⁴⁹ nominati nella procedura [di concordato preventivo, N.d.R.]... affiancano e non sostituiscono gli organi societari”* sicché, ad esempio, la sorveglianza del Commissario Giudiziale ⁵⁰(ai sensi dell'art. 185 l. fall.) sull'esecuzione del piano e sull'adempimento del concordato preventivo si

⁴⁷ Per comprendere il punto di vista di chi auspica la continuazione dell'attività economica di un'impresa può essere utile rileggere una frase esposta in un recente commento alle norme introdotte nella legge fallimentare con la legge 134/2012 a firma di Silvio Musso, *“La credibilità della continuità aziendale: il ruolo del consulente industriale”*, Milano, 2012, p. 79

⁴⁸ Luciano Panzani, Il concordato in bianco, in *IFALLIMENTARISTA*, 14.09.2012.

⁴⁹ Norme di comportamento del collegio sindacale elaborate dal CNDEC, gennaio 2012, pag. 81

⁵⁰ Tra l'altro la seconda parte dell'art. 185 l. fall. contiene una norma significativa ed utile a ricostruire il sistema degli obblighi informativi tra gli organi del concordato preventivo. Il Commissario Giudiziale deve riferire nel corso dell'esecuzione del piano al Giudice Delegato ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori. Tanto può essere un argomento per ritenere che anche le comunicazioni ex art. 179, II comma, l. fall. inerenti la modifica delle condizioni di fattibilità abbiano come destinatari non solo i creditori ma anche il Tribunale.



affianca alla vigilanza del Collegio Sindacale resa (ai sensi dell'art. 2403 c.c.) nell'interesse dei soci e della società.

Il differente regime giuridico tra gli atti assunti al di fuori delle procedure ex artt. 160 e 182-bis l. fall. e quelli compiuti dopo la loro apertura è oggi (dopo le riforme introdotte con la legge 134/2012) scolpito dall'art. 182-sexies, l. fall. (rubricato “*riduzione o perdita del capitale della società in crisi*”) ai sensi del quale **le società che abbiano perduto il capitale e decidano di entrare in una delle procedure continuano l'attività sociale senza i limiti della gestione conservativa** (art. 2486 c.c. I comma) obbligatoria per gli amministratori⁵¹ prima della messa in liquidazione della società e senza le limitazioni inerenti la mera prosecuzione dell'attività di impresa in caso di autorizzazione a proseguire l'attività economica ai liquidatori da parte dell'assemblea straordinaria (art. 2490, V comma).

Tale nuova disposizione, che sancisce “*l'irrelevanza⁵² della perdita del capitale sociale nei procedimenti di composizione della crisi di impresa*”, recepisce la tesi giurisprudenziale⁵³ secondo la quale la proposizione di una domanda di concordato con continuazione dell'attività economica da parte di un'impresa posta in liquidazione è compatibile con la previsione di cui all'articolo 2489 c.c., il quale limita il potere dei liquidatori agli atti utili per la liquidazione della società, ed anche con la previsione di cui all'articolo 2486 c.c., limitante (in caso di gravi perdite del capitale) i poteri degli amministratori (della società non ancora poste in liquidazione) alla conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale. In pratica, qualora la società in crisi che abbia un patrimonio netto inferiore ai due terzi del capitale⁵⁴, decida di depositare una domanda ex art. 161 l. fall. (od ex art. 182 bis l. fall. od ancora di concordato ex art. 161, VI comma, con riserva di deposito della proposta e del piano) la situazione di erosione dei valori patrimoniali rispetto al capitale⁵⁵ si cristallizza al momento del rilevamento della causa di scioglimento e tale sospensione perdura fino all'omologa della proposta.

⁵¹ Sui limiti ai poteri degli amministratori dopo la perdita del capitale sociale si veda Ilaria Pagni, *Revoca degli amministratori, azioni di responsabilità e tutela del credito*, in *Le Società*, 4/12 pag. 449.

⁵² Filippo Lamanna, *La legge fallimentare dopo il “decreto sviluppo”*, Milano, 2012, pag. 30.

⁵³ Cfr., Tribunale Varese, In IL CASO.it, I, 7747/2012

⁵⁴ Si veda il principio contabile OIC 30 sui bilanci intermedi laddove spiega che: “La perdita di oltre un terzo del capitale si verifica quando le perdite accumulate dalla società, risultanti dalle voci VIII e IX della classe A), Patrimonio netto, del passivo dello stato patrimoniale, al netto delle Riserve (voci da II a VII della medesima classe), superano un terzo del Capitale, oppure – più semplicemente – **quando l'ammontare complessivo del patrimonio netto è inferiore ai due terzi del capitale sociale.**”

⁵⁵ Cfr., Alessandro Munari, *Crisi di Impresa ed autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012, p. 89



Vi è quindi nel corso della procedura una parziale sospensione⁵⁶ dell'operatività delle norme, una deroga al regime codicistico degli obblighi prescritti allorché si verifichi una causa di scioglimento.

Una delle ragioni della novella è rinvenibile nel fatto che proprio l'esdebitazione cui è diretta la procedura concorsuale potrebbe, al suo esito positivo, condurre all'eliminazione definitiva (od al superamento) delle condizioni patrimoniali che avevano imposto la messa in liquidazione della società, che avevano indotto al deposito del ricorso per l'ammissione alla procedura di crisi. In altre parole: *“La sospensione⁵⁷ ...è finalizzata alla riparametrazione della perdita a seguito dell'iter di riduzione del debito”*

Inoltre la prosecuzione dell'attività di impresa durante la procedura concorsuale potrebbe consentire di conseguire ricavi e comunque di conservare i valori intangibili dell'impresa, così tutelandone l'integrità patrimoniale e così consentendole di adempiere alla proposta di concordato preventivo.

3.5 NON SOSPENSIONE DELLA RESPONSABILITÀ

Per comprendere, tuttavia, che il legislatore attraverso la sospensione dell'obbligo di ricapitalizzazione ed attraverso le altre misure protettive mira a conservare la continuità aziendale e non ad introdurre aree di immeritata impunità va osservato: che l'art. 217 bis esclude la responsabilità penale dell'imprenditore e dei creditori per la bancarotta preferenziale e semplice in relazione alle operazioni esecutive dei piani [ex artt. 67, III comma, lett. d), 160 e 182 bis l. fall.] ed ai pagamenti ed alle operazioni di finanziamento autorizzate ex art. 182 quinquies; che permane, ai sensi del secondo comma dell'art. 186-sexies, la responsabilità degli amministratori ex art. 2486 c.c. per le violazioni già compiute dell'obbligo di gestione conservativa del patrimonio; che permangono anche nell'esecuzione dei piani [ex artt. 67, III comma, lett. d), 160 e 182 bis l. fall.] gli obblighi di vigilanza del collegio sindacale (atteso che il nuovo regime sospensivo ex art. 186 l. fall. non ne determina la sospensione⁵⁸).

3.6 MOMENTI DELLA CRISI FONDANTI RESPONSABILITÀ

Nelle *“norme di comportamento del collegio sindacale nella crisi di impresa”* elaborate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili si descrivono attraverso la regola n. 11 tre generi di condotte che si richiede via via di assumere man mano che progredisce la crisi

11.1 (Prevenzione ed emersione della crisi⁵⁹) si sancisce l'**onere di sollecitare gli amministratori** a porre rimedio in ordine a fatti idonei a pregiudicare la continuità dell'impresa.

⁵⁶ Cfr. Renato Rordorf, *i doveri degli amministratori della società in crisi*, Roma, 17 ottobre, Corso CSM, inedito.

⁵⁷ Luciano De Angelis e Cristina Feriozzi, *Le perdite e gli strumenti di soluzione nella crisi di impresa*, Milano 2012, p. 100

⁵⁸ Marcello Pollio, *Il ruolo del collegio sindacale nelle nuove soluzioni per facilitare la continuità aziendale*, Milano, 2012, p. 149



All'uopo si osserva: *“L'esame dell'attuale assetto normativo sulla crisi di impresa e quello delle regole dettate per definire le funzioni del collegio sindacale nell'organizzazione societaria evidenziano una criticità: **non esistono disposizioni che, fungendo da raccordo tra diritto societario e disciplina della crisi di impresa individuino i comportamenti specifici che l'organo è tenuto ad adottare nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza. Di qui l'opportunità di indicare alcuni principi di comportamento che possano orientare l'attività del collegio sindacale, sia in funzione di prevenzione, che in funzione di emersione tempestiva della crisi.**”*

11.2. (Segnalazione all'assemblea e denuncia al tribunale) l'**onere di convocare l'assemblea** qualora l'organo amministrativo non adotti i provvedimenti opportuni e l'**onere di segnalare al tribunale ex art. 2409 c.c. eventuali gravi irregolarità amministrative**;

11.3-4-5 (Vigilanza del collegio sindacale in caso di adozione di un piano [ex artt. 67, III comma, lett. d), 160 e 182 bis l. fall.]) l'**onere di vigilare** su ogni fase dell'attività volta alla risoluzione della crisi.

Alla luce delle nuove disposizioni ex lege 134/2012, potrebbe individuarsi un onere di vigilare:

- a) **sulla sussistenza⁶⁰ del presupposto della continuità aziendale nei piani di risanamento;**
- b) sulla professionalità del redattore del piano;
- c) sulla veridicità dei dati aziendali esposti nel piano;
- d) sulla fattibilità del piano;
- e) sull'adeguatezza del piano rispetto alla crisi dell'impresa;
- f) sull'indipendenza dell'attestatore;
- g) sulle competenze tecniche dell'attestatore;
- h) sul rispetto da parte dell'attestatore delle Linee Guida del CNDEC;
- i) sull'effettivo deposito del piano;
- l) sull'attività dell'impresa nella procedura di concordato preventivo (dal ricorso anche in bianco all'omologa);
- m) sulla fase del pre-concordato preventivo ex art. 161, VI comma, l. fall. ed in particolare sul rispetto degli obblighi informativi imposti dal Tribunale al legale rappresentante nel decreto ex art. 161, comma VII, l. fall. di fissazione di un termine per depositare la proposta ed il piano;**
- n) su eventuali richieste di autorizzazione rivolte al tribunale ex artt. 161, 167, 169, 182 quinquies e sexies e sulle attestazioni all'uopo allegate;
- o) sulle modifiche del piano;
- p) sulla sopravvenuta non fattibilità, anche parziale, del piano;
- q) sull'esecuzione da parte dell'amministratore o del liquidatore dei piani ex artt. ex artt. 67, III comma, lett. d), 160 e 182 bis l. fall..

⁵⁹ Commento della commissione del CNDEC alla norma n. 11.1.

⁶⁰ Marcello Pollio, *Il ruolo del collegio sindacale nelle nuove soluzioni per facilitare la continuità aziendale*, Milano, 2012, p. 149

Il non corretto utilizzo delle procedure di risanamento espone quindi il collegio sindacale alla tipica responsabilità per *culpa in vigilando*.

Ma ancora più saliente è la disamina compiuta da attenta dottrina⁶¹ della posizione degli amministratori e del loro obbligo ex art. 2381, III e V comma, c.c., di curare l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società rispetto al suo scopo sociale ed alle sue dimensioni. In quest'ottica gli amministratori potrebbero essere considerati responsabili di aver cagionato od aggravato la crisi dell'impresa qualora ne fosse causa l'inadeguatezza o gestionale o organizzativa o amministrativa o contabile.

3.7 ABUSO DELLA PROCEDURA DI CRISI

Nella realtà non si può riscontrare la famosa⁶² contrapposizione tra la condotta di chi (*onesto e sfortunato*⁶³) gestisce un'azienda in crisi al fine di risanarla, anche attraverso strumenti concorsuali, e quella di colui (*callido e da sanzionare*) il quale si limita a condurre un'impresa all'applicazione di una procedura liquidatoria. Tale schematizzazione porterebbe a descrivere un imprenditore adamantino⁶⁴ che responsabilmente rileva con tempestività l'esistenza della crisi e

⁶¹ Cfr. Renato Rordorf, *i doveri degli amministratori della società in crisi*, Roma, 17 ottobre, Corso CSM, inedito.

⁶² Enrico Cavalieri, *La riforma del diritto delle crisi d'impresa: aspetti di natura economico-aziendale*, Rivista italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale, gennaio e febbraio 2004, n. 1 e 2

⁶³ Il concordato preventivo era, in estrema sintesi, considerato in dottrina un beneficio attribuito all'imprenditore onesto ma sfortunato, sull'orlo del fallimento per evitarne la relativa dichiarazione.

Tale concezione va però oggi ripresa nella sua esatta portata giurisprudenziale per comprendere i limiti nei quali aveva **rilevanza la correttezza professionale di tutte le parti processuali via via coinvolte nella gestione dell'impresa in crisi**, aveva rilevanza discernere le condotte sintomo di una gestione dell'impresa inadeguata al beneficio richiesto (cfr. Cass. n. 4407/1988).

All'uopo si rilegga Cass. Civ., Sez. 1, n. 2972/2006 in cui si tratta, all'indomani delle prime riforme, un concordato preventivo vecchio rito e si afferma: "*Ai fini dell'omologazione del concordato preventivo, la verifica in ordine al requisito della "meritevolezza" posto dall'art. 181 n. 4, della legge fall. postula una valutazione delle cause del dissesto e della condotta del debitore, la quale, in assenza di ulteriore precisazione, dev'essere esaminata nell'ottica di un apprezzamento positivo della sua correttezza non tanto morale, quanto professionale, che non può essere esclusa qualora si riscontrino errori di gestione o comportamenti non immuni da critiche; l'aspetto etico dev'essere preso in considerazione soltanto nella misura in cui determini un ragionevole dubbio in ordine alla correttezza tecnico-professionale dell'imprenditore, occorrendo verificare caso per caso e con prudente apprezzamento se egli, per le qualità espresse nella sua gestione, che non possono essere ricondotte soltanto ad onestà e probità, possa accedere al beneficio.*"

⁶⁴ L'esperienza concreta conferma l'osservazione resa all'indomani della prima riforma da Massimo Ferro, I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela



pone in essere tutte le misure necessarie alla sopravvivenza dell'organizzazione produttiva e dall'altra quella, per così dire cialtronesca, di chi distrugge le ultime risorse dell'impresa e riduce ulteriormente la garanzia patrimoniale dei suoi creditori.

Dalla disamina della giurisprudenza di merito inerente l'interruzione del concordato preventivo emergono, invece, tante situazioni di abuso del diritto di ricorrere alle misure alternative al fallimento.

La mancanza fino al settembre 2012 di garanzie e guarentigie poste a salvaguardia della terzietà dell'attestatore ha avuto gravi ripercussioni anche sulla ricostruzione sistematica delle procedure concorsuali del diritto della crisi di impresa atteso che fino ad oggi i commissari giudiziari non hanno considerato gli attestatori come tecnici che hanno prima di loro compiuto valutazioni, ma come dei soggetti ibridi i quali non si sono limitati ad esaminare un piano già redatto ma hanno contribuito (almeno in parte) a redigerlo. Oggi invece si dovrebbe, proprio a seguito della novella del 2012, iniziare un nuovo dialogo tra attestatore indipendente e commissario giudiziale.

3.8 DEGLI ABUSI E DEI RIMEDI

Nel decreto di inammissibilità n. 17/2014 iscritto a seguito del ricorso ex art. 161, comma sesto L. Fall si affronta la tematica dell'abuso da procedura di crisi: **Il ricorso, ai sensi dell'art. 161, comma sesto, per la concessione di un termine per il deposito del piano e della domanda va dichiarato, senza audizione del debitore, inammissibile perché costui ha già chiesto ed ottenuto che il Tribunale di Salerno con il decreto in data 28 maggio 2013, n. 1/13 R. Accordi e 2604/113 cron. sospendesse le azioni cautelari ed esecutive ai sensi dell'art. 182 bis, comma 6 l. fall.** ed ha poi chiesto ed ottenuto che il Tribunale di Salerno con il decreto n. 1/13 R. Accordi e 4140/113 cron. in data 8 ottobre 2013 omologasse il fascio di accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 bis l. fall..

In merito è agevole il prendere atto che si verte in una situazione del tutto analoga a quella espressamente disciplinata dal comma nove dell'art. 161 l. fall. laddove commina l'inammissibilità alla domanda di concordato con riserva presentata da un debitore che nei due anni precedenti abbia presentato altra domanda ai sensi del comma sesto alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Le due fattispecie, una regolata dal legislatore al comma nove dell'art. 161 l. fall., l'altra già usufruita dal ricorrente ai sensi del comma sesto dell'art. 182 bis l. fall. sono **entrambe caratterizzate dalla concessione, in via eccezionale, della sospensione delle azioni cautelari ed esecutive.** Agevole poi l'annotare che in realtà sono molteplici le situazioni non espressamente disciplinate caratterizzate

giudiziarie delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2005, 5, p. 587-600: "É però in agguato una **soluzione insistentemente acausale della difficoltà d'impresa** che rischia di traghettare al suo salvataggio anche imprenditori sleali e deliberatamente artefici delle insolvenze, soprattutto verso creditori istituzionali (fisco, previdenza) o involontari (danneggiati da attività produttive pericolose)."



dalla già avvenuta usufruizione dell'ombrello protettivo. A ben vedere infatti non può essere concesso tanto a chi nei due anni (precedenti al ricorso) dopo avere presentato un'istanza abbia ottenuto il decreto ai sensi dell'art. 182 bis, comma 6 non abbia poi depositato l'accordo quanto a chi ottenuto il decreto di sospensione abbia poi visto omologare l'accordo di ristrutturazione e non vi abbia poi adempiuto.

(...)

Tutto quanto fin qui osservato rende evidente (cfr. anche Tribunale Forlì, 15/03/2013 n. 18 in tema di deposito di un nuovo ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo con riserva di presentazione della proposta e del piano, ai sensi dell'art. 161, 6° c., l. fall.) che, **per espressa indicazione del legislatore, una domanda di concordato con riserva è certamente inammissibile qualora sia stata preceduta da un'altra domanda di concordato con riserva presentata con esito infruttuoso** e che restano non disciplinate altre evenienze tra cui quella che la domanda ex art. 161 comma sesto segua una domanda concordataria (o di accordo) che abbia palesato fin dall'origine il proprio contenuto e quella che segua un accordo di ristrutturazione omologato preceduto da una fase di sospensione cautelare ex art. 182 bis, comma sesto, l. fall..

Si tratta di comprendere se sia possibile per l'imprenditore che si trovi in uno stato di crisi reiterare susseguenti domande di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione e se in tale contesto possa chiedere più sospensioni delle facoltà dei creditori.

Il problema (come si osserva nella motivazione del citato provvedimento reso dal Tribunale di Tribunale Forlì, 15/03/2013 n. 18) non può che essere affrontato facendo riferimento all'istituto dell'abuso del diritto, inteso quale "*utilizzazione alterata dello schema formale giuridico destinata al perseguimento di finalità diverse rispetto a quelle indicate dal legislatore*", e cercando di valutare se "*il debitore e i creditori tentino di lucrare dagli strumenti dell'ordinamento giuridico effetti che eccedano dallo schema legale utilizzato*".

Si deve infatti ritenere che l'imprenditore in stato di crisi non possa godere reiteratamente degli effetti prenotativi della presentazione dei ricorsi bloccando *ad libitum* le iniziative dei creditori.

In linea teorica va condivisa, invece, la tesi giurisprudenziale esposta nel già citato provvedimento secondo la quale con riferimento al ricorso di concordato senza riserva e con deposito del piano andrà verificato se in concreto il nuovo piano si differenzi da quello omologato e non attuato. Infatti *certamente non corrisponde a un interesse né dell'ordinamento, nel cui ambito anche al procedimento fallimentare deve essere assicurata una ragionevole durata, né del ceto creditorio perdere tempo a esaminare successive proposte concordatarie che abbiano identico contenuto, si differenzino per aspetti del tutto marginali e siano inidonee a mutare in concreto il quadro, giuridico e/o economico, già qualificato come inadeguato o insoddisfacente o non attuato.*



Per contro, in assenza di un piano, il concedere una seconda sospensione delle attività esecutive e cautelari dei creditori (seppure in base ad una differente norma, ieri l'art. 182 bis comma sesto, l. fall. oggi l'art. 161, comma sesto, l. fall.) non persegue alcun interesse sostanziale perché il debitore ha già conoscenza della sua situazione economica e finanziaria da anni, è già stato assistito per anni dai professionisti incaricati, ha già redatto un piano che oggi dice essere inattuabile. Anzi la sua istanza di concordato preventivo con riserva del deposito del piano e della nuova proposta ai creditori costituisce un chiaro abuso dello strumento processuale a disposizione dell'imprenditore in crisi per altre finalità, costituisce una palese violazione dei principi di lealtà processuale previsto dall'art. 88 c.p.c. e del giusto e sollecito processo stabilito dall'art. 111 Cost. e va senz'alcun dubbio dichiarato inammissibile, ex art 162 L. Fall., senza necessità di audizione del ricorrente.



4. NATURA ED EFFETTI DEGLI ACCORDI ORDINARI

4.1 PRESUPPOSTI

Pare, ora, il caso quindi di prendere le mosse da una rilettura della norma così come è adesso vigente per enuclearne i presupposti applicativi.

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

In sintesi all'imprenditore in stato di crisi è attribuita la facoltà di richiedere al Tribunale di omologare un accordo raggiunto con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti.

Nel 2015 restano immutati gli elementi caratterizzanti la fattispecie degli a.d.r. ordinari che sono: l'imprenditore, lo stato di crisi, la percentuale del 60% dei crediti, l'accordo e l'attestazione della veridicità delle scritture contabili e dell'attuabilità dell'accordo.

Tali elementi rimasti immutati vanno esaminati prima dei nuovi elementi di cui all'art. 182 sexies l. fall. perché questa norma **integra in specifici casi la disciplina ordinaria**.

Inoltre l'esame dell'istituto è qui compiuto per descrivere dettagliatamente: **effetti** della mera pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese; effetti connessi alle autorizzazioni giudiziali; effetti derivanti dall'omologazione.

4.2 ELEMENTI DA VAGLIARE IN SEDE DI OMOLOGA

Schematicamente questi sono i presupposti la cui sussistenza è da vagliare:

- Imprenditore commerciale fallibile od agricolo
- Stato di crisi
- 60 % dei crediti
- Accordo
- Autonomia dell'attestatore
- Attestazione dell'accordo
- Omologa con effetto di sostituzione per gli aderenti dell'originaria utilità con quella specifica indicata nell'accordo (con modifica assoluta o solo nelle modalità o solo nei tempi);
- Permanere del titolo per i non aderenti



4.3 CONTRATTO DAL 2005 NOMINATO MA AFUNZIONALE

Come osserva attenta dottrina⁶⁵ ora il 182 bis è un contratto nominato il cui “*nomen iuris* « ristrutturazione dei debiti » **lascia intendere che si è in presenza di una modifica dei debiti d’impresa, integrante regolazione del tempo e delle modalità di soddisfazione delle pretese creditorie.**”

Quindi⁶⁶, in presenza di un nome “**ristrutturazione**” che sembra indicare⁶⁷ qualcosa che va bene al di là di una modifica del debito riguardante le modalità di sua attuazione (specie temporali), in assenza di una finalità di continuazione dell’impresa, in assenza di una precisazione indicazione normativa di tipo contenutistico, la modifica dell’originaria obbligazione potrà concretizzarsi nei modi più svariati: differimento del termine di scadenza dei debiti, cessioni del credito in luogo dell’adempimento, *datio in solutum*, *pacta ut minus solvatur*, creazione di nuove obbligazioni, costituzione di garanzie, impegno alla stipulazione di nuovi negozi in attuazione dell’accordo di ristrutturazione, costituzione di una società *newco* (con la funzione di esigere e gestire i crediti del debitore, al fine di ripartire il ricavato fra i creditori).

4.4 VARIABILITÀ SOGGETTIVA

“*Quanto*⁶⁸ *all’aspetto soggettivo della figura considerata, si caratterizza per una certa variabilità, atteso che il sessanta per cento dei crediti può essere raggiunto da un solo creditore, così come, verosimilmente, da una pluralità di creditori*”.

4.5 EFFETTI NEI CONFRONTI DI TERZI

In un recente contributo⁶⁹ si è osservato che i correttivi via via introdotti nel tessuto degli accordi di ristrutturazione ne “*accregono la dimensione collettiva nel senso di considerare il ceto creditorio come una collettività organizzata*” perché rendono gli a.d.r. idonei a determinare i seguenti **effetti legali**:

1. esenzione dei pagamenti e delle ulteriori operazioni compiuti in esecuzione dell'accordo dall'azione revocatoria, secondo quanto già previsto nell'ambito della riforma di cui alla l. 14 maggio 2005, n. 80;
2. esenzione dai reati di bancarotta con riguardo a pagamenti e operazioni compiuti in esecuzione dell'accordo, in forza delle novità introdotte con la l. 30 luglio 2010, n. 122;

⁶⁵ Luigi Follieri, *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel « prisma » del contratto*, in contratto ed impresa, 2015 pag. 1099

⁶⁶ Cfr., Luigi Follieri, *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel « prisma » del contratto*, in contratto ed impresa, 2015 pag. 1099 e le opinioni ivi riprese.

⁶⁷ Cfr., C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2006, p. 129.

⁶⁸ Cfr., Luigi Follieri, *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel « prisma » del contratto*, in contratto ed impresa, 2015 pag. 1099 e le opinioni ivi riprese.

⁶⁹ Remo Tarolli, *I contratti per la ristrutturazione dei debiti*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.4, 2014, pag. 789.



3. previsione del differimento del termine di adempimento, pari a 120 giorni, per il pagamento dei creditori estranei;
4. inibitoria, seppur provvisoria (60 giorni a decorrere dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese), nei confronti di tutti i creditori delle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio della società debitrice ;
5. natura prededucibile, a seguito delle novelle del 2010 e del 2012, dei finanziamenti ex artt. 182 *quater* e *quinquies*;
6. possibilità, previa autorizzazione del Tribunale, di pagare crediti anche anteriori per prestazioni di beni e servizi, quando ciò possa assicurare la migliore soddisfazione dei creditori (intesi come collettività).

4.6 PERMANERE DEL TITOLO DEI NON ADERENTI ORDINARI

Va precisato⁷⁰ che oggi l'a.d.r. continua a non produrre effetti nei confronti dei creditori estranei perché solo per gli estranei finanziari (nei casi ex art. 182 septies l. fall.) **si è previsto che sia sufficiente che siano soddisfatti in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.**

4.7 DECRETO-LEGGE 14 MARZO 2005, N. 35

L'articolo 182 bis l. fall. è introdotto, con effetto dal 17 marzo 2005, dal Decreto Legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge con modificazioni dalla Legge 14 maggio 2005, n. 80, pubblicata nella Gazz. Uff. n. 111 del 14 maggio 2005 – S.O. n. 91.

4.8 RAGIONE DELL'INTRODUZIONE DEGLI A.D.R.

“Nell'intento⁷¹ di favorire la composizione negoziale della crisi, conformemente al principio di sussidiarietà orizzontale, il legislatore ha attribuito proprio ai soggetti direttamente coinvolti dal dissesto il potere di definire accordi di ristrutturazione volti al suo superamento. L'introduzione dell'istituto segna dunque un arretramento della competenza pubblicistica nella gestione della crisi di impresa a favore dell'autonomia privata e ciò nel convincimento che le determinazioni più efficienti siano quelle assunte al livello più vicino agli interessati”.

⁷⁰ Cfr., Vittorio Giorgi, *Poteri del giudice nell'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del debito*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2015, pag. 386

⁷¹ Maria Pia Pignalosa, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e creditori non aderenti*, in A.A. V.V., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, II vol., a cura di Mario Nuzzo, Giappichelli, 2014



4.9 NATURA PRIVATISTICA DEGLI ACCORDI

In merito alla natura degli accordi di ristrutturazione va ora riletta la decisione del Tribunale di Bologna 17.11.2011 in www.ilcaso.it perché fotografa la **situazione normativa iniziale:**

L'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182 bis, legge fallimentare ha natura esclusivamente privatistica e non può essere assimilato a nessuna delle procedure che regolano la soluzione dei conflitti aperti dal concorso dei creditori. L'istituto in questione, pertanto, non solo è del tutto indipendente dal concordato preventivo ma neppure può essere inquadrato nel genus delle procedure concorsuali in quanto:

- i) **non prevede una fase di ammissibilità** e, dunque, la pronuncia di un provvedimento di apertura di una procedura o la nomina di organi concorsuali;*
- ii) **non realizza alcuna forma di spossessamento e di limitazione dei poteri di direzione e gestione dell'attività dell'impresa**, i quali rimangono sottratti anche ad un regime meramente autorizzatorio, così come rimane libera anche la fase esecutiva;*
- iii) **vincola, in applicazione di principi di natura contrattuale, soltanto i creditori aderenti** e non comporta l'applicazione del principio di concorsualità sistemizzata tipico delle procedure concorsuali vere e proprie, con la conseguenza che i creditori non aderenti sono comunque liberi di aggredire ed escutere il patrimonio del debitore anche dopo l'omologazione dell'accordo e le parti contraenti sono libere di prevedere trattamenti diversificati tra creditori di pari rango anche in assenza di omogeneità giuridica e di interessi economici;*
- iv) **può comportare la alterazione delle cause legittime di prelazione** con l'ulteriore conseguenza che ai crediti che nascono dopo l'omologazione degli accordi di ristrutturazione non è di regola applicabile il regime della prededuzione.*

In dottrina⁷², analogamente, si afferma che un'interpretazione degli a.d.r. « in chiave tutta *procedimentale*, significherebbe ammettere che il potere del debitore, di fuoriuscire dalla crisi, altro limite non incontra che il rispetto di un “corretto” procedimento. Sarebbe veramente un po' poco trattandosi di una ri-definizione dei rapporti sostanziali di debito – credito, con effetti riflessi anche su soggetti estranei all'accordo! ».

4.10 DISCIPLINA AUTONOMA

Va poi riletta una storica definizione giurisprudenziale resa dal Tribunale di Milano il 24 gennaio 2007:

⁷² Adolfo di Majo, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis L. Fall.*, nota a Trib. Roma, 5 novembre 2009, in *Corr. giur.*, 2010, p. 250,



Gli accordi di ristrutturazione integrano un autonomo istituto giuridico per nulla assimilabile ad un mero concordato semplificato. Infatti l'assenza di effetti remissori per i creditori dissenzienti (o semplicemente non aderenti al piano) e la necessità che i separati accordi con i creditori portanti almeno il 60% del debito complessivo siano raggiunti dalla impresa ricorrente nella fase endoprocessuale, come presupposto per l'inizio del giudizio di omologa, rendono l'istituto stesso assimilabile al pactum de non petendo e per la pluralità di parti, ad un negozio di diritto privato classificabile come contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria. Ne consegue che non sono applicabili neppure in via analogica all'istituto in esame le norme che regolano il concordato preventivo, norme contenute in una legge speciale e quindi non suscettibili di avere efficacia oltre l'alveo normativo che le ha disegnate.



5. I TRATTI TIPICI NEL TESTO ORIGINARIO

5.1 ESAME DELLE FACOLTÀ VIA VIA AGGIUNTE

Pare più semplice descrivere l'istituto partendo dal testo originario per mettere in luce le modifiche via via introdotte nel corso di questi dieci anni per poi giungere al septies, norma integrativa del 182 bis l. fall. perché così operando sarà facile soffermarsi sul novero sempre maggiore di facoltà offerte dall'ordinamento all'imprenditore in crisi.

5.2 TESTO 2005

Art. 182-bis Accordi di ristrutturazione dei debiti

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

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

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

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

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

5.3 EFFETTI TIPICI ED ORIGINARI

Due gli effetti tipici originari principali, uno contrattuale ed uno legale ma eventuale.

Come già ricordato l'**effetto tipico contrattuale è la ristrutturazione dei debiti dei contraenti vale a dire la sostituzione per gli aderenti dell'originaria utilità con quella specifica indicata nell'accordo (con modifica assoluta o solo nelle modalità o solo nei tempi).**

A ciò si aggiunge fin dal 2005 l'**effetto tipico legale**

“Gli atti, i pagamenti e le garanzie astrattamente revocabili ai sensi dell'art. 67, commi 1 e 2, R.D. 267/1942 diventano intangibili se posti in essere in attuazione di un concordato preventivo o di un accordo omologato di ristrutturazione dei debiti avendo il legislatore introdotto al terzo comma del citato articolo una ipotesi di esenzione privilegiando la continuità aziendale e il salvataggio delle imprese in crisi rispetto alla par condicio creditorum”.

Tale affermazione si rinviene nella sentenza del Tribunale di Salerno n. 4928 del 21.10.2014 resa in materia di revocatoria fallimentare.



L'esenzione dall'azione revocatoria prevista dall'art. 67 l. fall., incidendo sul rischio da revocatoria, evitando ai creditori future iniziative giudiziali dirette a ricostituire, in loro danno, il patrimonio del debitore nell'ipotesi di un suo sopravvenuto fallimento, consentono all'attualità all'imprenditore di proporre concordati preventivi ed accordi di ristrutturazione che conservino i mezzi organizzativi delle imprese in stato di crisi.

5.4 PRIMO EFFETTO TIPICO LEGALE: ESENZIONE DALLA REVOCATORIA

Autorevole dottrina⁷³ osserva che l'evoluzione normativa degli a.d.r. può spiegarsi come una **progressiva introduzione di effetti legali accanto agli effetti negoziali che l'accordo di ristrutturazione è suscettibile di produrre.**

Va rammentato, in quest'ottica, che dal 2005 l'art. 67, comma 3, lett. e) l. fall. prevede come primo effetto legale erga omnes degli a.d.r. omologati che gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in essere in esecuzione di un accordo di ristrutturazione omologato sono esenti da revocatoria in caso di successivo fallimento.

5.5 ESENZIONE REVOCATORIA SOLO PER GLI ATTI DEL PIANO

In dottrina⁷⁴ si pone la tematica dell'estensione del beneficio dell'esenzione dall'azione revocatoria prevista dall'art. 67, comma 3, lett. e), anche ai creditori non aderenti.

Sul punto, riconosciuta la natura negoziale dell'accordo, affermato che l'accordo non può modificare i diritti dei terzi estranei, ne deriva che i pagamenti ai non aderenti non possono considerarsi atti esecutivi di quell'accordo perché lo stesso non ha nei loro confronti alcuna valenza dispositiva. **I pagamenti ai non aderenti sono atti esecutivi degli originari titoli costitutivi e non già dell'accordo.**

Infatti è stata disposta soltanto l'esclusione della revocatoria delle operazioni di ristrutturazione del debito (atti, pagamenti, concessione garanzie) posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato ex art. 182 bis l. fall. poste in essere dal solo debitore.

5.6 PRESUPPOSTO SOGGETTIVO: IMPRENDITORE COMMERCIALE

Nel testo originario dell'art. 182-bis il riferimento era al "debitore", termine poi sostituito da quello di "imprenditore in stato di crisi" dal decreto correttivo del 2007.

Dunque, con la precisazione operata dal decreto correttivo, con l'introduzione della disciplina speciale del sovraindebitamento cade ogni dubbio sulla possibilità di riservare il ricorso agli accordi di ristrutturazione anche al debitore "civile".

⁷³ Maria Pia Pignalosa, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e creditori non aderenti*, in A.A. V.V., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, II vol., a cura di Mario Nuzzo, Giappichelli, 2014

⁷⁴ Maria Pia Pignalosa, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e creditori non aderenti*, in A.A. V.V., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, II vol., a cura di Mario Nuzzo, Giappichelli, 2014



Con il d.l. 6 luglio 2011, n. 89 l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti **è esteso all'imprenditore agricolo** (così come la transazione fiscale).

5.7 PATRIMONIO SEPARATO

Va rammentato che con decreto in data 3.12.15 il tribunale di Milano ha accolto l'istanza di sospensione presentata, ai sensi dell'art. 182-bis, comma 6, l.fall., da una SGR, *“in qualità di Società di Gestione del Fondo Comune di Investimento immobiliare di tipo chiuso”*. In merito attenta dottrina⁷⁵ osserva che la proposta di accordo *“non è stata presentata dalla SGR con riguardo ai rapporti giuridici intercorrenti con i propri creditori diretti (cioè, si potrebbe dire, “in proprio”), bensì, come detto, “in qualità di Società di Gestione del Fondo...”, cioè con riguardo ai rapporti giuridici posti in essere nell'esercizio dell'attività gestoria di uno specifico Fondo Comune di Investimento Immobiliare di tipo chiuso”*.

Tale autore, nel precisare che gli a.d.r. possono applicarsi alle s.g.r. perché non sono una procedura concorsuale, aggiunge che, più in generale, sussistono tanto il presupposto soggettivo (soggetto di diritto – la SGR - avente la qualità di *“imprenditore”*), quanto il presupposto oggettivo (*“stato di crisi”*), e che nulla impedisce che il soggetto titolare di più patrimoni separati stipuli un a.d.r. solo per uno di essi e con riguardo soltanto ai rapporti giuridici facenti capo al patrimonio separato in crisi

5.8 ISCRIZIONE AL REGISTRO DELLE IMPRESE

Il secondo comma nella versione in vigore dal 2007 dell'art. 182 bis dispone che:

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

A parere dello scrivente il ricorso di un **imprenditore irregolare** sarebbe dichiarato inammissibile perché non pubblicato nel registro delle imprese.

5.9 PRESUPPOSTO OGGETTIVO

Da un punto di vista economico si può individuare lo stato di **crisi** allorché la gestione aziendale non è più economica per il verificarsi di squilibrio e di inefficienze.

Si tratta comunque di un fenomeno economico determinato da fattori del tutto variabili ed eterogenei sicché la causa può essere qualificata come: **Esogena** (matrice rinvenuta all'esterno dell'impresa); **Endogena** (matrice rinvenuta all'interno dell'impresa); **Finanziaria** (problematica rapporti debito – credito); **Economica** (collocazione dell'impresa sul mercato).

A seconda della gravità la crisi può essere **reversibile o irreversibile**

Sono ritenute sintomi dello stato di crisi: lo squilibrio finanziario; l'interruzione del credito bancario; la mancanza di liquidità; le difficoltà economiche di clienti e/o fornitori; la mancanza di pagamenti da parte di clienti; impedimenti di carattere produttivo; l'eccedenza del passivo contabile rispetto all'attivo.

⁷⁵ S. Bonfatti, *“Accordo di ristrutturazione” ex art 182 – bis l. fall. e fondi comuni di investimento immobiliari*, in Riv. dir. banc., dirittobancario.it, 22, 2015



Concreta il concetto di crisi anche il "rischio di insolvenza", situazione, questa, che si verifica quando l'imprenditore, pur potendo adempiere i debiti scaduti, preveda che **non sarà in grado di adempiere ai debiti di prossima scadenza**.

A livello normativo è agevole il prendere le mosse ricordando che lo "stato di crisi" comprende⁷⁶ - ai sensi del nuovo comma secondo dell'art. 160 l. fall. divenuto con il correttivo terzo comma - anche l'insolvenza⁷⁷. Tuttavia, in un contesto nel quale si è superata la concezione autoritaria⁷⁸ delle procedure concorsuali (presente nella legislazione del 1942), in un contesto nel quale all'art. 5 della legge fallimentare vi è la definizione giuridica dello stato di insolvenza⁷⁹, continua a manca una definizione legislativa⁸⁰ dello "stato di crisi" quando sarebbe auspicabile una individuazione normativa della soglia minima di crisi⁸¹.

Come già ricordato sono mutate le condizioni di ammissibilità alla procedura, si è anticipata la soglia d'ingresso consentendo di presentare la domanda di concordato preventivo anche all'impresa in stato di crisi, anche all'impresa che non sia ancora inadempiente, che non possa più conseguire il proprio oggetto

⁷⁶ Nel periodo intermedio si era dubitato che le imprese insolventi potessero essere ammesse alla procedura, Cfr., Trib. Treviso, decreto 22.7.05.

⁷⁷ Va riletta una delle ultime decisioni della Suprema Corte - Cass. I, 2007, n. 16215 - attinenti la vecchia procedura di concordato preventivo laddove applica due consolidate statuizioni giurisprudenziali. Si veda, appunto laddove ricorda che nel vecchio rito "*Il presupposto oggettivo dello stato di insolvenza non si differenzia nella procedura di concordato preventivo e in quella di fallimento se non sotto il profilo ... che nel concordato l'insolvenza non deve essere tale da impedire una prognosi favorevole in ordine al pagamento dei creditori almeno nei tempi e nelle misure minime previste dalla legge*" e che "*in ipotesi di fallimento dichiarato ex art. 173 l. fall. non è necessaria l'indagine sulla sussistenza dello stato di insolvenza, presupponendolo già l'ammissione alla procedura di concordato (atteso che, ndr.) l'insolvenza è uguale a quella richiesta per il fallimento*". Vedremo che è oggi controverso se nel decreto di ammissione il giudice di merito debba accertare e dichiarare la sussistenza di un mero stato di crisi o di una conclamata insolvenza.

⁷⁸ "... il fallimento ha un duplice aspetto, per un verso è sanzione personale e per un verso è una esecuzione collettiva", F. FERRARA, "Il Fallimento", Milano 1974, prefazione.

⁷⁹ Nella giurisprudenza della Corte di Cassazione lo stato di insolvenza è descritto come una "...situazione di impotenza, strutturale e non soltanto transitoria, della Società (omissis) a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni a seguito, quantomeno, della carenza delle condizioni di liquidità necessaria allo svolgimento della attività di impresa ..." (Cass. I, 04.03.2005 n. 4789).

⁸⁰ Ad esempio il progetto di legge fallimentare elaborato dalla speciale Commissione istituita con D. M. 27.2.2004, nell'art. 2 definiva lo stato di crisi come "*la situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza*".

⁸¹ L'accertamento della sussistenza del presupposto oggettivo resta ovviamente uno dei controlli di merito che al giudice non si può ritenere che sia stato sottratto.



sociale ed anche all'impresa che non abbia ancora eroso il suo patrimonio e quindi la garanzia dei creditori.

Forse la mancanza di una definizione legislativa deriva proprio dall'inconciliabilità tra **l'impostazione classica presente nella dottrina, la quale elabora l'insolvenza in chiave giuridica incentrandola sulla figura del debitore e contrapponendola all'inadempimento**⁸², e la nuova teorica dello stato di crisi concepita dal legislatore in un'ottica prevalentemente economica ed individuabile, in un'alterazione dello stato di equilibrio economico, e/o finanziario e/o patrimoniale dell'impresa⁸³.

Preso atto di questa dissonanza, si potrebbe descrivere lo stato di crisi minimo al di là del quale non può esservi ammissione alla procedura di concordato preventivo come quella situazione nella quale, pur non essendovi inadempimenti, pur non essendosi verificati quei fatti descritti dalla giurisprudenza come indiziari dello stato di insolvenza⁸⁴, pur non essendovi l'impotenza dell'imprenditore a soddisfare le proprie obbligazioni vi è un affanno economico finanziario così profondo, così strutturale da rendere impossibile la prosecuzione della normale attività economica, da rendere probabile, qualora non si intervenga, l'insorgenza dello stato di insolvenza.

Altri autori⁸⁵ hanno individuato lo stato di crisi in una situazione nella quale il debitore è in grado di adempiere ai debiti scaduti ma è probabile che non sia in grado di adempiere a quelli che scadranno oppure più semplicemente

⁸² Cfr., . F. CARNELUTTI, *Natura del processo fallimentare*, Riv. dir. proc. civ. 1937, I, p. 216 ss laddove **il concetto di insolvenza è rappresentato dal debitore che vorrebbe dare ma non ha, a differenza dell'inadempimento nel quale il debitore ha e non vuole dare**. Meno inconciliabile è la contrapposizione con la definizione giurisprudenziale di insolvenza, più ancorata alla dinamica dell'impresa, atteso che l'insolvenza consiste nella mancanza di liquidità e di credito che impedisce, in modo irreversibile, al debitore di far fronte alle proprie obbligazioni scadute e non.

⁸³ Cfr., A. PATTI, in *Il Fallimento*, 1/2002, p. 5 ss.

⁸⁴ Tra i **sintomi dell'insolvenza**, tra gli altri fatti che, a norma dell'art. 5 della legge fallimentare, si possono mostrare rivelatori dell'impotenza dell'imprenditore a soddisfare le proprie obbligazioni sono stati in giurisprudenza individuati anche i seguenti: la cessazione dell'attività produttiva; - l'abbandono della sede sociale; - l'irreperibilità e la latitanza dell'imprenditore; - la pluralità degli inadempimenti; - l'entità degli inadempimenti; - il perdurare nel tempo degli inadempimenti; - l'intervenuta levata nell'ultimo anno di protesti per importi significativi; - l'effettuazione di pagamenti anomali vale a dire non attraverso la tempestiva consegna di somme di denaro e/o di titoli di credito regolarmente datati ma, ad esempio, attraverso la sistematica emissione di titoli di credito post-datati, la cessione come corrispettivo di altri beni, il pagamento ritardato nel tempo; - la contrazione di ulteriori debiti ad elevato tasso di interesse; - la cessione parziale o totale dell'azienda; - la cessione dei beni strumentali; - l'avvenuto espletamento con esito negativo di una procedura esecutiva individuale; - l'eccedenza del passivo sull'attivo patrimoniale; - la diminuzione fraudolenta dell'attivo.

⁸⁵ Cfr., L. MANDRIOLI, "Il concordato preventivo e la transazione fiscale", in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di Bonfatti-Panzani, Milano 2008, 667



nell'insolvenza reversibile e nella difficoltà ad adempiere i propri debiti allorché rischi di produrre un dissesto. In dottrina, valorizzando apporti delle scienze economiche ed aziendalistiche, si è posta l'attenzione sul carattere progressivo della crisi, individuando le situazioni di mero declino caratterizzate soltanto da una mera perdita di valore, quelle di crisi acuta caratterizzate da tensioni finanziarie contrapponendole alle fasi dell'insolvenza e del dissesto; si sono inoltre suddivise le crisi in reversibili ed irreversibili oltre, poi, a soffermarsi sull'individuazione di cause endogene all'impresa in crisi e contraccolpi derivanti dal mercato o da altre crisi industriali.

Resta il fatto che lo stato di crisi pre-insolvenza è un dato economico è che è l'imprenditore ad avere l'onere di dimostrarne la sussistenza provando di trovarsi in una situazione così grave da consentire di essere ammesso al concordato preventivo anche in assenza dei sintomi dell'insolvenza.

5.10 FORMA SCRITTA

La mera lettura delle norme rende evidente che il ricorso da presentare al Tribunale Fallimentare debba avere forma scritta e che l'accordo o gli accordi raggiunti con i diversi creditori debbano avere anch'essi forma scritta⁸⁶.

5.11 PIANO DELL'IMPRESA

Il piano deve essere un atto del tutto distinto dagli accordi e deve essere redatto dall'imprenditore o dai suoi consulenti, interni od esterni.

Sarebbe opportuno che sia firmato dagli *advisor* che lo hanno redatto.

Il piano è l'illustrazione tecnico e numerica della ristrutturazione proposta ai creditori

5.12 DOCUMENTO AUTONOMO E NECESSARIO

Seppure⁸⁷ l'art. 182 bis si limiti a richiamare gli accordi, secondo questo Tribunale – a differenza di quasi tutti gli altri che non intervengono su questo aspetto si formale ma non troppo perché attiene alla chiarezza e precisione della proposta resa dall'imprenditore - va allegato al ricorso il piano finanziario e/o industriale, il quale è in quest'ottica è un atto distinto.

L'orientamento riecheggia l'insegnamento di autorevole dottrina⁸⁸ che distingue ricorso, piano e proposta di soddisfazione dei creditori.

5.13 RELAZIONE REDATTA DA UN PROFESSIONISTA

Il piano sarà dichiarato inammissibile in caso di mancato deposito in allegato di una relazione redatta da un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua

⁸⁶ Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, 479; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, 608.

⁸⁷ Tribunale di Reggio Calabria – 24 gennaio 2012 (in *Il fallimentarista*)

⁸⁸ Massimo Fabiani, anche in *contratto e processo nel concordato fallimentare*,



idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini di legge.

Alcuni tribunali hanno ammesso che il ricorso contenesse in sé il piano ma la maggior parte ritiene che debbano essere due atti formalmente e concettualmente distinti.

5.14 PLURALITÀ DI ACCORDI

Quanto invece al momento più squisitamente contrattuale, nulla esclude che si possano concludere tanti distinti accordi quanti i singoli creditori sono, anzi tale è solitamente la struttura del negozio tra il debitore e i suoi creditori.

5.15 SOTTOSCRIZIONE ACCORDI

Prevale in giurisprudenza è la tesi recepita dal Tribunale Bari⁸⁹ e dal Tribunale di Rimini⁹⁰ laddove affermano che gli accordi di ristrutturazione devono essere stipulati in forma scritta e la sottoscrizione con la quale si aderisce deve essere autenticata.

“In considerazione della natura negoziale dell'accordo ed al fine di garantire a tutti i creditori che lo stesso si formi sulla base del medesimo testo, è opportuno il deposito del testo definitivo presso un pubblico ufficiale e che le sottoscrizioni della proposta e delle accettazioni siano dallo stesso autenticate in modo da verificare l'identità e i poteri dei sottoscrittori”.

5.16 COMPETENZA

Nel silenzio della norma, la competenza territoriale deve essere individuata, secondo l'opinione prevalente, ricorrendo al criterio formale della sede legale dell'impresa ricorrente, come desumibile dalla necessità che gli accordi di cui si chiede l'omologazione siano contestualmente iscritti presso il registro delle imprese (che evidentemente non può che essere quello della sede legale della società).

Ne consegue la sottrazione della fattispecie in esame sia alla regola della prevalenza della sede amministrativa di fatto su quella legale, sia a quella dell'irrelevanza del trasferimento di sede infrannuale, principi questi ultimi dettati per le procedure concorsuali del fallimento e del concordato preventivo.

Il termine dei trenta giorni dall'iscrizione al registro delle imprese, previsto per il deposito di eventuali opposizioni all'omologazione, è certamente perentorio e non derogabile; donde l'inammissibilità delle opposizioni che risultino presentate posteriormente allo scadere del termine [sul punto vedi *infra*, sub 10].

Il contenuto dell'eventuale opposizione (cui sono legittimati il creditore estraneo ed ogni altro interessato) può inerire ai profili di ammissibilità del procedimento, più tipicamente sarà incentrato sulla fattibilità del piano sottostante, e quindi degli accordi, laddove la fattibilità sia da valutarsi sia in rapporto alla realizzazione sostanziale degli obiettivi indicati nel piano, sia in rapporto alla possibilità effettiva

⁸⁹ Tribunale Bari 21/11/2005, edita in Foro it. 2006, 1, 1, 229

⁹⁰ Tribunale di Rimini, 22.05.15 in Ilcaso.it

di soddisfare gli estranei integralmente ed alla scadenza del debito (deve essere cioè certo che le risorse recuperate siano sufficiente per assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei).

L'attuabilità dell'accordo è anche l'oggetto della relazione del professionista attestatore, figura introdotta dal legislatore con un esplicito rinvio ai requisiti richiesti dall'art. 28 l. fall. per la nomina a curatore fallimentare.



6. MAGGIORANZA, ADESIONI E CREDITI CONTESTATI

6.1 MAGGIORANZA

Si discute sul momento nel quale calcolare la maggioranza che si deve ritenere essere quello del deposito dell'accordo in cancelleria in uno al deposito dell'istanza di omologazione.

Certo è che vi possono essere contestazione in ordine alla sussistenza della maggioranza del 60% su un ammontare del passivo calcolato secondo l'opponente ad una data successiva rispetto a quella considerata dall'attestatore.

6.2 ADESIONI

La giurisprudenza e la dottrina affermano la legittimità delle adesioni successive al deposito dell'accordo.

6.3 CREDITORI ESTRANEI ALL'ACCORDO

Si deve ritenere che ai sensi dell'art.1282 c.c. per il quale i crediti liquidi ed esigibili di somme di denaro producono interessi di pieno diritto, i creditori estranei abbiano diritto agli interessi decorrenti dalla scadenza al saldo differito di 120 gg.

6.4 CREDITI CONTESTATI: NON È UN TERZO GRUPPO DI CREDITORI

Va ora ricordato che in alcuni ricorsi per omologazione dell'accordo si propone di suddividere i creditori in tre gruppi: non solo i due gruppi tipici creditori intranei ed estranei ma si individua anche un gruppo di creditori estranei qualificandoli in blocco come contestati.

Si legge in un significativo provvedimento reso dal Tribunale di Salerno:

“Per le posizioni qualificate come in contenzioso non si indica nel ricorso il criterio in base al quale è compiuta tale valutazione ma si invita alla disamina di atti allegati non specificatamente ed analiticamente richiamati credito per credito, importo per importo (“... come analiticamente indicate nel piano e comprovate o da atti introduttivi di giudizio o da istanze preventive per mediazione obbligatoria, o di formale contestazione ...”).”

“Per essi è appostata una riserva di € 797.399,00 ma non tratta dalle risorse immediatamente disponibili ma da quelle derivanti dai flussi successivi.”

“Si tratta di un riserva in ordine alla quale il professionista attestatore non ha compiuto alcuna valutazione di idoneità al pagamento dei creditori estranei alla naturale scadenza.”

All'uopo si deve constatare che il ricorrente:

- *non entra nella disamina del fondamento della contestazione,*
- *include nel computo della maggioranza del 60% i crediti estranei contestati;*



- *prevede che tale categoria di creditori estranei - in quanto contestati - non sia destinataria del pagamento entro 120 giorni dalla scadenza;*
- *costituisce un fondo di riserva inferiore al valore nominale di tali crediti alimentato non dalle risorse attuali o immediatamente reperibili ma dai flussi del piano.*

6.5 GLI ARRESTI GIURISPRUDENZIALI RICHIAMATI

All'uopo parte ricorrente richiama due arresti giurisprudenziali il primo solo limitatamente conferente perché in esso (cfr., Trib. Bologna, 17 novembre 2011) al solo fine di valutare se l'accordo di ristrutturazione dei debiti abbia ottenuto l'adesione da parte del 60% dei creditori del proponente, si afferma che non si deve tener conto dei crediti contestati, a meno che le contestazioni non risultino ictu oculi talmente infondate da apparire dilatorie e strumentali proprio al raggiungimento di quella soglia. Infatti, in mancanza di un accertamento ed in presenza di una contestazione non meramente formale, il credito non solo non è esigibile nell'attualità ma è, soprattutto, incerto nella esistenza, prima ancora che nel suo ammontare. Quindi tale precedente non riguarda la previsione del piano inerente il mancato pagamento alla scadenza del credito estraneo perché contestato.

Va riferita anche l'altro arresto giurisprudenziale citato dal ricorrente (cfr., Trib. Vicenza, 17 maggio 2013) secondo il quale nella procedura di accordo di ristrutturazione non deve essere disposto accantonamento per il credito contestato in quanto tale credito, se ed in quanto verrà accertato, dovrà essere pagato integralmente. Ma tale isolato precedente di merito non può essere richiamato per giungere ad escludere dall'area del pagamento integrale ed alla scadenza un blocco di creditori estranei persino in assenza della descrizione dell'asserita e non descritta contestazione.

6.6 POSTA VINCOLATA PER I CREDITI CONTESTATI

Va quindi preso atto della scelta compiuta dal ricorrente di non appostare per i creditori estranei un importo pari ai loro crediti.

In sintesi (e con riserva di ritornare sull'argomento) gli accordi non possono, essendo un atto di diritto privato, estendere i loro effetti sulle obbligazioni dei creditori non aderenti le quali sono disciplinate per legge in termini di integrale pagamento (entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data od entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione).



7. LE MODIFICHE DEL 2007

7.1 IMPRENDITORE IN STATO DI CRISI

Con il decreto legislativo correttivo n. 169 del 12 settembre 2007 si specifica la qualifica soggettiva di imprenditore in stato di crisi

L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d) sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

7.2 INIBITORIA: EFFETTO LEGALE DELLA PUBBLICAZIONE DEL RICORSO

Con il decreto legislativo correttivo n. 169 del 12 settembre 2007 si prevede che ai sensi del comma 3 dell'art. 182-*bis*, l. fall., dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, **e per sessanta giorni, i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore né acquisire titoli di prelazione se non concordati.**

7.3 EFFICACIA

Sempre nel 2007 si specifica che l'accordo acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione.



8. LA PROPOSTA DI ACCORDO ED I FINANZIAMENTI

8.1 D.L. N. 78/2010

Il D.L. n. 78/2010 introduce e disciplina l'istituto del deposito della proposta di accordo e della domanda di inibitoria temporanea dalle azioni individuali esecutive al fine di consentire all'imprenditore di negoziare con i creditori. Introduce inoltre il primo nucleo di norme in materia di finanziamenti all'impresa in crisi.

8.2 DECRETO GIUDIZIALE DI INIBITORIA

Sesto comma.

Il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al terzo comma può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di cui al presente articolo, depositando presso il tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 la documentazione di cui all'articolo 161, primo e secondo comma, e una **proposta di accordo** corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare.

8.3 ISTANZA DI PROTEZIONE ANTICIPATA EX ART. 182 COMMA 6

- *“L'art. 182bis, commi 69, legge fall., dopo⁹¹ le modifiche apportate dal D.L. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito, con modificazioni, in legge 30 luglio 2010, n. 122) permette all'imprenditore di ottenere che ai creditori sia vietato di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti”.*
- *“Ai sensi⁹² del comma 7 della norma, il tribunale, quando dispone con decreto motivato tale divieto nella fase delle trattative, fissa anche un termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione. Ove, però, l'accordo non sia raggiunto e depositato nei termini indicati, la caducazione ex tunc dell'effetto protettivo si innesca automaticamente: un'eventuale richiesta di ottenere la dilazione di tale*

⁹¹ Ceschel Carmen, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: divieto di azioni esecutive nelle trattative* in *IlSole24ore.com* Edizione Novembre 2011, n. 11/12 pag. 71

⁹² Ceschel Carmen, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: divieto di azioni esecutive nelle trattative* in *IlSole24ore.com* Edizione Novembre 2011, n. 11/12 pag. 71; In termini, Tribunale di Novara - Sez. fall. - Sentenza 2 maggio 2011, n. 26



termine, se non rispettato, si infrange per l'assenza di una norma che permetta di provvedere in tal senso.”

Autorevole dottrina⁹³ rappresenta la funzione dell'istanza di protezione anticipata racchiusa nel ricorso ex art. 182 bis, comma 6 affermando che “... la presenza di una crisi, che può essere già insolvenza, legittima interventi restrittivi delle facoltà e poteri di taluni soggetti sui beni integranti la garanzia patrimoniale dei creditori ..”.

Osserva inoltre che nella fase dell'emersione della crisi plurimi “sono i soggetti che potrebbero danneggiare il patrimonio, l'azienda e l'impresa” sicché occorre “proteggere i valori da azioni che potrebbero comprometterne la consistenza e la successiva fruibilità”.

Non si tratta di un effetto della deposito della domanda perché è richiesto “l'intervento⁹⁴ del Tribunale” che

- prima, verificata «la completezza della documentazione», fissa un'udienza;
- poi, riscontrata tanto «la sussistenza dei presupposti per pervenire ad un accordo di ristrutturazione» con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti quanto la sussistenza delle «condizioni per l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare» dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive.

8.4 D.L. N. 78/2010:182 QUATER PREDEDUCIBILITÀ

Sempre nel 2010 è stata prevista la prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato o erogati in funzione della presentazione di una domanda di omologazione dell'accordo, a condizione che i finanziamenti siano previsti dall'accordo e questo sia poi omologato; nonché la prededucibilità dei finanziamenti dei soci nel limite dell'ottanta per cento.

8.5 182 QUATER

I. I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati ~~da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (abrogato nel 2012),~~ in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero 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.

⁹³ Stefania Pacchi, *Provvedimenti cautelari e conservativi su richiesta del debitore in attesa di accordo di ristrutturazione*, in il diritto fallimentare e delle società commerciali, 2011, parte II, pag. 340)

⁹⁴ Maria Pia Pignalosa, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e creditori non aderenti*, in A.A. V.V., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, II vol., a cura di Mario Nuzzo, Giappichelli, 2014



II. Sono parificati ai prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111, i crediti derivanti da finanziamenti effettuati dai soggetti indicati al precedente comma in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededucazione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato.

III. In deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, il primo comma si applica anche ai finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare.

8.6 IMPRENDITORE AGRICOLO DAL 2011

L'art. 23, comma 43, del D.L. 6 luglio 2011, n. 98, in vigore dal 6 luglio 2011, ha disposto che *«In attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi e del coordinamento delle disposizioni in materia, gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza possono accedere alle procedure di cui agli articoli 182-bis e 182-ter del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, come modificato da ultimo dall'articolo 32, commi 5 e 6, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2.»*



9. LE MODIFICHE DEL 2012

9.1 RELAZIONE ILLUSTRATIVA

Con la lettera e) dell'articolato si modifica l'art. 182 bis in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti, prevedendo, in particolare, l'obbligo dell'integrale anziché del regolare pagamento dei creditori estranei, i quali sono assoggettati ad una moratoria legale di cento venti giorni dall'omologazione, ove titolari di crediti scaduti a quella data, e dalla scadenza, se successiva. **In questo modo si consente al debitore in crisi di poter beneficiare del c.d. scaduto fisiologico.**

Simmetricamente con la scelta adottata nel sesto comma dell'art. 161, si consente al debitore che ha depositato una proposta di accordo ai sensi del sesto comma dell'art. 182 bis non solo di depositare un accordo diverso da quello annunciato nella proposta, ma anche di presentare una domanda di concordato preventivo, anche anticipata, conservando gli effetti protettivi già prodotti.

9.2 82 QUINQUIES FINANZA PONTE

Il debitore che presenta o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182 bis, primo comma, o una **proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182 bis, sesto comma**, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, **a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.**

9.3 INTEGRITÀ DEL PAGAMENTO PER I CREDITORI ESTRANEI

Per quanto attiene ai creditori estranei si prevede che l'accordo debba essere idoneo ad assicurare non più *la regolarità* del pagamento, quanto piuttosto la sua *integrità*.

Autorevole dottrina⁹⁵ osserva che in “*applicazione dell’art. 1372, comma 2, cod. civ. che prevede, com’è noto, la relatività degli effetti tra le parti del contratto*” la regolarità dei pagamenti dei creditori estranei valutata in considerazione degli originari titoli costitutivi, rispetto ai quali l'accordo non incide. “*Il pagamento dei creditori estranei deve essere corrisposto per intero, e dunque senza alcuna falcidia, si è escluso che le regole di ristrutturazione contenute nell'accordo possano incidere, sotto questo profilo, sui crediti dei terzi*”. “*Al riguardo si prospetta allora la necessità di distinguere gli effetti economici dagli effetti giuridici che derivano dall'atto di autonomia. Nell'accordo in esame possono infatti profilarsi effetti economici favorevoli ai terzi, che nascono da una*

⁹⁵ Maria Pia Pignalosa, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e creditori non aderenti*, in A.A. V.V., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, II vol., a cura di Mario Nuzzo, Giappichelli, 2014



ristrutturazione del debito che si riveli capace di generare esternalità positive sufficienti ad assicurare l'integrale pagamento dei non aderenti, ma si tratta appunto di effetti meramente economici e non già giuridici." Ciò non di meno nell'eventualità che ***“dal contratto nascano nuovi diritti a favore del terzo, l'accordo in esame può essere sussunto nello schema di cui all'art. 1411 cod. civ.”***

9.4 TERMINI DI ADEMPIMENTO PER I CREDITORI ESTRANEI

Vengono indicati i termini entro i quali i creditori estranei devono essere soddisfatti:

- entro 120 giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data;
- entro 120 giorni dalla data di scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data della omologazione.

In deroga al principio dell'integrale pagamento⁹⁶ si prevede che le regole di ristrutturazione dell'accordo possano modificare i tempi dell'adempimento sancendo che i pagamenti dei creditori non aderenti all'accordo possano avvenire non alla scadenza ma entro il termine di 120 giorni da essa.

“Si tratta quindi di effetti⁹⁷ ultra partes che derivano da una fattispecie complessa nella quale convivono la norma di legge, che fissa il limite temporale entro il quale può esercitarsi l'autonomia privata, l'atto di autonomia che specifica il nuovo termine di adempimento, la relazione del professionista attestatore e l'atto di omologa”.

9.5 SCADUTO FISIOLOGICO

Si definisce *scaduto fisiologico* una «dilazione⁹⁸ dei tempi di pagamento normalmente tollerata dai fornitori».

Proprio l'introduzione di tale moratoria legale ha inopinatamente *“rappresentato⁹⁹ un ulteriore elemento a sostegno di una lettura in chiave concordataria degli accordi di ristrutturazione, nella misura in cui la dilazione nel pagamento (quand'anche integrale) dei creditori che sono rimasti ai margini dell'intesa determinerebbe un'in- debita ingerenza degli effetti negoziali nella sfera giuridica altrui.*

⁹⁶ Cfr., Maria Pia Pignalosa, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e creditori non aderenti*, in A.A. V.V., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, II vol., a cura di Mario Nuzzo, Giappichelli, 2014

⁹⁷ Cfr., Maria Pia Pignalosa, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e creditori non aderenti*, in A.A. V.V., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, II vol., a cura di Mario Nuzzo, Giappichelli, 2014

⁹⁸ Cfr., R. Ranalli, *La scelta dello strumento di risanamento della crisi aziendale*, in *Fall.*, 2012, p. 504.

⁹⁹ Luigi Follieri, *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel « prisma » del contratto*, in *contratto ed impresa*, 2015 pag. 1099

Infatti in giurisprudenza anche dopo il decreto sviluppo si è ribadita la natura assolutamente negoziale dell'istituto affermando¹⁰⁰ che « quello previsto dall'art. 182 *bis* l. fall. è un istituto ontologicamente diverso dalle procedure concorsuali, un procedimento che “veste” (dall'esterno) un “momento” di natura negoziale, assicurando a quest'ultimo determinati effetti giuridici che in mancanza di omologazione non potrebbero determinarsi ».

¹⁰⁰ Trib. Milano, 2 marzo 2013, in *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 8947, 15/5/2013



10. IL PROCEDIMENTO

10.1 CAMERALE

Il procedimento, estremamente semplificato, si caratterizza per la previsione di un *quorum* di efficacia, ai fini dell'omologa, del momento negoziale: il raggiungimento dell'accordo con creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dell'intero monte-crediti.

L'opinione prevalente ritiene che il raggiungimento del *quorum* integri una condizione di ammissibilità del ricorso e non già una condizione di omologabilità degli accordi¹⁰¹.

Ove infatti fosse ritenuto ammissibile un ricorso depositato con riserva di raggiungere il *quorum* successivamente, cioè in pendenza del termine per la presentazione di eventuali opposizioni, la relazione del professionista, che va depositata contestualmente al ricorso, non potrebbe attestare l'idoneità del piano a liberare risorse sufficienti per il pagamento integrale degli estranei, difettando dal necessario dato di partenza, cioè il raggiungimento dell'accordo a copertura della quota minima dei tre quinti dell'esposizione debitoria complessiva.

Il decreto è reclamabile avanti alla Corte d'Appello entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese (182 *bis*, u. co.).

10.2 DIFFERENZE CON 67,3

Dall'istituto previsto e regolato dall'art. 182 *bis* L. Fall. si distingue quello di cui all'art. 67, 3° co. lett. d) l. fall., che analogamente prevede l'esonero dalla revocatoria fallimentare dei pagamenti, se effettuati in esecuzione di un piano di risanamento la cui ragionevolezza venga attestata da un professionista avente gli stessi requisiti di quello previsto dall'art. 182 *bis*.

Gli elementi di distinzione sono essenzialmente due: **la mancanza, nell'istituto di cui all'art. 67 lett d), della necessità di un accordo tra debitore e creditori;** la carenza, sempre nell'ipotesi prevista dalla lett. d) dell'art. 67 l. fall., di un controllo giurisdizionale diretto (essendo l'intervento del giudice previsto nella sola ipotesi di azione revocatoria fallimentare "paralizzabile" per copertura assicurata dalla norma in esame).

10.3 MANCANZA DI EFFETTI PER I CREDITORI ESTRANEI.

Poiché gli accordi, come visto, integrano un "momento" negoziale, qualificato da un procedimento inteso a garantire all'autonomia contrattuale di debitore e creditori aderenti determinati effetti, ne consegue la completa inefficacia degli stessi rispetto agli estranei.

Questi ultimi non potranno beneficiare dell'effetto ultimo dell'omologazione, il consolidamento dei pagamenti e degli atti posti in essere in adempimento degli accordi.

¹⁰¹ Così Trib. Roma, 5 novembre 2009, in www.ilcaso.it; *contra* Trib. Milano, 23 gennaio 2007, cit.



La conclusione discende anzitutto dall'applicazione all'istituto del principio generale per cui il contratto vincola soltanto le sue parti, salvo le eccezioni previste dalla legge (art. 1372, comma 2 c.c.), ulteriormente va ricondotta alla mancanza del concorso dei creditori.

Come noto, alcuni commentatori ed una decisione del tribunale di Milano, successivamente contraddetta da numerose pronunce di segno opposto, hanno sostenuto che l'accordo raggiunto con i creditori rappresentanti almeno il 60% per cento dei crediti fosse vincolante anche per i creditori estranei all'accordo stesso, sulla base di una lettura dell'articolo di legge in esame che considera la locuzione "regolare pagamento" significativa della necessità di assicurare il pagamento agli estranei secondo la *regola risultante dall'accordo*¹⁰².

La tesi, da considerarsi ampiamente superata, aveva trovato giustificazione essenziale nella necessità di garantire un ambito applicativo dell'istituto il più esteso possibile, e di incentivarne il ricorso da parte del debitore-imprenditore in crisi.

Per vero essa si prestava dubbi di costituzionalità, per violazione dell'art. 42 della Carta fondamentale, risolvendosi nell'espropriazione di una quota di credito non accompagnata dal consenso del titolare del credito stesso, e ciò senza le garanzie previste da una procedura concorsuale, caratterizzata dalla presenza di organi di rappresentanza della volontà dei creditori.

Sotto un profilo più concreto, la tesi in parola si prestava inoltre ad un argomento critico conclusivo, quello della sua non praticabilità a causa della mancanza di una "regola" cui parametrare il trattamento degli estranei: poiché il debitore può fare accordi di contenuto diverso con ogni singolo suo creditore, prescindendo *in toto* dalla regola della *par condicio*, ne consegue l'impossibilità di individuare la percentuale di pagamento e le modalità di soddisfacimento cui vincolare il creditore estraneo.

La locuzione: "*regolare pagamento dei creditori estranei*" va quindi certamente intesa nel significato di pagamento secondo il regolamento del singolo contratto concluso con il creditore, e quindi di pagamento integrale e puntuale¹⁰³.

10.4 MODIFICABILITÀ DELL'ACCORDO POST-OMOLOGA

Il Tribunale Salerno in data 30 settembre 2014 (in *ilcaso.it*) ha affermato che Costituisce abuso del diritto e va dichiarato inammissibile il ricorso per concordato preventivo ex art. 161, comma 6, l. fall. presentato successivamente all'omologazione di un accordo di ristrutturazione omologato e non adempiuto e che va disposta la trasmissione degli atti dell'accordo di ristrutturazione omologato al pubblico ministero per la verifica dell'ipotesi di cui all'art. 236 bis L.F..

¹⁰² Trib. Milano, 21 dicembre 2005, in *Fall.*, 2005, 570.

¹⁰³ Per tutte: Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, 669; Trib. Roma, 5 novembre 2009, cit.



10.5 RELAZIONE DEL PROFESSIONISTA

Illustrazione critica del piano e giudizio sulla sua validità

Discutiamo di una attività di indagine e non di mero riscontro contabile che sfocia in attestazioni redatte da chi fino a quel momento non conosceva l'impresa¹⁰⁴

L'art. 182 quater l. fall., introdotto dall'art. 48, primo comma, del d.l. n. 78 del 31.5.10, attribuisce il rango di credito prededucibile ai compensi spettanti al solo professionista incaricato di predisporre la relazione attestativa allegata al concordato preventivo - purché il concordato sia ammesso ed il rango di prededucibili sia indicato nel decreto di ammissione - ed agli accordi di ristrutturazione solo se omologati.

10.6 FUNZIONE DELLA RELAZIONE DEL PROFESSIONISTA

L'interpretazione di legittimità prevalente (cfr., sentenze nn. 18987/201113, 13818/201114 e 21860/201015) esclude ogni sindacato giurisdizionale sulla fattibilità¹⁰⁵ del concordato preventivo sicché la relazione attestativa diventa in tale procedura - ma con ogni evidenza anche nell'ambito degli accordi di ristrutturazione - l'unico filtro.

Sul punto si è già osservato che tale lettura, secondo la maggior parte della giurisprudenza di merito, confonde i profili della convenienza (inequivocabilmente rimessi ai creditori) e quelli della fattibilità.

Sotto altro profilo:

- unica garanzia per l'imprenditore
- supporto per le valutazioni del tribunale
- documento proceduralmente necessario
- non ha il valore di prova legale della fattibilità/attuabilità (cfr. Cass. I Civile, 18864/2011)

Autorevole dottrina¹⁰⁶ osserva: *D'altra parte può osservarsi, sul piano empirico, che, siccome ogni proposta concordataria non può che giungere al Tribunale con un'asseverazione necessariamente positiva, se mancasse un diretto controllo del Tribunale sulla fattibilità (almeno nei casi di più evidente incongruità dei dati di riferimento) finirebbero per dover essere dichiarate ammissibili praticamente tutte le proposte di concordato (anche perché ormai confezionate con motivazioni alquanto standardizzate nella forma), laddove l'esperienza insegna - al contrario - come non poche siano quelle (anche palesemente) non realizzabili.*

Funzione: della relazione: fornire elementi di valutazione sulla fattibilità del

¹⁰⁴ cfr., Luca Mandrioli, *Lezioni di Diritto Fallimentare*, Trento, a.a. 2011-2012

¹⁰⁵ Da ultimo, vedasi, su tutte queste problematiche Amatore, *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 104

¹⁰⁶ cfr. Filippo Lamanna in *Il Fallimentarista*, *Il contrasto in Cassazione sulla fattibilità del concordato preventivo: una novità (positiva) che rende necessario l'intervento delle SS.UU.*



piano e di attestare la veridicità dei dati contabili che ne sono alla base (Cass. 29 ottobre 2009 n. 22927)

conseguenze dell'omesso accertamento da parte del professionista dell'assoluta inadeguatezza del piano:

tesi della possibilità in tal caso limite (es. mancata individuazione di un ingente credito privilegiato) del controllo di legittimità sostanziale di ufficio da parte del giudice (cfr. Cass. I Civile, 18864/2011).

10.7 DOCUMENTAZIONE EX ART. 161 L. FALL

161 secondo comma. Il debitore deve presentare con il ricorso:

- a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
- d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili;
- e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta; **in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore.**

10.8 RELAZIONE AGGIORNATA

la relazione aggiornata sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria

1. La relazione aggiornata deve comporsi di stato patrimoniale e conto economico.
2. Non è espressamente richiesta una relazione sulla gestione dell'impresa in crisi: ma è necessaria
3. Va richiesto un bilancio straordinario ad una data immediatamente antecedente il deposito del ricorso;
4. Non vi è più l'obbligo di depositare le scritture contabili

10.9 ELENCO/STIMA ATTIVITÀ

10.10 ELENCO DEBITI DA RISCOUTERE

10.11 ELENCO CREDITORI

elenco creditori (con indicazione crediti e cause di prelazione) - ricostruzione gerarchica dei crediti

10.12 ELENCO TITOLARI DIRITTI REALI O PERSONALI SU BENI DELL'IMPRESA

L'indicazione del Valore beni/crediti particolari di soci illimitatamente responsabili serve esclusivamente per valutare la convenienza

10.13 BENI SOCI ILLIMITATAMENTE RESPONSABILI

valore beni/crediti particolari di soci illimitatamente responsabili



10.14 (EVENTUALE) TRANSAZIONE FISCALE

Va allegata anche la proposta di transazione fiscale, eventualmente già depositata. Come rammenta un autore¹⁰⁷:

*“dal principio di atipicità del contenuto degli accordi, che caratterizza la disciplina dell’istituto, discende che il regolamento degli accordi può essere il più vario possibile. Ai creditori può essere prospettato un soddisfacimento integrato da una qualsivoglia forma: pagamento parziale, compensazione, accollo del debito da parte di terzo, conferimenti di quote, dationes in solutum, cessione di azioni, obbligazioni e di altri strumenti finanziari. **Fa eccezione il creditore Erario, per il quale la disciplina scaturente dalle norme di cui all’ultimo e primo comma dell’art. 182 ter prevede l’obbligatorietà del soddisfacimento a mezzo pagamento.**”*

10.15 VAGLIO DEL TRIBUNALE

Come osservato in un significativo contributo¹⁰⁸ il vaglio del Tribunale è in funzione di *“due variabili. La prima, in ordine logico, è l’analiticità e completezza della relazione del professionista. La seconda è la presenza o la mancanza di opposizioni all’omologazione da parte di creditori od altri interessati.”*

10.16 VAGLIO DI AMMISSIBILITÀ

Il primo¹⁰⁹ vaglio del tribunale concerne l’ammissibilità del ricorso e si estrinseca nella verifica della completezza delle allegazioni e della regolarità procedurale.

10.17 DOCUMENTI PER 182 BIS L. FALL.

Il ricorrente, ai sensi del primo comma dell’art. 182 bis l. fall. dovrebbe depositare:

- 1) piano¹¹⁰ finanziario e/o industriale **“Seppure l’art. 182 bis si limiti a richiamare gli accordi, va allegato al ricorso un piano finanziario e/o industriale”**
- 2) l’accordo¹¹¹ o se in fase di inibitori la proposta di accordo
- 3) i singoli accordi intercorsi con i creditori, le cui sottoscrizioni si discute¹¹² se vadano autenticate.

¹⁰⁷ Mauro Vitiello, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, al precedente Incontro di studio CSM sul tema *“Questioni del diritto della crisi d’impresa nella prospettiva interdisciplinare”*, Roma, 14 - 16 giugno 2010.

¹⁰⁸ Mauro Vitiello, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, al precedente Incontro di studio CSM sul tema *“Questioni del diritto della crisi d’impresa nella prospettiva interdisciplinare”*, Roma, 14 - 16 giugno 2010.

¹⁰⁹ Tribunale di Reggio Calabria – 24 gennaio 2012 (in *Il fallimentarista*)

¹¹⁰ Tribunale di Reggio Calabria – 24 gennaio 2012 (in *Il fallimentarista*)

¹¹¹ Tribunale di Roma – 20 maggio 2010 in *il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2011, parte II, pag. 352

¹¹² Tribunale di Reggio Calabria – 24 gennaio 2012 (in *Il fallimentarista*)



- 4) La documentazione di cui all'articolo 161 l. fall.
- 5) Una relazione attestativa redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d) **sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla veridicità delle scritture contabili ed all'idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei.**
- 6) la prova del deposito dell'accordo e di tutti i singoli accordi con i creditori al registro delle imprese;

10.18 INIBITORIA SOLO EX ART. 182 BIS E NON EX ART. 15

Tra¹¹³ i provvedimenti cautelari e conservativi che il tribunale può emettere ex art. 15, comma 8, l. fall. non rientrano l'inibitoria di azioni individuali esecutive e cautelari in quanto si sostanzierrebbero in una anticipazione degli effetti della dichiarazione di fallimento o degli effetti ricollegati al deposito della proposta di concordato preventivo o della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Vanno registrate le osservazioni rese da autorevole dottrina¹¹⁴ secondo la quale:

“in frangenti in cui il tempo è tiranno, si tratta in sostanza non solo e non tanto di apprestare documenti e redigere relazioni ma anche di raggiungere accordi. La copertura dalle azioni esecutive rappresenta, così il cuore del problema”

10.19 DOCUMENTI PER INIBITORIA

il ricorrente, ai sensi del sesto comma dell'art. 182 bis l. fall. deposita:

(Documenti per inibitoria)

- 1) la proposta di accordo
- 2) La documentazione di cui all'articolo 161 l. fall.
- 3) Una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori, che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti;
- 4) Una dichiarazione attestativa redatta da un professionista avente i requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d), **circa la idoneità della proposta ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori, con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare.**

Già¹¹⁵ con l'istanza ex art. 182 bis, comma 6, volta ad ottenere l'inibitoria (e in particolare in modo ancor più pregnante quando pendano istanze di fallimento) il

¹¹³ Tribunale di Prato – 4 febbraio 2011 in il diritto fallimentare e delle società commerciali, 2011, parte II, pag. 340

¹¹⁴ Stefania Pacchi, *Provvedimenti cautelari e conservativi su richiesta del debitore in attesa di accordo di ristrutturazione*, in il diritto fallimentare e delle società commerciali, 2011, parte II, pag. 340)

¹¹⁵ Tribunale Udine 30 marzo 2012



debitore deve allegare non solo la prova della pendenza delle trattative e gli altri documenti richiesti dalla norma, ma anche la "proposta di accordo" che intende sottoporre ai creditori e quindi l'accordo di ristrutturazione dei debiti completo in tutti i suoi elementi, corredato dalla sua autocertificazione e dalla relazione del professionista che attesti l'idoneità della stessa proposta a rimuovere lo stato di insolvenza o di crisi e la veridicità dei dati aziendali, sulla cui base ha instaurato le trattative con il ceto creditorio, dovendo in tale fase mancare solamente la formalizzazione dell'accordo con i creditori, essendo pendenti le relative trattative, al fine di consentire al Tribunale un giudizio se pur necessariamente sommario di natura prognostica sulla sua idoneità a rimuovere lo stato di dissesto, non potendo certamente il tribunale basarsi su dati incompleti o parziali, sospendendo la decisione sulle istanze di fallimento in attesa che il piano prenda forma compiuta.



11. ATTESTATORE

11.1 REQUISITI DELL'ATTESTATORE

1. Indipendenza
2. **Conoscenza del settore di attività**
3. Funzione di tutela dei creditori estranei
4. **Formula un giudizio di merito sulla contabilità e sull'esperienza di chi ha redatto i prospetti posti a base del piano**
5. Questione dell'uso delle risultanze dell'attività di revisione dei conti svolta dal revisore legale della società: *l'attestatore può utilizzare, previa autonome verifiche, le certificazioni rese dal revisore contabile*
6. Questione delle **verifiche a campione in un arco di tempo limitatissimo da parte di persona estranea all'azienda**: es magazzino si autoricambi.
7. Questione dell'uso dell'attività svolta da altri professionisti;

Il professionista¹¹⁶ che redige la relazione sulla attuabilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182 bis, legge fallimentare può utilizzare anche i dati e le analisi contabili svolte da soggetti terzi, a condizione che li sottoponga a vaglio critico ai fini di un giudizio di condivisione da porre a fondamento della valutazione di attuabilità dell'accordo.

11.2 TRE NORME CONCATENATE DESCRITTIVE DELL'ATTESTATORE

11.3 ART. 67 LETT. D

un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore;

11.4 ART. 28 - REQUISITI PER LA NOMINA A CURATORE

Art. 28 I comma l. fall. Possono essere chiamati a svolgere le funzioni di curatore:

a) avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti;

¹¹⁶ Tribunale Bologna 17 novembre 2011



b) studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lettera a). In tale caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura;

11.5 2399 C.C. INELEGGIBILITÀ A SINDACO

[1] Non possono essere eletti alla carica di sindaco e, se eletti, decadono dall'ufficio:

*a) coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'**articolo 2382**:*

b) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo;

c) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza.

*[2] La cancellazione o la sospensione dal registro dei revisori legali e delle società di revisione legale e la perdita dei requisiti previsti dall'ultimo comma dell'**articolo 2397** sono causa di decadenza dall'ufficio di sindaco.*

[3] Lo statuto può prevedere altre cause di ineleggibilità o decadenza, nonché cause di incompatibilità e limiti e criteri per il cumulo degli incarichi.

11.6 ATTESTAZIONE DELL'ACCORDO

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

11.7 ATTESTAZIONE PER INIBITORIA

182 VI. comma Il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al terzo comma può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di cui al presente articolo, depositando presso il tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 la documentazione di cui all'articolo 161, primo e secondo comma, e una proposta di accordo **corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione,**



attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. L'istanza di sospensione di cui al presente comma è pubblicata nel registro delle imprese produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione. (3)

182 VII comma . Il tribunale, verificata la completezza della documentazione depositata, fissa con decreto l'udienza entro il termine di trenta giorni dal deposito dell'istanza di cui al sesto comma, disponendo la comunicazione ai creditori della documentazione stessa. Nel corso dell'udienza, riscontrata la sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma e delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare, dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati assegnando il termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista a norma del primo comma. (3)

11.8 ATTESTAZIONE FINANZIAMENTI EX ARTT. 182 QUATER

Art. 182-quater – I Comma - I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche ... 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.

Art. 182-quater – II Comma - Sono prededucibili ... i crediti derivanti da finanziamenti effettuati da banche ... in funzione della presentazione domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dall'accordo di ristrutturazione e purché ... l'accordo sia omologato.

Art. 182-quater III. Comma sono prededucibili In deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, il primo comma anche i finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare.

Art. 182-quater IV. Sono altresì prededucibili i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli articoli 161, terzo comma, 182-bis, primo comma, purché ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato.



11.9 ATTESTAZIONE CON RIFERIMENTO ALLE CLASSI

La¹¹⁷ suddivisione dei creditori in classi analoghe a quelle previste per le procedure di concordato è ammissibile anche negli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182 bis, legge fallimentare, nell'ambito dei quali non deve necessariamente essere rispettato il principio della par condicio creditorum. (Nel caso di specie, l'accordo prevedeva otto classi di creditori, dai promissari acquirenti di immobili fino ai postergati, e il pagamento dei creditori estranei è stato garantito mediante il deposito della somma a ciò necessaria).

Nel caso di specie gli aderenti al patto erano il 92 % e quindi il provvedimento non ha approfondito particolarmente la tematica delle classi negli accordi.

¹¹⁷ Tribunale Bergamo 27 gennaio 2012



12. ATTESTAZIONE VERIDICITÀ DEI DATI AZIENDALI

12.1 ATTESTAZIONE IMPLICITA NEL 182 BIS

12.2 OGGETTO

Accertare la veridicità dei dati comporta il **verificare che i dati contabili rispecchino fedelmente e genuinamente la situazione finanziaria, patrimoniale ed economica attuale del debitore.**

Il giudizio attiene quindi non solo ai dati contenuti nel piano ma alla realtà dell'impresa.

Infine, in un'ottica più complessa, tenuto conto che al termine va formulato un giudizio circa l'attuabilità del piano e circa l'effettiva futura capacità di assicurare il regolare pagamento di tutti i creditori rimasti estranei all'accordo, verificare la veridicità dei dati contabili significa anche **accertare la sussistenza di flussi finanziari tali da consentire l'esatto e puntuale adempimento sia dell'accordo che delle obbligazioni estranee.**

12.3 METODO

Procedure previste per il controllo contabile da svolgersi osservando i principi di revisione contabile.

12.4 L'ATTESTATORE COMPIE CONTROLLI DI MERITO

art.67 lett. d attestazione ragionevolezza del piano idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria.

Autorevole dottrina¹¹⁸ osserva:

D *“Si può evidenziare, peraltro, ad ulteriore sostegno di tale conclusione, come l'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall., unica norma che indichi in quale modo la relazione dell' attestatore debba essere redatta (con un esplicito riferimento ai soli piani attestati di risanamento, che però non può non estendersi, per ragioni sistematiche, anche ai concordati preventivi e agli accordi di ristrutturazione, stante la comune opinione che considera sostanzialmente uniforme in tutte e tre le soluzioni della crisi il requisito della feasibility oggetto dell'asseverazione), faccia non a caso rinvio, a questo fine, all'art. 2501 bis, comma 4, c.c. che a sua volta, rinviando all'art. 2501 sexies c.c. (e quindi ai criteri valutativi richiesti per la relazione da redigere in caso di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento), rende pregnante l'accostamento dell'attività dell'attestatore a quella di un consulente tecnico, tanto che l'*

¹¹⁸ cfr. Filippo Lamanna in IlFallimentarista, *Il contrasto in Cassazione sulla fattibilità del concordato preventivo: una novità (positiva) che rende necessario l'intervento delle SS.UU.*



attestatore viene da quella norma sottoposto allo statuto di responsabilità proprio del Consulente Tecnico d'Ufficio, ed è quindi tenuto a rispondere dei danni ai sensi dell'art. 64 c.p.c. (previsione che, derivando chiaramente dalla necessità di responsabilizzare i soggetti che, anche se nominati da imprenditori privati e non dall'Autorità giudiziaria, esprimono pareri tecnici destinati ad influire sulla volontà e sugli interessi economici di terzi, pure potrebbe giustificare, per quanto solo indirettamente in forza dei detti rinvii normativi, un'analogia responsabilità del professionista chiamato ad asseverare i piani in tutte le soluzioni alternative della crisi d'impresa)."

12.5 ATTESTAZIONE DELLA FATTIBILITÀ DEL PIANO

- Analisi critica delle scelte di soddisfazione dei creditori ed espressione di un giudizio di merito
- Valutazione delle prospettive di riuscita del piano
- Analisi delle cause della crisi
- Disamina delle strategie di risanamento

In diversi provvedimenti¹¹⁹ si precisa che nella relazione il professionista doveva:

II) dare atto di avere compiuto una serie di controlli “...articolati nelle seguenti fasi: 1) accertamento delle scritture contabili e della regolare tenuta dei libri sociali obbligatori, 2) controllo (sia formale che sostanziale) della rispondenza dei dati esposti nella situazione economico finanziaria della società, prodotta a sostegno della proposta di concordato, con le scritture contabili del corrente anno; rilevazione del contenuto dei verbali di verifica redatti dal Collegio Sindacale e delle relazioni di quest'ultimo organo per verificare l'attendibilità delle scritture contabili e dei libri sociali, nonché la corretta redazione dei bilanci di esercizio chiusi negli anni precedenti al presente; controllo incrociato delle esposizioni debitorie al 30.09.2005 attraverso il riscontro della documentazione contabile d'appoggio della debitrice con i documenti provenienti dagli stessi creditori; 3) riesame del passivo e predisposizione del prospetto relativo al "passivo rettificato" allegato alla proposta; indicazione, infine, delle passività potenziali, riferibili a contenziosi pendenti o prevedibili; 4) attestazione della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano medesimo dando conto dei riscontri e della documentazione esaminata, nonché della metodologia seguita nei controlli effettuati...”;

III) rendere “...ricostruibile l'iter logico... posto a base delle sue valutazioni ...” dando “...conto dei riscontri e della

¹¹⁹ Trib. Messina, seconda sezione civile, decreto 29.12. 2005, inedito.



documentazione esaminata, nonché della metodologia seguita nei controlli effettuati...”;

IV) attestare la veridicità dei dati aziendali

V) attestare la fattibilità del piano medesimo”.

12.6 TRIBUNALE FIRENZE – MODALITÀ DI ATTESTAZIONE

Va riletto il decreto del Trib Firenze C.P. 18-1-2012 n. 10498/2011 R.G. di rigetto dell’opposizione allo stato passivo proposto da un attestatore non ammesso:

Il giudizio dell'attestatore di cui all'articolo 161, legge fallimentare non può limitarsi alla dichiarazione di conformità della proposta ai dati contabili, **dovendo, invece, desumere i dati in questione dalla realtà dell'azienda che egli deve indagare e verificare.**

Al fine di effettuare l'attestazione della veridicità dei dati, il professionista che attesta la relazione di cui all'articolo 161, legge fallimentare deve verificare la **reale consistenza del patrimonio dell'azienda**, esaminando e vagliando gli elementi che lo compongono.

Egli deve, quindi, accertare che i beni materiali ed immateriali esposti in domanda (diritti di esclusiva, brevetti, giacenze di magazzino, macchinario, beni immobili, eccetera) siano esistenti e correttamente valorizzati, anche prendendone visione diretta o, in caso di dubbio, richiedendo apposite stime (senza che ciò non lo esima da una valutazione critica della stima); deve accertare che i crediti vantati siano esistenti e concretamente esigibili, in quanto relativi a debitori solvibili, effettuando le opportune verifiche (circolarizzazione del credito, esame della situazione patrimoniale del debitore, ecc.); deve accertare il valore delle partecipazioni societarie calandosi nella realtà della società partecipate. Il tutto con criterio di prudenza ovvero assumendo, nel dubbio, le attività esposte al valore più basso.

Quanto alle passività, egli deve verificare che quelle esposte siano (quantomeno) quelle risultanti dalla contabilità e dagli altri documenti aziendali (non solo dal bilancio), nonché dalle informazioni che egli possa assumere presso clienti, banche e fornitori; che il debitore abbia tenuto conto, nella proposta, della natura dei crediti vantati nei suoi confronti (privilegiati o chirografari), indagando la condizione del creditore e la causa del credito; che il debitore abbia palesato l'esistenza di diritti reali di garanzia esistenti sui suoi beni; che abbia tenuto conto delle passività potenziali connesse agli obblighi contributivi o fiscali, ovvero la posizione di garanzia assunta rispetto ai lavoratori; che abbia adeguatamente considerato i rischi connessi ai contenziosi pendenti o prevedibili; che abbia risolto (o programmato di risolvere) secondo legge e contratto i rapporti giuridici pendenti. Anche in questo caso, dovrà seguire criteri di prudenza assumendo, nel dubbio, al valore più alto le passività accertate.

Quanto al piano proposto dal debitore, l'attestatore deve verificare che sia concretamente attuabile, in relazione agli obiettivi che si propone e alla



specifica situazione concreta. È, infatti, noto che l'aspetto della fattibilità del piano è collegato al contenuto della proposta e alle modalità individuate dal debitore stesso di superamento della crisi di impresa. È evidente, allora, che diverse sono le condizioni di fattibilità a seconda che il piano sia liquidatorio o di ristrutturazione e contempi o meno la prosecuzione dell'attività d'impresa. In ogni caso l'attestatore dovrà dar conto dei criteri seguiti per l'espressione del giudizio ed esplicitare il percorso logico seguito nell'esame della fattibilità. È altresì evidente che detto percorso deve essere tanto più analitico quanto maggiore è la complessità del piano e numerose sono le variabili cui è collegato. Tenuto conto della funzione che egli deve assolvere (assicurare ai creditori la serietà della proposta e la sua praticabilità), il giudizio di fattibilità non deve essere di "possibilità" o di "probabilità" - posto che nella realtà fenomenica quasi tutto il possibile e la probabilità non soddisfa alcun reale interesse dei creditori - ma di concreta verosimiglianza, nel senso che la situazione (necessariamente futura) prospettata nel piano deve apparire il naturale sviluppo, secondo logiche di esperienza e in base ai dettami delle discipline economiche finanziarie, delle premesse del piano e delle condotte attuative finalizzate alla sua esecuzione. Anche in questo caso, l'attestatore dovrà attenersi a criteri di prudenza, tenendo conto del fatto che ai creditori non interessa la possibilità astratta, ma la concreta praticabilità della soluzione proposta.

12.7 ATTESTAZIONE VERIDICITÀ DATI AZIENDALI

Nella¹²⁰ specie il professionista ha svolto un'accurata ed ampiamente motivata analisi dei dati aziendali prendendo in esame la situazione contabile della società a data prossima al ricorso e l'ha giudicata attendibile a seguito di un procedimento di verifica effettuato in applicazione dei comuni principi di revisione (vale a dire attraverso l'esame, sulla base di verifiche a campione, degli elementi probativi a supporto dei saldi contenuti nella situazione contabile, nonché attraverso la valutazione dell'adeguatezza e della correttezza dei criteri contabili utilizzati e della ragionevolezza delle stime effettuate).

12.8 ATTESTAZIONE DELL'ATTUABILITÀ DELL'ACCORDO

Nella specie¹²¹ il professionista ha svolto un'accurata ed ampiamente motivata analisi degli accordi e del piano, prendendo in considerazione i seguenti profili: 1) l'attendibilità dei dati contabili utilizzati; 2) le cause della crisi; 3) il contenuto del piano di risanamento; 4) l'accordo di ristrutturazione del debito in senso stretto; 5) il raggiungimento dei presupposti di cui all'art. 182 bis l. fall.; 6) le fonti di copertura del fabbisogno generato dall'accordo e dal piano.

¹²⁰ Tribunale di Reggio Calabria – 24 gennaio 2012 (in *Il fallimentarista*)

¹²¹ Tribunale di Reggio Calabria – 24 gennaio 2012 in *Il fallimentarista*



In sintesi ha certificato la sussistenza dello stato di crisi aziendale, ne ha indicato le cause (riconducibili, essenzialmente, all'assenza di un consapevole e rigoroso controllo dei costi), ha valutato favorevolmente, con motivazione scevra da vizi nei suoi passaggi logico-argomentativi, gli effetti del piano industriale sulla situazione finanziaria della società.

L'attestatore¹²² assolve, rispetto al piano, ad una funzione di garanzia, che riguarda sia il dato di partenza (la situazione aziendale) che quello d'arrivo (il piano di soddisfazione)

In concreto, quindi, l'attestatore deve verificare che i dati esposti dal debitore, sia reali e che il suo piano sia attuabile.

I "dati" che l'attestatore deve verificare sono, ovviamente, quelli da cui dipende l'attuabilità del piano. Questi dati non si rinvergono (solo) nel bilancio (situazione economica e patrimoniale) dell'azienda, né negli altri documenti contabili da essa provenienti, ma vanno desunti dalla realtà stessa dell'azienda, come indagata e verificata dall'attestatore.

Non avrebbe alcun senso, infatti, riservare all'attestatore il giudizio di conformità della proposta ai dati contabili, perché in questo modo si riserverebbe all'attestatore una funzione notarile, di cui il riformato sistema fallimentare, non,ria. alcun, bisogno (infatti, non è contemplata in alcun modo).

I "dati aziendali" sono, invece, sia quelli patrimoniali che quelli finanziari. Pertanto, l'attestatore deve verificare la reale consistenza del patrimonio dell'azienda, esaminando e vagliando gli elementi che lo compongono, sia in positivo che in negativo.

Deve, quindi, accertare che i beni materiali e immateriali esposti in domanda (diritti di esclusiva, brevetti, giacenze di magazzino, macchinario, beni immobili, ecc.) siano esistenti e correttamente valorizzati, anche prendendone visione diretta o richiedendo apposite stime, in caso di dubbio (senza che ciò lo esima da una valutazione critica della stima).

Deve accertare che i crediti vantati siano esistenti e concretamente esigibili, in quanto relativi a debitori solvibili, effettuando le opportune verifiche (circularizzazione del credito, esame della situazione patrimoniale del debitore, ecc); deve accertare il valore delle partecipazioni societarie, calandosi nella realtà delle società partecipate. Il tutto con criterio di prudenza: vale a dire, assumendo al valore più basso, nel dubbio, le attività esposte.

Quanto alle passività, deve verificare che quelle esposte siano (quantomeno) quelle risultanti dalla contabilità e dagli altri documenti aziendali (non solo dal bilancio), nonché dalle informazioni che egli possa assumere presso clienti, banche e fornitori; che il debitore abbia tenuto

¹²² Trib Firenze c.p. 18-1-2012 n. 10498/2011 r.g.



*conto; nella proposta, della natura dei crediti vantati nei suoi confronti (privilegiati o chirografari, indagando la condizione del creditore e la causa del credito; che il debitore abbia palesato l'esistenza di diritti reali di garanzia esistenti sui suoi beni; che abbia tenuto conto delle passività potenziali connesse agli obblighi contributivi o fiscali, ovvero alla posizione di garanzia assunta rispetto ai lavoratori; **che abbia adeguatamente considerato i rischi connessi ai contenziosi pendenti o prevedibili**; che abbia risolto (o programmato di risolvere) secondo legge e contratto i rapporti giuridici, pendenti; ecc. ecc.*

12.9 ATTESTAZIONE SULLA TRANSAZIONE FISCALE E SULLE POSTE ERARIALI

Tanto in caso di contestuale deposito della proposta di transazione fiscale quanto negli altri casi, occorre una vera e propria verifica di tutte le poste erariali e previdenziali ed una specifica attestazione della conformità tra quanto indicato nella piano e quanto riscontrato presso enti pubblici ed agenzie.

12.10 ATTESTAZIONE PER L'INIBITORIA

Nell'ambito¹²³ del procedimento volto ad ottenere l'inibitoria di cui all'articolo 182 bis, comma 6, legge fallimentare, assume rilevanza decisiva la relazione del professionista, il quale è tenuto ad attestare la veridicità dei dati aziendali nonostante tale attestazione non sia espressamente richiamata dalla norma citata. Il controllo e la conseguente assunzione di responsabilità dell'attestatore in ordine alla veridicità dei dati contabili costituisce il presupposto logico e fattuale indefettibile della successiva valutazione di attuabilità o di fattibilità del piano e comporta, pertanto, la responsabilità dell'attestatore per l'eventuale colposa errore della verifica stessa o per la dolosa falsificazione dei relativi dati.

N.B. "L'attuabilità non potrà essere che essere compiutamente valutata ... dopo la stipula dell'accordo e la conseguente cristallizzazione definitiva delle modalità di ristrutturazione dei debiti".

Osta alla concessione dell'inibitoria l'assenza di attività di riscontro dei dati aziendali ed in particolare dei crediti da riscuotere (cd. circolarizzazione dei crediti) e, quindi, l'incoerenza del giudizio di attuabilità fondato su valori di attivo non sottoposti a razionale verifica.

La natura cautelare del procedimento volto ad ottenere l'inibitoria di cui all'articolo 182 bis, comma 6, legge fallimentare, e, quindi, la celerità che lo contraddistingue, appaiono difficilmente conciliabili con eventuali supplementi istruttori in ordine ai requisiti di fattibilità dell'accordo.

L'attestazione¹²⁴ del professionista relativa alla sussistenza delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo deve essere estesa alla verifica della attendibilità dei dati aziendali e non limitarsi alla

¹²³ Tribunale Roma 13 marzo 2012 in Ilcaso.it

¹²⁴ Tribunale Roma 04 novembre 2011



mera riproduzione dei dati forniti dal debitore. Il professionista, pertanto, deve necessariamente relazionare sui riscontri effettuati per le singole poste e offrire una adeguata motivazione in ordine alla conferma o meno dei valori nominali espressi nella documentazione contabile prodotta e ciò al fine di consentire all'organo giudicante - ed ancor prima ai creditori estranei - un'autonoma verifica sull'adeguatezza e sulla coerenza logica dell'iter argomentativo seguito.

12.11 ATTESTAZIONE FINANZIAMENTI PONTE

Nella specie¹²⁵ il professionista ha svolto un'accurata ed ampiamente motivata analisi dei flussi finanziari generati dalla futura attività aziendale, dagli accordi di ristrutturazione dei debiti e dagli apporti di nuova finanza.

¹²⁵ Tribunale di Reggio Calabria – 24 gennaio 2012 (in Ilfallimentarista)



13. RESPONSABILITÀ ATTESTATORE

13.1 ATTESTATORE INDIPENDENTE

Ai sensi della nuova formulazione dell'art. 67, terzo comma, lettera d) **l'attestatore**: - è designato dal debitore; - è **iscritto nel Registro dei revisori legali**; è in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28 lett. a) e b) del R.D. n. 267/42 (in materia di requisiti per la nomina a curatore; - è in possesso dei requisiti che lo renderebbero in astratto eleggibile alla carica di sindaco; - è **indipendente** sia rispetto all'impresa, sia rispetto a chiunque abbia interesse all'operazione di risanamento; - non ha rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio"; - non può essere il **consulente abituale** dell'imprenditore o uno dei professionisti appartenenti alla sua associazione professionale; - non può avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; - **svolge il suo incarico solo dal momento in cui gli è formalmente conferito.**

In sintesi con la riforma del 2012 si è introdotta una disciplina unitaria per tutto il diritto della crisi di impresa in tema di professionista attestatore indicando, all'art. 67, III comma, lett. d, il requisito della sua indipendenza, del suo non essere legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio.

Su queste molto più solide basi si svolge oggi l'**attestazione responsabile**.

13.2 RESPONSABILITÀ PENALE DEL PROPONENTE E DELL'ATTESTATORE

Il quadro effettuale è stato, appunto, in questi anni così non corrispondente ad una corretta tutela del credito da provocare due reazioni una giurisprudenziale – concretizzatasi in un controllo molto penetrante in ordine ad ogni fase del concordato preventivo - ed una, estremamente tardiva, del legislatore.

Per queste ragioni va rimarcato che l'introduzione nel nuova lettera d) del terzo comma dell'articolo 67 l. fall., della **definizione normativa di indipendenza dell'attestatore** e la **qualificazione come reato** ex art. 236 bis l. fall. **di due condotte tipiche¹²⁶ poste in essere dall'attestatore** hanno modificato radicalmente la ripartizione delle responsabilità all'interno del diritto della crisi di imprese perché tali precetti si rivolgono, ai sensi degli articoli 48 e 110 c.p., anche a tutti coloro che elaborano il piano o lo propongono ai creditori.

¹²⁶ Va riletto l'art. 236 bis: I Il professionista (Soggetto attivo, reato proprio) che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 67, terzo comma, lettera d), 161, terzo comma, 182-bis, 182-quinquies e 186-bis (I condotta tipica alternativa) espone informazioni false ovvero (II condotta tipica alternativa) omette di riferire informazioni rilevanti, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro. II. Se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sè o per altri, la pena è aumentata. (circ. aggravante). III. Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà. (circ. aggravante)



I creditori e l'ordinamento si affidano ad un sistema di attestazioni ex art. 67 salvaguardate dalla responsabilità civile e penale del professionista.

13.3 ATTESTAZIONI NON INGANNATE

Come già accennato, ai sensi del combinato disposto degli articoli 48 c.p. e 236 bis l. fall., chiunque, ed in particolare **l'imprenditore richiedente l'attestazione che abbia ingannato il professionista attestatore risponde lui del reato di falso in attestazioni e relazioni** commesso dal professionista ingannato. La nuova figura di reato prevista dall'art. 236 bis l. fall. è stata introdotta per tutelare la "correttezza"¹²⁷ delle informazioni sulla situazione economica patrimoniale e finanziaria del debitore", per tutelare la "terzietà"¹²⁸ preventiva" punendo l'attestatore che dolosamente (dolo generico) commetta una delle condotte alternative descritte nel primo comma della norma incriminatrice. Tuttavia va ribadito che se l'attestatore è stato ingannato, ai sensi dell'art. 48 c.p., il medesimo è immune da responsabilità penale nonché che del fatto commesso dall'attestatore ingannato risponde chi l'ha determinato a inconsapevolmente commetterlo.

In altre parole i creditori e l'ordinamento si affidano ad un sistema di **attestazioni** ex art. 67, III comma, lett. d **salvaguardate dalla responsabilità civile e penale del professionista nonché dall'obbligo di non ingannarlo** che grava sull'imprenditore e sul professionista redattore del piano.

In quest'ottica responsabilizzante anche chi predispose il piano e non solo chi lo attesta va osservato che è punito il professionista - soggetto attivo di un reato proprio - che solo nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 67, terzo comma, lettera d), rese ai sensi degli artt. 161, terzo comma, 182-bis, 182-quinquies e 186-bis - prima condotta tipica alternativa - esponga informazioni false ovvero - seconda condotta tipica alternativa - ometta di riferire informazioni rilevanti.

Pertanto non è punita la dolosa falsità (160, II) nell'attestazione di incapacienza dei privilegiati che però si riverbera nell'erronea attestazione resa dal professionista attestatore ex art. 161, terzo comma.

Parimenti agevole è il riscontrare che non è previsto che il reato sia commesso con il dolo specifico per le condotte tipiche anche se è evidente che la condotta è finalizzata all'ammissione alle procedure di soluzione concordata della crisi.

13.4 ATTESTAZIONE RESPONSABILE

L'attestazione in estrema sintesi può essere definita come una descrizione particolareggiata dei criteri utilizzati per pervenire ai giudizi di veridicità e fattibilità, con specifica indicazione degli elementi controllati e delle verifiche effettuate.

¹²⁷ Si veda la Rel. n. III/07/2012 Roma, 13 luglio 2012 dell'ufficio del Massimario della Cassazione, a cura di Luca Pistorelli.

¹²⁸ Francesco Mucciarelli, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di "falso in attestazioni e relazioni*, in *Il fallimentarista*, 3/08/2012



Dal punto di vista contenutistico – in prima osservazione - si individua dapprima un giudizio di veridicità dei dati aziendali compiuto mediante la verifica l'esistenza dei beni materiali, immateriali, dei crediti, dei contratti e di tutti gli elementi posti a fondamento della domanda di ammissione. Vi è poi un giudizio di fattibilità del piano di risoluzione della crisi che si articola attraverso: a) la descrizione della gravità, delle cause e delle conseguenze della crisi; b) l'analisi delle strategie proposte; c) la concreta valutazione dell'effettiva realizzabilità di ogni dismissione ed attività proposta.

In particolare¹²⁹ l'attestatore nel concordato preventivo è chiamato via via a verificare: 1) la veridicità dei dati aziendali; 2) la fattibilità del piano; 3) la funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori della prosecuzione dell'attività d'impresa; 4) la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento in caso di continuazione di contratti pubblici; 5) la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto in caso di partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici; 6) di nuovo la veridicità dei dati e la fattibilità del piano in caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano; 7) la funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori (182 quinquies, I comma) dei finanziamenti prededucibili alla luce del complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione; 8) in relazione alla concessione di pegno o ipoteca a garanzia di finanziamenti prededucibili la loro funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori (182 quinquies, III comma); 9) in relazione ai finanziamenti prededucibili per i concordati in continuità aziendale (182 quinquies, IV comma) la loro necessità per garantire la continuità aziendale e la loro funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori; 10) in relazione al pagamento di crediti anteriori all'ammissione alla procedura il loro carattere essenziale per la prosecuzione dell'attività di impresa e la loro funzionalità ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori.

Ma non solo. Oltre ad aver statuito il principio della terzietà dell'attestatore va osservato che l'**affidamento dei creditori** (e dell'ordinamento) ad un sistema di **attestazioni** ex art. 67, III comma, lett. d, è **salvaguardato dalla responsabilità civile e penale (ex art. 236 l. fall.) del professionista nonché dall'obbligo, ex art. 48 c.p., di non ingannarlo** che grava anche sull'imprenditore e sul professionista redattore del piano.

Queste complesse ed interlacciate tematiche consentono di comprendere che il legislatore ha gravato l'imprenditore, i professionisti redattori del piano e il professionista attestatore, dell'obbligo - penalmente e civilmente salvaguardato – di una corretta¹³⁰ rappresentazione del dato di partenza (la situazione aziendale) e di quello d'arrivo (il piano di soddisfazione), tutti tenuti ad esaminare non solo i documenti contabili aziendali ma a verificarne la corrispondenza con l'effettiva

¹²⁹ Vedasi, da ultimo, Luciano Quattrocchio, Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice, in il fallimentarista, 3/08/2012

¹³⁰ Trib Firenze C.P. 18-1-2012 n. 10498/2011 R.G



realtà dell'azienda medesima, in relazione alla quale l'attestatore ha anche un proprio specifico obbligo di compiere concrete esplorazioni e verifiche così garantendo una propria valutazione imparziale e genuina.

13.5 INADEMPIMENTO ATTESTATORE E AMMISSIONE AL PASSIVO

Vanno ricordati, procedendo per gradi nella ricostruzione degli effetti delle attestazioni inidonee, i casi giurisprudenziali¹³¹ di attestatori non ammessi allo stato passivo del successivo fallimento per avere depositato una relazione inidonea e di attestatori ammessi in privilegio per un importo¹³² ridotto ma non in prededuzione.

13.6 RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'ATTESTATORE

Si ritiene che, in caso di insuccesso dell'accordo, l'esperto¹³³ che ha attestato il piano possa rispondere contrattualmente nei confronti dell'imprenditore ed in via extracontrattuale verso i terzi, con applicazione però dell'art. 2236 c.c.

La sua responsabilità sarà esclusa in caso di mero errore valutativo, ma non se c'è dolo o colpa grave.

Lo svolgimento del controllo, qualunque esso sia, da parte del Tribunale non è esimente per l'attestatore.

13.7 ATTESTATORE NON AMMESSO ALLO STATO PASSIVO

Va riletto il primo brano del decreto del R.G. di rigetto dell'opposizione allo stato passivo proposto da un attestatore non ammesso:

La pretesa¹³⁴ dell'opponente è però infondata nel merito. Essa scaturisce dalla relazione redatta ex art. 161 della L.F., avendo la società ... presentato domanda di concordato preventivo ed avendola accompagnata dalla relazione del rag. N.,

¹³¹ Trib Firenze C.P. 18-1-2012 n. 10498/2011 R.G. La pretesa dell'opponente ... scaturisce dalla relazione redatta ex art. 161 della L.F..

La pretesa è infondata perché la relazione suddetta, per quanto accertato dal commissario nominato in sede di esame della domanda di concordato preventivo possa non esservi dubbi. Sempre, infatti, il debitore nell'eseguire la prestazione cui è tenuto (per legge o per contratto o per altra causa) "deve usare la diligenza del buon padre di famiglia". E quando l'obbligazione sia inerente ad un'attività professionale "la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività prestata" (art. 1176 c.c.). Si tratta perciò di valutare, nel caso di specie, se il rag. N. abbia adempiuto alla sua prestazione con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. Al quesito deve darsi risposta assolutamente negativa. "Per questo la relazione è da considerarsi assolutamente inidonea allo scopo per cui è prevista. E ciò è dipeso da inadempienze dello stesso attestatore (non da circostanze esterne e fortuite) che hanno svuotato il simulacro del suo prodotto. Per questo nessun compenso può essergli riconosciuto, posto che la sua prestazione manca di tutti i requisiti di legge. Anzi dovrà essere indagata la sua responsabilità contrattuale verso il cliente ed extracontrattuale verso i creditori, in vista di un eventuale risarcimento"

¹³² Tribunale di Milano decreto n. 26836/11

¹³³ Tribunale Roma 13 marzo 2012 in Ilcaso.it

¹³⁴ Trib Firenze 18-1-2012 n. 10498/2011



che ha attestato la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Il concordato è poi sfociato in fallimento. La pretesa è infondata perché la relazione suddetta, per quanto accertato dal commissario nominato in sede di esame della domanda di concordato preventivo possa non esservi dubbi. Sempre, infatti, il debitore nell'eseguire la prestazione cui è tenuto (per legge o per contratto o per altra causa) "deve usare la diligenza del buon padre di famiglia". E quando l'obbligazione sia inerente ad un'attività professionale "la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività prestata" (art. 1176 c.c.).

*Si tratta perciò di valutare, nel caso di specie, se il rag. N. abbia adempiuto alla sua prestazione con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico. Al quesito deve darsi risposta assolutamente negativa. **“Per questo la relazione è da considerarsi assolutamente inidonea allo scopo per cui è prevista. E ciò è dipeso da inadempienze dello stesso attestatore (non da circostanze esterne e fortuite) che hanno svuotato il simulacro del suo prodotto. Per questo nessun compenso può essergli riconosciuto, posto che la sua prestazione manca di tutti i requisiti di legge. Anzi dovrà essere indagata la sua responsabilità contrattuale verso il cliente ed extracontrattuale verso i creditori, in vista di un eventuale risarcimento”***

13.8 ATTESTATORE AMMESSO IN PRIVILEGIO

Analogo trattamento all'attestatore "infedele" era stato riservato dal G.D. nel corso della verifica dello stato passivo ma tale impostazione non è stata confermata dal Tribunale di Milano con il decreto n. 26836/11 atteso che ha ammesso il professionista per altri € 35.000,00 oltre a 10.000,00 già corrisposti su 75.000,00 pattuiti con il privilegio ex art. 2751 bis n. 2

Degna di nota è l'osservazione del collegio secondo la quale se è indiscutibile che la prestazione vi è stata è altrettanto **evidente l'inidoneità rispetto allo scopo della relazione** da cui consegue che non possa considerarsi prededucibile perché dopo l'ammissione della società al concordato preventivo sono emerse significative lacune.

L'attività svolta dall'attestatore è inidonea rispetto alla sua funzione attentatrice atteso che ebbe ad oggetto più l'analisi e la valutazione della documentazione trasmessagli dalla debitrice che la verifica personale e diretta – così come si richiede ad un soggetto la cui credibilità risiede nella sua posizione di terzietà – della veridicità dei dati sottostanti le registrazioni contabili.

13.9 RESPONSABILITÀ IN CASO DI INSUCCESSO DELL'ACCORDO

Si ritiene che, in caso di insuccesso dell'accordo, l'attestatore che ha attestato il piano possa rispondere contrattualmente nei confronti dell'imprenditore ed in via extracontrattuale verso i terzi, con applicazione però dell'art. 2236 c.c.

La sua responsabilità sarà esclusa in caso di mero errore valutativo, ma non se c'è dolo o colpa grave.

Lo svolgimento del controllo, qualunque esso sia, da parte del Tribunale non è esimente per l'attestatore.



13.10 TIPO DI RESPONSABILITÀ CIVILE

La responsabilità¹³⁵ del professionista che attesta la attuabilità o fattibilità dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182 bis, legge fallimentare è di natura contrattuale nei confronti del debitore che propone l'accordo e di natura generalmente extracontrattuale nei confronti della generalità dei creditori o dei terzi interessati.

13.11 INESISTENZA DI RESPONSABILITÀ IN CASO DI ERRORE VALUTATIVO

13.12 ART. 2236 RESPONSABILITÀ SOLO IN CASO DI DOLO O COLPA GRAVE.

Responsabilità per

- colposamente non riscontrare irregolarità
- tacere irregolarità
- colposamente non riscontrare falsità contabili
- tacere falsità contabili
- attestare dati non veritieri
- attestare piani non fattibili

13.13 RESPONSABILITÀ EX ART. 2043 C.C. VERSO SINGOLI CREDITORE

13.14 RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE VERSO IMPRENDITORE

13.15 RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE VERSO CREDITORI

1. l'attestazione di veridicità del piano crea affidamento, fa sorgere un'obbligazione ex lege, determina responsabilità da affidamento
2. Responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. verso ogni singolo creditore che abbia votato favorevolmente confidando in una relazione rivelatasi poi viziata: quando ? solo a seguito di revoca ?
3. Responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. verso ogni singolo creditore che abbia votato contro il piano approvato dalla maggioranza dei creditori che hanno confidato in una relazione rivelatasi poi viziata:
4. azione di responsabilità avverso attestatore svolta dal curatore fallimentare che deve dimostrare: 1) omissione; 2) colpa/dolo 3) danno alla società poi fallita; 4) nesso di causalità

13.16 RESPONSABILITÀ VERSO IMPRENDITORE CHE FALLISCE

Emergono due ipotesi responsabilità contrattuale: la responsabilità da mandato professionale e la responsabilità per fallimento determinato da attestazione errata

¹³⁵ Tribunale Roma 13 marzo 2012 in ilcaso.it)



14. PROCEDURA ED UDIENZA

14.1 PROCEDURA CAMERALE RECLAMABILE

182 bis c.4

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

182 bis c.5.

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

14.2 NECESSARIETÀ DELL'UDIENZA

Dalla disamina del testo legislativo emerge che occorre fissare l'udienza soltanto in caso di deposito di opposizioni.

Rigorosa¹³⁶ ricostruzione esposta in recente dottrina ritiene che l'udienza sia necessaria oltre che per richiedere chiarimenti, ad esempio in merito alle risorse per i pagamenti ai non aderenti, anche per esporre gli elementi che potrebbero determinare il rigetto della domanda di omologazione in osservanza dell'art. 101 c.p.c. che impone il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio.

14.3 SOSPENSIONE FERIALE DEL TERMINE

Si discute se il ricorso ex art. 182 bis L.F. il termine di trenta giorni previsto dall'art. 182 bis, comma 4, L.F. per proporre opposizione sia soggetto alla sospensione feriale dei termini processuali.

- In caso di riunione¹³⁷ con la procedura prefallimentare il termine non è però sospeso per coordinamento tra il procedimento per la dichiarazione di fallimento ed il procedimento di omologa dell'accordo di ristrutturazione.

Altro tribunale¹³⁸ ritiene che il termine sia sempre perentorio

14.4 NON PROROGABILITÀ DEL TERMINE DI 60 GIORNI

Per il tribunale di Novara¹³⁹ il termine di sessanta giorni entro cui va depositato l'accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182bis, comma 7, legge fall. non è prorogabile.

¹³⁶ Cfr., Vittorio Giorgi, *Poteri del giudice nell'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del debito*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2015, pag. 386

¹³⁷ Tribunale Santa Maria Capua Vetere, 25.11.13, in *Il caso.it*

¹³⁸ Tribunale Ravenna 10 ottobre 2013

¹³⁹ Tribunale di Novara - Sez. fall. - Sentenza 2 maggio 2011, n. 26; cfr., Ceschel Carmen, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: divieto di azioni esecutive nelle trattative* in *IlSole24ore.com* Edizione Novembre 2011, n. 11/12 pag. 71



15. OPPOSIZIONE ALL'ACCORDO

15.1 PREMESSA

L'opposizione all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis, legge fallimentare non è un vero e proprio mezzo di impugnazione, in quanto gli effetti contrattuali prodotti tra i contraenti sono del tutto indipendenti dal provvedimento di omologa ma solo e soltanto se le parti non abbiano subordinato (anche tacitamente) la loro produzione all'omologa.

L'interesse¹⁴⁰ ad opporsi alla omologa dell'accordo di ristrutturazione deve, pertanto, essere valutato esclusivamente con riferimento all'interesse concreto a non subire gli effetti che all'omologa conseguono, costituiti dalle esenzioni degli atti esecutivi dell'accordo dalla revocatoria fallimentare e dai reati di bancarotta (artt. 67, comma 2, lett. e) e 217 bis, legge fall.)

15.2 INATTUABILITÀ DELL'ACCORDO

Perché¹⁴¹ la stipula di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis, legge fallimentare possa comportare l'archiviazione della domanda di fallimento pendente, occorre che il debitore richieda l'omologa dell'accordo e il tribunale, riuniti i procedimenti di omologazione e per dichiarazione di fallimento, ritenga che l'accordo sia effettivamente in grado di rimuovere l'insolvenza.

15.3 IL COMPUTO DELLE PERCENTUALI DI ADESIONE

In tema di computo della percentuale del 60% dei crediti si pone la questione se debbano o meno essere considerati i crediti infragruppo.

In merito il Tribunale di Milano ha affermato la necessità di computare nel calcolo per il raggiungimento del 60% anche i crediti infragruppo.

¹⁴⁰ Tribunale Bologna 17 novembre 2011

¹⁴¹ Tribunale Udine 02 agosto 2012



16. OMOLOGA

16.1 VAGLIO PRELIMINARE SULL'AMMISSIBILITÀ

Il primo vaglio del tribunale concerne l'ammissibilità del ricorso e si estrinseca nella verifica della completezza delle allegazioni e della regolarità procedurale.

Es. inammissibilità per mancata pubblicazione al registro delle imprese

16.2 VAGLIO DELL'ACCORDO: TESI RESTRITTIVA

“Il tribunale¹⁴² deve valutare solo la coerenza e la completezza, secondo parametri logico-giuridici, delle motivazioni poste a base dell'attestazione rilasciata dall' attestatore . L'eventuale omologazione dell'accordo non potrebbe leggersi quale certificazione della fattibilità dell'accordo e del piano, ma avrebbe la valenza e la portata più contenuta appena indicata”.

“Al contrario in presenza di una o più opposizioni l'ambito di indagine ricomprenderà tutti i motivi di contestazione”

Autorevole dottrina¹⁴³ - estremamente restrittiva e proponente il controllo del giudice in sede di omologa come quello della tutela camerale - osserva che in assenza di opposizioni il tribunale dovrebbe limitarsi ad una verifica della legittimità formale, ad una verifica della sussistenza della documentazione e dei requisiti soggettivi ed oggettivi. Pertanto la valutazione del Tribunale deve essere svolta in astratto, prendendo in esame la relazione del professionista e valutandola sotto i profili della chiarezza espositiva, completezza, congruità delle analisi ed accuratezza valutazioni. Il tribunale dovrebbe limitarsi alla verifica di un aspetto estrinseco al contenuto, la verifica della mera coerenza e completezza logico argomentativa dell'attestazione.

16.3 VAGLIO DELL'ACCORDO: TESI PREVALENTE

Il tribunale¹⁴⁴, in mancanza di opposizioni, oltre al vaglio sull'ammissibilità e sulla sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi, valuta i contenuti della relazione attestativa riscontrando: 1) la inesistenza di vizi logici o contraddizioni; 2) la esaustività e completezza delle analisi e delle argomentazioni; 3) l'inesistenza di affermazioni contrastanti la comune esperienza, ecc..; 4) l'idoneità della relazione attestativa allo scopo per cui è legalmente richiesta cioè a svolgere la funzione per cui è prevista

“Qualora invece vi siano opposizioni, il thema decidendum del giudizio di omologazione subisce una inevitabile estensione cognitoria, potendo il controllo del Tribunale estendersi, in relazione ai motivi di contestazione, alla verifica non

¹⁴² Tribunale di Roma – 20 maggio 2010 (tesi restrittiva) (in il diritto fallimentare e delle società commerciali, 2011, parte II, pag. 352)

¹⁴³ Maurizio Galiardo, *Accordi di ristrutturazione: valutazione del tribunale e inadempimento dell'accordo di ristrutturazione*, in il diritto fallimentare e delle società commerciali, 2011, parte II, pag. 161

¹⁴⁴ Tribunale di Reggio Calabria – 24 gennaio 2012 (in Ilfallimentarista)



solo dell'astratta idoneità degli accordi raggiunti a liberare risorse sufficienti al pagamento integrale dei creditori estranei, ma alla fattibilità più in generale del piano di ristrutturazione o di liquidazione sottostante agli accordi”.

16.4 EFFETTI LEGALI NEI CONFRONTI DI TERZI

Autorevole dottrina¹⁴⁵ insiste sul fatto che la produttività di effetti anche nei confronti dei creditori estranei e di terzi **impone un controllo non di legittimità formale ma sostanziale, anche in assenza di opposizioni.**

- Parimenti in giurisprudenza si legge che “*Nell'ambito¹⁴⁶ del procedimento di omologazione degli accordi di ristrutturazione di cui all'articolo 182 bis, legge fallimentare, l'oggetto del controllo del tribunale sulla attuabilità del piano - mediato dalla relazione dell'attestatore le cui analisi e valutazioni dovranno essere accurate, logiche, esaustive e coerenti - è del tutto indipendente dalla proposizione di eventuali opposizioni ed è diretto a verificare se la serietà del piano, avuto riguardo alle risorse liberate dagli accordi, lo renda idoneo, in un giudizio prognostico, al superamento della crisi, posto che questa è l'unica ragione che giustifica l'accettazione del rischio che il patrimonio dell'insolvente subisca riduzioni non più ripristinabili (per effetto della esenzione dalla revocatoria che consegue all'omologa) nel caso in cui quel piano, contrariamente alle previsioni, non riuscisse a realizzare il salvataggio dell'impresa.*”

Il tribunale di Bologna osserva che se emerge l'inattuabilità dell'accordo lo stesso non può essere omologato sia che vi siano opposizioni che hanno indicato ciò sia in assenza di opposizioni.

16.5 VAGLIO DELL'INIBITORIA

La inibitoria¹⁴⁷ di cui all'articolo 182 bis, comma 6, legge fallimentare, pur essendo un provvedimento cautelare emesso all'esito di un giudizio a carattere sommario e di natura prognostica, **non può fondarsi su un controllo esclusivamente formale in ordine alla sussistenza della documentazione richiesta.**

“È la norma stessa a contemplare una verifica anche di carattere sostanziale della ricorrenza dei presupposti per pervenire ad un accordo di ristrutturazione con le maggioranze richieste dal primo comma nonché della ricorrenza delle condizioni per assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei con i quali sono in corso trattative o che hanno già negato la propria disponibilità a trattare.

¹⁴⁵ Roberto Amatore, *Omologa dell'accordo: requisiti di ammissibilità del ricorso e limiti del sindacato del Tribunale sulla fattibilità*, IN IL FALLIMENTARISTA, 04/05/2012

¹⁴⁶ Tribunale bologna 17.11.11 in ilcaso.it

¹⁴⁷ Tribunale Roma 13 marzo 2012 in Ilcaso.it



16.6 VAGLIO DELL'INIBITORIA IN PRESENZA DI RICORSI PREFALLIMENTARI

Anche nell'ipotesi di presentazione¹⁴⁸ della sola istanza cautelare di cui al sesto comma dell'art. 182 bis l. fall, in pendenza di istanze di fallimento già in avanzata fase istruttoria, il tribunale deve valutare alla luce del piano proposto e della serietà delle trattative avviate con il ceto creditorio, se gli accordi prospettati siano in grado di rimuovere l'insolvenza consentendo all'impresa di superare la crisi, oppure se gli stessi non consentano di superare una insolvenza ormai irreversibile, procedendo ad una verifica anche di carattere sostanziale sull'idoneità del piano a risolvere i problemi aziendali, consentendo la soddisfazione dei creditori estranei agli accordi nei termini usuali, atteso che l'inibitoria di cui all'articolo 182 bis, comma 6, legge fallimentare, pur essendo un provvedimento cautelare emesso all'esito di un giudizio a carattere sommario e di natura prognostica, non può fondarsi su un controllo esclusivamente formale in ordine alla sussistenza della documentazione richiesta, ma deve essere esteso ad una verifica anche di carattere sostanziale della ricorrenza dei presupposti per pervenire ad un accordo di ristrutturazione con le maggioranze richieste e delle condizioni atte ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

*L'inibitoria¹⁴⁹ di cui all'articolo 182 bis, comma 6, legge fallimentare - pur essendo un provvedimento cautelare emesso all'esito di un giudizio a carattere sommario e di natura prognostica - non può essere evidentemente affidata ad un controllo solo formale sulla sussistenza della documentazione richiesta dovendo, invece, il giudice effettuare una **verifica anche sostanziale sulla ricorrenza "dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma" nonché "delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare"**.*

16.7 VAGLIO DEI FINANZIAMENTI PONTE

Nella¹⁵⁰ specie il professionista ha svolto un'accurata ed ampiamente motivata analisi dei flussi finanziari generati dalla futura attività aziendale, dagli accordi di ristrutturazione dei debiti e dagli apporti di nuova finanza.

¹⁴⁸ Tribunale Udine 30 marzo 2012 in Ilcaso.it

¹⁴⁹ Tribunale Roma 04 novembre 2011 in Ilcaso.it

¹⁵⁰ Tribunale di Reggio Calabria – 24 gennaio 2012 (in Ilfallimentarista)



17. SEPTIES E NUOVE NORME PENALI

17.1 182 SEPTIES C. 8

VIII. La relazione dell'ausiliario è trasmessa a norma dell'articolo 161, quinto comma.

17.2 ART. 236 L. FALL. PRIMO COMMA

Concordato preventivo e accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari, e convenzione di moratoria

I. È punito con la reclusione da uno a cinque anni l'imprenditore, che, **al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo o di ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari** o il consenso degli intermediari finanziari alla sottoscrizione della convenzione di moratoria, si sia attribuito attività inesistenti, ovvero, per influire sulla formazione delle maggioranze, abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti.

17.3 RATIO DELLA RESPONSABILITÀ PENALE PER A.D.R. FINANZIARI

In un contesto nel quale la responsabilità dell'emersione della crisi resta sull'imprenditore (si veda l'art. 182 sexies l. fall.), viene anticipata a soglia della rilevanza penale delle condotte.

Si modifica l'art. 236 l. fall. per punire le condotte di bancarotta fraudolenta poste in essere nell'ambito di un a.d.r. finanziario e di una convenzione di moratoria

Si puniscono, **attribuendo loro rilevanza penale, condotte contrattuali e precontrattuali perché ad esse l'ordinamento giuridico riconduce effetti legali.**

17.4 P.M. ED A.D.R.

Si modifica anche il ruolo del Pubblico Ministero negli a.d.r. perché già prima della riforma era stato affermato in giurisprudenza che il P.M. è legittimato a formulare opposizione all'omologa di un accordo di ristrutturazione.¹⁵¹

Quindi, ora, il compito di evitare il ricorso abusivo agli a.d.r. ed alle convenzioni di moratoria è attribuito funzionalmente al pubblico ministero al quale va sempre trasmessa la relazione dell'ausiliario.

¹⁵¹ cfr., Luigi Orsi, *Il ruolo del PM nella fase prefallimentare e la sua legittimazione alla richiesta dei provvedimenti cautelari o conservativi ex art. 15, comma 8, l. fall. in l'fallimentarista*, ove si legge: *L'accordo può essere oggetto di opposizione da parte dei creditori e di ogni altro interessato (art. 182 bis comma 4 l. fall.). In questa categoria può rientrare il PM che ritenga di intervenire nel giudizio di omologa (Trib. Milano 15 ottobre 2009 citata, ma anche Trib. Milano 25 marzo 2010, Snia S.p.A). Quest'ultima decisione ha precisato che l'intervento va ricondotto sia alla previsione dell'art. 70 u.c. c.p.c. (intervento in ogni procedimento civile ove ravvisi un interesse pubblico), sia all'art. 182 bis l. fall. che legittima ogni interessato.*



17.5 DOLO SPECIFICO NELLE PROCEDURE DI CRISI

Infatti ora, oltre che per il concordato preventivo, anche per gli a.d.r. e le convenzioni di moratoria, è punito l'imprenditore che assume due specifiche condotte entrambe caratterizzate dall'elemento soggettivo del dolo specifico.

Nella prima ipotesi il dolo specifico è così indicato: *La prima al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo o di ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o il consenso degli intermediari finanziari alla sottoscrizione della convenzione di moratoria* e la condotta tipica può essere concretizzata solo attribuendosi attività inesistenti.

Nella seconda ipotesi il dolo specifico è così indicato: *per influire sulla formazione delle maggioranze* e la condotta tipica è così concretizzabile: *abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti*.

In sintesi:

- a) si tutela l'affidamento dei terzi;
- b) si reprime l'inveritiera rappresentazione della realtà dell'impresa;
- c) si autorizza il P.M. a verificare se l'imprenditore ha i requisiti e le condizioni per conseguire i benefici ricondotti dalla legge al C.P., agli a.d.r. e alla moratoria.

17.6 236 L. FALL, SECONDO E TERZO COMMA

Il secondo ed il terzo comma dell'art. 236 l. fall. si pongono come norma di rinvio per l'individuazione delle singole disposizioni penali fallimentari che il legislatore ha inteso rendere applicabili alla procedura di concordato preventivo, agli a.d.r. ed alle convenzioni.

II. Nel caso di concordato preventivo, si applicano:

- 1) le disposizioni degli artt. 223 e 224 agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società;
- 2) la disposizione dell'art. 227 agli institori dell'imprenditore;
- 3) le disposizioni degli artt. 228 e 229 al commissario del concordato preventivo;

4) le disposizioni degli artt. 232 e 233 ai creditori.

III. Nel caso di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di convenzione di moratoria, si applicano le disposizioni previste dal secondo comma, numeri 1), 2) e 4).

17.7 BANCAROTTA NEGLI A.D.R. E NELLE CONVENZIONI

Quindi sono applicabili le disposizioni riguardanti la bancarotta fraudolenta di cui all'art. 223 L. Fall. e le disposizioni riguardanti la bancarotta semplice di cui all'art. 224 L. Fall. anche agli a.d.r. ed alle moratorie.

Vi è quindi **equiparazione** tra sentenza dichiarativa di fallimento, decreto di ammissione al concordato preventivo e atto di stipula dell'a.d.r. e della moratoria

Il riferimento è quindi:

- per l'art. 223 (pene per la bancarotta fraudolenta), alla sanzionabilità del debitore (reclusione da tre a dieci anni) delle ipotesi di distrazione,



occultamento, distruzione o dissipazione (anche parziale) dei suoi beni ovvero, esposizione di passività inesistenti; falsificazione, distrazione o distruzione di libri contabili per ostacolare la ricostruzione del patrimonio;

- per l'art. 223 (pene per la bancarotta semplice), alla sanzionabilità del debitore (reclusione da sei mesi a due anni) che ha fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica; ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti; ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento; ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa; non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare; alla mancata o irregolare tenuta delle scritture contabili;
- per l'art. 227, alla sanzionabilità dell'istitutore dell'imprenditore debitore per i reati di bancarotta (semplice e fraudolenta), ricorso abusivo al credito e denuncia di creditori inesistenti;
- per l'art. 232, alla sanzionabilità (reclusione da uno a cinque anni) di chiunque faccia domande di ammissione di crediti simulati o compia distrazioni di beni (senza concorso col debitore);
- per l'art. 233, alla sanzionabilità (reclusione da sei mesi a tre anni e multa non inferiore a 103 euro) del cd. mercato di voto da parte dell'intermediario finanziario che concorda col debitore, o con altri nell'interesse di quest'ultimo, vantaggi a proprio favore per dare il suo voto all'accordo di ristrutturazione o alla convenzione di moratoria.

17.8 236 BIS

Una significativa¹⁵² modifica interessa l'art. 236-bis, L. fall. con cui, per coordinamento, è estesa alla ristrutturazione del credito con intermediari finanziari e alla convenzione di moratoria, la disciplina sanzionatoria del falso in attestato e in relazioni. È quindi punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro il professionista che, nelle relazioni, previste dall'art. 182-septies, espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti. Aumenti di pena sono previsti se il fatto è commesso per conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri o se ne deriva un danno per i creditori.

Si osserva sul punto che obblighi di attestazione dell'omogeneità delle posizioni giuridiche e degli interessi economici delle banche interessate alla convenzione in moratoria sono espressamente stabiliti dall'art. 182-septies, comma 5, in capo al professionista-revisore legale designato dal debitore.

Una relazione dello stesso professionista (sulla veridicità dei dati aziendali e la fattibilità della convenzione) dovrà accompagnare l'opposizione alla convenzione da parte delle banche non aderenti (art. 182-septies, sesto comma). Inoltre, nonostante l'art. 182-septies non si riferisca espressamente alla relazione di un

¹⁵² Si veda la scheda di lettura dei lavori preparatori all'articolo 10 della legge di conversione 6 agosto 2015 n. 132

professionista, si ritiene - ai fini dell'omologazione da parte del tribunale – che possano avere tale forma e provenienza “le complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale economica e finanziaria del debitore.....” che, ai sensi del quarto comma, devono essere trasmesse alle banche a cui il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo di ristrutturazione



18. FINANZIAMENTI IMPRESA IN CRISI

18.1 NUOVI STRUMENTI DEL 2015

- Il sistema configurato attraverso gli artt. 182 bis e septies, 182 quater e quinquies, 67, 217 bis, l. fall. nel suo complesso consente plurime risposte ai problemi della ristrutturazione delle imprese in crisi e dell'erogazione alle stesse di nuovi finanziamenti eliminando revocabilità, conferendo prededucibilità, eliminando responsabilità civile e penale e conferendo efficacia in capo ai creditori finanziari dissenzienti realizzando così un coacervo di misure incentivanti¹⁵³ volte da un lato a conferire a conferire “sicurezza” al soggetto finanziatore – quasi sempre bancario – in ordine alle possibilità di restituzione del prestito, tanto nel corso delle differenti procedure volte al risanamento dell'impresa quanto e soprattutto nel corso dell'eventuale “fallimento” e volte dall'altro a convincere gli imprenditori ad un salto di qualità nei propri comportamenti.
- Certo è, da un punto di vista sostanziale, che *“costituisce¹⁵⁴ un rilievo diffuso quello secondo cui la riuscita di qualunque efficace programma di ristrutturazione del debito e di risanamento aziendale necessita di risorse finanziarie adeguate e, conseguentemente, dell'appoggio di finanziatori in grado di immettere liquidità (c.d. fresh money) nelle spesso esauste casse dell'impresa in crisi. Del pari, costituisce una annotazione altrettanto ricorrente che, proprio in questa fase delicatissima – nella quale spesso si “giocano” le sorti dell'impresa e la scelta fra un piano puramente dismissivo/liquidatorio ed uno con continuità aziendale (con tutto quello che ciò comporta in termini di difesa di posti di lavoro, mantenimento degli intangibles aziendali, evitata svalutazione dell'avviamento e di altre utilità) – l' “autodenuncia” della situazione di crisi può addirittura rappresentare un boomerang tale da determinare, all'opposto, una stretta creditizia e la prematura chiusura di rapporti di finanziamento, aperture di credito, linee di smobilizzo dei crediti.*

18.2 OBBLIGAZIONI PREDEDUCIBILI NEGLI ACCORDI

A livello di approfondimento scientifico va aggiunto che la prededuzione non può più essere descritta come una categoria unitaria od un istituto come “una qualità”¹⁵⁵

¹⁵³ Cfr., Alessandro Farolfi, *Fallimento e concordato preventivo: le novità di agosto, relazione alla Scuola Superiore della Magistratura, Novembre 2015.*

¹⁵⁴ Alessandro Farolfi, *Fallimento e concordato preventivo: le novità di agosto, relazione alla Scuola Superiore della Magistratura, Novembre 2015.*

¹⁵⁵ Danilo Galletti, *prededuzione, revocatorie e tecniche basate sull'inefficacia e sul risarcimento del danno, in il fallimentarista, dicembre 2015.* L'autore ivi afferma anche “Obiettivo finale di questo lavoro è quello di dimostrare come l'istituto “storico” della prededuzione, di recente profondamente rivisitato e fatto oggetto di “utilizzi” legislativi ben distanti dalla sua dimensione archetipica, costituisca ormai non una mera categoria del processo esecutivo, bensì una figura di carattere sostanziale, che mira ad assegnare



del credito, e dunque una categoria sostanziale, non più solo processuale, che attiene direttamente al debito (e non solo alla responsabilità)”.

. In giurisprudenza si affermava prima delle riforme del 2005 che l'elenco tassativo delle eccezioni al principio del concorso doveva essere riconducibile alle seguenti serie di “*spese*”: a) le spese di registrazione della sentenza dichiarativa di fallimento ; b) le spese inerenti ai reclami ex artt. 26 e 36 (chiaramente laddove accolti); c) il compenso spettante al curatore; d) le spese del comitato dei creditori; e) le spese di apposizione dei sigilli; f) le spese di redazione dell'inventario e di formazione dello stato passivo; g) le spese del creditore vittorioso nei giudizi di rivendicazione; h) le spese di prosecuzione dell'espropriazione immobiliare pendente ex art. 107; i) le spese inerenti alle vendite fallimentari (comprendendo anche quelle di cancellazione di iscrizioni e trascrizioni); l) le spese di ripartizione dell'attivo; m) le spese del giudizio di rendiconto; n) le spese del giudizio di omologazione del concordato fallimentare; o) le spese dei giudizi di opposizione, risoluzione o annullamento del concordato, laddove esperiti con esito positivo.

In dottrina tale elenco era ritenuto incompleto sicché per l'individuazione dei crediti di massa sono stati proposti tre criteri: - **cronologico**, obbligazioni sorte dopo la dichiarazione di fallimento; - **soggettivo**, fatto genetico riconducibile all'attività degli organi fallimentari; - **strumentale**, funzione procedurale dei crediti di massa: consentono l'acquisizione, l'amministrazione e la liquidazione dei beni del fallito nell'interesse dei creditori concorrenti. Altri studiosi qualificano sinteticamente le spese prededucibili come il **costo dell'esecuzione concorsuale, compiuto nell'interesse dei creditori**.

- Nell'ottica della progressiva estensione della categoria va rammentata la tesi giurisprudenziale secondo la quale “*può¹⁵⁶ riconoscersi natura prededucibile solamente a quelle spese che siano state **contratte dagli organi durante la procedura e per le finalità della stessa attesa l'esigenza di una stretta correlazione fra pendenza della procedura e momento genetico del credito prededucibile***”.

Tale definizione, come osserva attenta¹⁵⁷ dottrina, va oggi modificata perché la prededucibilità non può essere riguardata come un istituto processuale del diritto esecutivo concorsuale volta ad attribuire la preferenza su ogni altro credito sull'attivo concorsuale di rango inferiore ma come una caratteristica attribuita dall'ordinamento all'**obbligazione prededucibile**.

Infatti le passività prededucibili oggi partecipano nelle¹⁵⁸ forme previste dagli art. 111 e 111 bis al concorso nel fallimento ma con il loro rango: all'uopo l'art. 111,

incentivi positivi affinché gli attori del diritto concorsuale assumano specifici comportamenti, strumentali al conseguimento di fini particolari.”

¹⁵⁶ Trib. Mantova, sent. 19.3.99

¹⁵⁷ Danilo Galletti, *prededuzione, revocatorie e tecniche basate sull'inefficacia e sul risarcimento del danno, in il fallimentarista, dicembre 2015.*

¹⁵⁸ ccc



comma 2, 1. fall. “considera” prededuttivi quei crediti che siano così qualificati da specifiche disposizioni di legge, oppure la cui contrazione sia avvenuta “*in occasione*” oppure “*in funzione*” di una procedura concorsuale regolata dalla stessa legge fallimentare.

Parimenti nelle altre procedure ed ora anche negli accordi di ristrutturazione si rinvengono **obbligazioni prededucibili vale a dire debiti che saranno pagati integralmente e con priorità tanto nel successivo eventuale fallimento quanto durante l’esecuzione dell’accordo.**

Il punto è che, salvo che per quelle specificatamente individuate normativamente, la ricostruzione del rango di obbligazione prededucibile risulta oggi estremamente più difficile essendosi modificati i presupposti al punto da ritenere prededucibili spese sorte prima della procedura.

Il punto è che oltre alla **prededucibilità esterna** nel successivo eventuale fallimento occorre **individuare come è regolata anche la prededuzione interna** alla procedura speciale in cui tale qualifica è accordata all’obbligazione prededucibile.

“Dunque la prededuzione¹⁵⁹ è ormai un istituto di carattere sostanziale, idoneo a munire i crediti che rispondono ai requisiti previsti dalla legge di una qualità, da spendere nel corso della medesima procedura nel cui ambito l’obbligazione è sorta, oppure in qualsiasi procedura successiva, anche non posta con la precedente in regime di “consecuzione”, ed anche se avente natura diversa dal fallimento”.

“Trattasi¹⁶⁰ di una qualità che tuttavia non può essere acquistata anche a prescindere da una procedura concorsuale: anche il finanziamento “bridge” (art. 182-quater), infatti, per beneficiare del trattamento prededuttivo deve vedere poi una procedura concordataria aperta (od un accordo omologato), benché successivamente ed eventualmente revocata o chiusa; la nascita della fattispecie negoziale da cui scaturisce il credito quindi è solo un prodromo, un primo elemento di una fattispecie a formazione progressiva che non si completa, quanto alla prededuzione, in carenza dell’ingresso del debitore in procedura. La qualità sostanziale in questione poi è destinata ad essere spesa solo nell’ambito di una procedura concorsuale, non anche al di fuori di essa, ad es. nel contesto di un’esecuzione singolare: dunque se il creditore intende avvalersi del beneficio dovrà provocare l’attrazione dell’esecuzione individuale al concorso, avvalendosi dei poteri di cui dispone (va detto che anche se l’esecuzione abbia natura fondiaria, ed essa prosegua fuori dal fallimento, in ogni caso il riparto dovrà seguire le regole fallimentari, e dunque la prededuzione dovrà essere graduata con l’ipoteca secondo i principi concorsuali, ed il fatto non è irrilevante dal punto di vista sistematico). In questo la prededuzione continua a distinguersi dalle prelazioni comuni, che invece sono destinate ad operare anche al di fuori del

¹⁵⁹ Danilo Galletti, *prededuzione, revocatorie e tecniche basate sull’inefficacia e sul risarcimento del danno, in il fallimentarista, dicembre 2015.*

¹⁶⁰ Danilo Galletti, *prededuzione, revocatorie e tecniche basate sull’inefficacia e sul risarcimento del danno, in il fallimentarista, dicembre 2015.*



contesto concorsuale (nel mondo anglosassone ad es. proprio la occasionale modificazione delle prelazioni imposte da specifiche norme di diritto concorsuale è seriamente osteggiata in ambito accademico, anche per motivi di carattere ideologico). Si tratta d'altro canto pur sempre di una qualità che afferisce all'obbligazione, e dunque alla sostanza, non al processo, non diversamente da quanto si ritiene, da parte della migliore dottrina, quanto alla responsabilità, che fa parte del contenuto dell'obbligazione, in modo da distinguersi dal debito, pur non potendo essere separata da esso”.

18.3 FUNZIONE 182 QUATER E QUINQUIES

Gli articoli, come ora rinnovellati, 182 quater e quinquies hanno la funzione di favorire con la prededuzione l'erogazione di provviste finanziarie alle imprese in crisi, al fine di favorire il buon esito di eventuali tentativi di ristrutturazione.

18.4 PREAMBOLO D.L. N. 83/2015

Ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di rafforzare le disposizioni sull'erogazione di provvista finanziaria alle imprese in crisi, di promuovere la contendibilità delle imprese in concordato preventivo in modo da incentivare condotte virtuose dei debitori in difficoltà e favorire esiti efficienti ai tentativi di ristrutturazione, di rafforzare i presidi a garanzia della terzietà ed indipendenza degli incaricati che affiancano il giudice nella gestione delle procedure concorsuali, di prevedere la possibilità di concludere nuove tipologie di accordo di ristrutturazione del debito.

18.5 SALVAGUARDIA OLD MONEY

Non si applica il 55, comma secondo, l. fall agli accordi di ristrutturazione e quindi le linee di credito in essere permangono attive mentre nel c.p. tutti i crediti scadono all'atto del deposito della relativa domanda, anche con riserva.

18.6 FRESH MONEY

Senza pretesa di completezza pare il caso di riassumere le categorie di finanziamenti precisando che¹⁶¹ *“costituisce un rilievo diffuso quello secondo cui la riuscita di qualunque efficace programma di ristrutturazione del debito e di risanamento aziendale necessita di risorse finanziarie adeguate e, conseguentemente, dell'appoggio di finanziatori in grado di immettere liquidità (c.d. fresh money) nelle spesso esauste casse dell'impresa in crisi.”*

18.7 TRE STRUMENTI INCENTIVANTI L'EROGAZIONE

- Artt. 182 quater e 182 quinquies
Indicano le condizioni per la prededuzione dei nuovi finanziamenti nell'eventuale successivo fallimento;
- Artt. 67, co. 3, lett. d) – e)

¹⁶¹ Cfr., Alessandro Farolfi, *La “nuova finanza” nella fase introduttiva del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in il caso.it 16/11/15



Disciplina l'esenzione da revocatoria sia per le garanzie ricevute a fronte l'erogazione di nuove risorse finanziarie sia per i pagamenti ottenuti per il relativo rimborso

- Artt. 217 bis
Esenzione da responsabilità civile per concessione abusiva del credito; e da responsabilità penale per concorso nei reati fallimentari.

18.8 182 QUATER COMMA 1 IN ESECUZIONE OMOLOGATO

«nuova finanza» erogata all'impresa in crisi in esecuzione del piano di risanamento dopo l'omologazione dell'accordo

Funzione: esecuzione del piano

Predeuzione condizionata alla previsione nel piano dell'erogazione e del rimborso della nuova finanza

Quindi il **momento della richiesta** è il deposito del piano ove vanno indicati i finanziamenti.

18.9 182 QUATER COMMA 2 FINANZA PONTE

Funzione

consentire al debitore di mantenere la solvibilità fino al momento della presentazione della domanda CP o del ADR

Quindi il **momento della richiesta** è il deposito del piano ove vanno indicati

I finanziamenti ponte fruiscono del beneficio della predeuzione ma alla quadruplica condizione :

- che siano effettivamente erogati prima della presentazione del ricorso;
- che siano effettivamente in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della presentazione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti;
- che siano specificatamente previsti nel piano;
- che la predeuzione sia espressamente accordata dal provvedimento giudiziale che dispone l'ammissione alla procedura concordataria o sopraggiunga la omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei crediti.

18.10 182 QUATER COMMA 3 SOCI

In deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, il primo e il secondo comma si applicano anche ai finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare. Si applicano i commi primo e secondo quando il finanziatore ha acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo.



Alle stesse condizioni in deroga alle disposizioni sulla postergazione dei finanziamenti effettuati dai soci si concedono gli stessi effetti ma nei limiti dell'80% di quanto erogato a favore dell'impresa in crisi.

Deroga agli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. (postergazione)

18.11 182 QUATER COMMA 3 SOCI NUOVI

La deroga alla postergazione si applica anche quando il finanziatore ha acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo

Nessun limite verso chi non era socio nel momento in cui l'indebitamento si è formato

18.12 182 QUINQUES PRIMO COMMA

Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182 bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182 bis, sesto comma, può CHIEDERE AL TRIBUNALE di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, PREDEDUCIBILI ai sensi dell'articolo 111, se un PROFESSIONISTA designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, ATTESTA che tali finanziamenti SONO FUNZIONALI ALLA MIGLIORE SODDISFAZIONE DEI CREDITORI.

18.13 182 QUINQUES SECONDO COMMA

L'autorizzazione di cui al primo comma può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative

18.14 182 QUINQUES TERZO COMMA

Il debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, anche in assenza del piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato in via d'urgenza a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, o all'udienza di omologazione di cui all'articolo 182-bis, quarto comma, o alla scadenza del termine di cui all'articolo 182-bis, settimo comma. Il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti e che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda. Il tribunale, assunte sommarie informazioni



sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione, sentito il commissario giudiziale se nominato, e, se del caso, sentiti senza formalità i principali creditori, decide in camera di consiglio con decreto motivato, entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione. La richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda.

18.15 FINANZIAMENTI INTERINALI ED INTERINALI URGENTI

Per i finanziamenti interinali non caratterizzati dal requisito dell'urgenza di cui al primo comma dell'art. 182 quinquies, accanto alla facoltà del tribunale di assumere informazioni, è necessaria l'attestazione del professionista.

Il primo genere si può quindi anche 162 definire "**finanziamento interinale prededucibile attestato**"

Per i finanziamenti urgenti "*l'apporto¹⁶³ cognitivo qualificato è sostituito dall'audizione del commissario giudiziale ed, eventualmente, dei principali creditori nonché dalla dichiarazione del debitore relativa alla destinazione dei finanziamenti, alla mancanza di alternative in ordine alla possibilità di reperirli, al pregiudizio imminente ed irreparabile che deriverebbe all'azienda dall'assenza degli stessi.*"

"Solo la natura¹⁶⁴ emergenziale delle erogazioni giustifica il ricorso alla procedura semplificata di cui all'art. 185-quinquies c. 3, l. fall."

Momento della richiesta:

Fase interinale C.P. «in bianco» (art. 161, co. 6)

Fase interinale A.D.R.

Dopo il deposito della proposta di A.D.R.

Non è prevista la concessione di finanza interinale in pendenza di una domanda di concordato preventivo definitiva

Funzione interinali:

finanziamenti interinali strumentali all'esecuzione del piano anche liquidatorio

Funzione interinali urgenti:

finanziamenti interinali strumentali all'esecuzione del piano solo di continuità

Momento dell'erogazione:

devono essere erogati durante la procedura

18.16 182 QUINQUIES COMMA 1 FIN INTERINALI

La domanda di autorizzazione per finanziamenti interinali

¹⁶² Cfr., Alessandro Farolfi, *La "nuova finanza" nella fase introduttiva del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in diritto.it 16/11/15

¹⁶³ Cfr., Donato Carbone, *Le novità della riforma estiva (d.l. n. 83/2015, convertito nella l. n. 132/2015) in tema di finanza interinale*, in diritto.it il 3.11.2015

¹⁶⁴ Cfr., Donato Carbone, *Le novità della riforma estiva (d.l. n. 83/2015, convertito nella l. n. 132/2015) in tema di finanza interinale*, in diritto.it il 3.11.2015

Può essere formulata anche in caso di mero deposito della proposta di accordo ex art. 182 bis co. 6 l. fall.;

deve essere corredata da **attestazione della funzionalità** del finanziamento alla migliore soddisfazione dei creditori prendendo in esame il fabbisogno finanziario dell'impresa "sino alla omologazione",

può essere formulata anche "in un'ottica puramente¹⁶⁵ liquidatoria (purché ovviamente ciò corrisponda sempre al "migliore interesse dei creditori")"

18.17 BEST INTEREST

Best interest¹⁶⁶ nel C.P. la migliore soddisfazione dei creditori;

"in tema di finanziamenti¹⁶⁷ prededucibili di cui all'art. 182-quinquies L.F., è necessario distinguere il caso in cui l'attestazione viene resa nella prospettiva o in presenza di un piano concordatario da quella in cui si tratti di attestare la funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori di un accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis L.F.". Per poi proseguire ritenendo che, nel primo caso (ottica concordataria) "l'attestazione di cui al primo comma dell'articolo citato dovrà avere ad oggetto la convenienza per i creditori, in termini di concrete prospettive di soddisfacimento, della dilatazione dell'esposizione debitoria della società in crisi conseguente alla contrazione di debiti prededucibili...tale convenienza non può che derivare dall'entità degli utili derivanti dalla prosecuzione dell'impresa (consentita dai finanziamenti) o dall'accrescimento del valore dei beni che possono essere ultimati soltanto grazie alla finanza nuova. Allo scopo di garantire i creditori da una possibile violazione della loro garanzia patrimoniale, la convenienza dovrà, pertanto, risolversi in una prospettiva di soddisfacimento secondo percentuali più favorevoli".

Best interest negli a.d.r. l'adempimento dell'accordo

"poiché¹⁶⁸ gli accordi di ristrutturazione sono uno strumento di natura negoziale-privatistica, implicante la conclusione di un accordo da parte del singolo creditore aderente ed il diritto all'integrale pagamento per chi non aderisca e resti pertanto estraneo, nella redazione dell'attestazione non si porrà il problema del rispetto della garanzia patrimoniale dei creditori, in quanto ogni creditore è libero di firmare l'accordo che gli viene proposto rinunciando a parte del proprio credito o a parte della propria garanzia patrimoniale, o di restare estraneo, con la conseguente possibilità di pretendere il pagamento integrale. In tali casi, sarà,

¹⁶⁵ Cfr., Alessandro Farolfi, *La "nuova finanza" nella fase introduttiva del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilcaso.it 16/11/15

¹⁶⁶ Cfr., Trib. Bergamo, 26 giugno 2014, in www.ilcaso.it

¹⁶⁷ Cfr., Trib. Bergamo, 26 giugno 2014, in www.ilcaso.it

¹⁶⁸ Cfr., Trib. Bergamo, 26 giugno 2014, in www.ilcaso.it



pertanto, necessario riferire il concetto di funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori ad un generico rafforzamento delle possibilità di riuscita del piano sottostante agli accordi”.

18.18 182 QUINQUIES COMMA 3 INTERINALI URGENTI

Relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 3201 di conversione in legge

I finanziamenti ex art. 182 quinquies, co. 3 devono essere limitati a quanto indispensabile a «sostenere l'attività aziendale nell'immediato, al fine di preparare l'istanza di autorizzazione del vero e proprio finanziamento interinale (presumibilmente per importi ben maggiori).

(...)

Il nuovo terzo comma consente al debitore di richiedere al tribunale la pronuncia di provvedimenti d'urgenza, ispirati ai first day orders previsti nel Chapter 11 statunitense, che autorizzino sin da subito il debitore, che presenti la domanda «prenotativa», a contrarre limitati finanziamenti prededucibili necessari a sostenere l'attività aziendale per il periodo necessario per preparare l'istanza di autorizzazione del vero e proprio finanziamento interinale (la cui funzione è invece di sostenere l'attività d'impresa durante la procedura e quindi per importi ben maggiori). Ciò alla luce del prevedibile importo ridotto e dell'urgenza che costituisce presupposto di tali finanziamenti, senza che l'impresa in crisi debba presentare l'attestazione di un professionista in merito alla funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori, né tanto meno il piano e la proposta di concordato».

18.19 182 QUINQUIES COMMA 3 INTERINALI URGENTI

Funzione: proteggere la continuità in procedura

Finanziamenti funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, o all'udienza di omologazione di cui all'articolo 182-bis, quarto comma, o alla scadenza del termine di cui all'articolo 182-bis, settimo comma.

Condizioni:

a) indicazione delle destinazione dei finanziamenti; b) non reperibilità altrimenti; c) pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda ; d) funzionalità all'esercizio dell'attività aziendale; e) durante la procedura

Procedura: esame e decreto del tribunale.

Il tribunale, assunte sommarie informazioni sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione, sentito il commissario giudiziale se nominato, e, se del caso, sentiti senza formalità i principali creditori, decide in camera di consiglio con decreto motivato, entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione.



18.20 182 QUINQUIES C.3 - MANTENIMENTO LINEE AUTOLIQUIDANTI

La richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda.

L'autorizzazione neutralizza la rilevanza penale di condotte altrimenti suscettibili di integrare le fattispecie criminose di bancarotta semplice e bancarotta fraudolenta (cfr. art. 217-bis l. fall.).

Il 182 quinquies l. fall. terzo comma ultima parte consente al tribunale di autorizzare con decreto sempre e soltanto per proteggere la continuità dell'azienda durante la procedura il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda

Costituiscono rischi autoliquidanti le operazioni caratterizzate da una fonte di rimborso predeterminata.

Si tratta di finanziamenti concessi per consentire alla clientela l'immediata disponibilità di crediti non ancora scaduti vantati nei confronti di terzi e per i quali l'intermediario segnalante ha il controllo sui flussi di cassa.

Di conseguenza, il rapporto coinvolge, oltre all'intermediario e al cliente anche un terzo soggetto debitore di quest'ultimo.

In particolare sono "autoliquidanti" perché caratterizzati da una fonte di rimborso predeterminata¹⁶⁹

- anticipo per operazioni di factoring;
- anticipo s.b.f.;
- anticipo su fatture;
- altri anticipi su effetti e documenti rappresentativi di crediti commerciali;
- sconto di portafoglio commerciale e finanziario indiretto;
- anticipo all'esportazione;
- finanziamento a fronte di cessioni di credito effettuate ai sensi dell'art. 1260 c.c.;
- prestiti contro cessione di stipendi

In sintesi l'impresa in crisi può ottenere nuova liquidità mediante la richiesta di finanziamenti caratterizzati da una fonte di rimborso predeterminata.

Secondo attenta dottrina¹⁷⁰ l'autorizzazione giudiziale svolge "la triplice funzione di neutralizzare la rilevanza penale di tali condotte, sottrarle all'operatività dell'azione revocatoria ex art. 67 l.f. ed, infine, consentire la fuoriuscita di un determinato credito dal concorso, purché quest'ultimo costituisca la fonte di rimborso di debiti sorti successivamente alla presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, di omologazione di un accordo di ristrutturazione oppure alla presentazione di una proposta di accordo"

¹⁶⁹ Cfr., Donato Carbone, *Le novità della riforma estiva (d.l. n. 83/2015, convertito nella l. n. 132/2015) in tema di finanza interinale*, in diritto.it il 3.11.2015

¹⁷⁰ Cfr., Donato Carbone, *Le novità della riforma estiva (d.l. n. 83/2015, convertito nella l. n. 132/2015) in tema di finanza interinale*, in diritto.it il 3.11.2015



18.21 182 QUINQUIES COMMA 4 AUTORIZZAZIONE PEGNO ED IPOTECA

18.22 182 QUINQUIES COMMA 4 AUTORIZZAZIONE CESSIONE CREDITI

182 Quinquies IV c. . Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca o a cedere crediti a garanzia dei medesimi finanziamenti.

La disciplina del IV comma si applica quando la cessione del credito non segue lo schema del flusso autoliquidante ma sia ad esempio “a scadenza” l’ordinamento amplia la tutela delle ragioni del creditore, prevedendo che questi possa vedersi alleggerito il rischio dell’inadempimento del debitore/imprenditore tramite la cessione di un credito in funzione di garanzia, oltre che mediante prestazione di pegno o ipoteca.

Quindi oltre alla prededuzione (nell’eventuale successivo fallimento) il nuovo finanziatore può essere autorizzato a ricevere pegni, ipoteche e crediti in garanzia.

La cessione del credito ne comporta la fuoriuscita dal patrimonio dell’impresa in crisi in virtù del collegamento sinallagmatico con l’operazione di finanziamento.

Il finanziatore, “*avendo*¹⁷¹ *acquistato il diritto di credito, in caso di inadempimento del cedente, si vedrà assicurata erga omnes la preferenza rispetto agli altri creditori in ordine al soddisfacimento sul credito ceduto*”

18.23 NUOVE LINEE AUTOLIQUIDANTI

L’autorizzazione a cedere crediti a garanzia di finanziamenti si salda con l’autorizzazione a mantenere le linee autoliquidanti in essere.

In dottrina prevale la tesi che le due norme conferiscano in generale il potere di chiedere negli accordi finalizzati alla continuità anche la creazione di nuove linee autoliquidanti

18.24 182 QUINQUIES COMMA VI AUTORIZZAZIONE PAGAMENTI

Continuità

Il debitore che presenta una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, in presenza dei presupposti di cui al quinto comma del presente articolo, a pagare crediti anche anteriori per prestazioni di beni o servizi. In tal caso i pagamenti effettuati non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'articolo 67.

¹⁷¹ Cfr., Donato Carbone, *Le novità della riforma estiva (d.l. n. 83/2015, convertito nella l. n. 132/2015) in tema di finanza interinale*, in diritto.it il 3.11.2015



19. SEPTIES –EFFETTI E NATURA

19.1 DISCIPLINA INTEGRATIVA

Il primo comma del septies prevede infatti che la disciplina di cui all'articolo 182 bis (...) è integrata:

«Quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, la disciplina di cui all'articolo 182 bis (...) è integrata dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto».

19.2 A.D.R. FINANZIARI : ESTENSIONE LIMITATA DEGLI EFFETTI

Gli accordi oggi si dividono in due categorie: quelli normali, i quali saranno ancor di più scarso utilizzo, e quelli finanziari, con operatori finanziari, ai quali si applicano non solo le regole del 182 bis l. fall. ma anche la disciplina particolare prevista dal septies che è caratterizzata dalla “**estensione**¹⁷² **degli effetti**”.

Va comunque rammentato che l'estensione degli effetti dell'accordo di ristrutturazione è limitato **ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria.**

“Restano fermi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari.”

19.3 A.D.R. CON INTERMEDIARI FINANZIARI

I. Quando un'impresa ha **debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo**, la disciplina di cui all'articolo 182-bis, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, è integrata dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto. Restano fermi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari.

II. L'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182-bis **può individuare una o più categorie** tra i creditori di cui al primo comma che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei. In tal caso, con il ricorso di cui al primo comma di tale articolo, **il debitore può chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria**, quando tutti i creditori della categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti **rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria**. Una banca o un intermediario finanziario può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria.

III. Ai fini di cui al precedente comma non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei novanta

¹⁷² Luciano Varotti, “*articolo 182 septies. accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*” in www.ilcaso.it



giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

IV. Il debitore, oltre agli adempimenti pubblicitari già previsti, deve notificare il ricorso e la documentazione di cui al primo comma dell'articolo 182-bis alle banche e agli intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo. Per costoro il termine per proporre l'opposizione di cui al quarto comma del medesimo articolo decorre dalla data della notificazione del ricorso. **Il tribunale procede all'omologazione previo accertamento**, avvalendosi ove occorra di un ausiliario, che le trattative si siano svolte in buona fede e che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo:

- a) abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti;
- b) abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative;
- c) possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle *alternative concretamente praticabili*.

19.4 DEFINIZIONE

Il meccanismo disciplinato dall'art. 182 septies l. fall. consente nel rispetto di determinate condizioni, di superare il dissenso di uno o più creditori (banche o intermediari finanziari) all'accordo di ristrutturazione del debito ex art. 182 bis l. fall. che il debitore ha raggiunto con gli altri creditori finanziari appartenenti alla medesima categoria e di imporre al creditore dissenziente i relativi effetti.

19.5 INTEGRAZIONE DEL 182 BIS L. FALL.

Come già rammentato nella parte generale gli accordi¹⁷³ di ristrutturazione dei debiti, quindi, sono ora caratterizzati da quattro fasi:

- (1) la fase delle trattative con i creditori, con eventuale deposito della proposta di accordo, con eventuale istanza di inibitoria con eventuale istanza di autorizzazione a contrarre finanziamenti; se septies necessariamente occorre la comunicazione a tutti i creditori finanziari dell'inizio delle trattative;
- (2) la fase eventuale della sottoscrizione della convenzione di moratoria con i creditori finanziari;
- (3) la fase della sottoscrizione dell'accordo;
- (4) la fase dell'omologazione dell'accordo.

L'accordo di ristrutturazione dei debiti non determina l'apertura del concorso dei creditori sul patrimonio, e non vi è alcun obbligo di rispettare la c.d. "*par conditio*

¹⁷³ Si veda la scheda di lettura dei lavori preparatori all'articolo 9 della legge di conversione 6 agosto 2015 n. 132



creditorum” tra i creditori e non è nominato alcun organo che rappresenta la massa dei creditori, non ha una efficacia vincolante verso tutti i creditori, ma solo nei confronti degli aderenti. Per questo motivo gli accordi di ristrutturazione dei debiti non possono essere considerati una procedura concorsuale.

19.6 PRIMO PRESUPPOSTO DI APPLICABILITÀ: METÀ DEL PASSIVO

Quindi il primo presupposto di applicabilità della disciplina speciale è che il passivo dell’impresa sia formato per almeno la metà da debiti verso aziende di credito

19.7 SECONDO PRESUPPOSTO DI APPLICABILITÀ: DISSENSO MINORITARIO

La disciplina speciale si applica solo e soltanto quando il “*dissenso delle aziende di credito sia minoritario*¹⁷⁴ all’interno della loro stessa categoria” ovvero quando i non aderenti rappresentano al massimo il venticinque per cento dei crediti della classe.

19.8 SUPERAMENTO DEL DISSENSO MINORITARIO DI CREDITORI OMOGENEI

Un primo elemento di novità previsto per i soli accordi finanziari è il meccanismo per il superamento del dissenso di una parte significativa dei creditori.

Tale meccanismo opera al momento dell’individuazione dei creditori aderenti all’accordo ma produce anche effetti sostanziali perché ridetermina il credito del non aderente finanziario computato forzatamente come aderente.

Il legislatore prende atto che molti a.d.r. non erano stati conclusi per il dissenso di una singola azienda di credito ed interviene per consentire la stipulazione comunque dell’accordo ma non consente (vedasi comma VII) che l’accordo produca in capo al creditore dissenziente qualunque effetto: non si può imporre alle finanziarie dissenzienti di concedere nuova finanza, si può prevedere che accordino dilazioni di pagamento e riduzioni del debito.

Parimenti il legislatore è consapevole che in molti casi la convenzione atipica di moratoria non era stata sottoscritta perché un istituto di credito non aveva voluto assoggettarsi ai relativi effetti.

La nuova normativa contenuta nell’articolo 182 septies l. fall. attribuisce al debitore ed alla maggioranza dei creditori finanziari di predisporre una moratoria o un piano di ristrutturazione estendendone gli effetti anche ai creditori non aderenti a condizione che appartengano alla stessa “*categoria*”.

19.9 APPROVAZIONE DEGLI A.D.R. FINANZIARI

Occorre il 60% dei creditori perché si applica la regola generale prevista nell’art.182 bis l. fall. essendo state, in sede di conversione in legge del D.L. 83/2015, soppressa la disposizione secondo cui i creditori ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo sono considerati aderenti all'accordo ai

¹⁷⁴ Luciano Varotti, “*articolo 182 septies. accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*” in www.ilcaso.it



fini del raggiungimento della soglia del 60% prevista dal comma 1 dell'articolo 182 bis della legge fallimentare.

19.10 EFFETTO ESDEBITATORIO

Per i creditori aderenti ex art. 182 bis ed ex art. 182 septies si realizza in virtù dell'accordo di ristrutturazione un effetto esdebitatorio consistente nella sostituzione dell'originaria prestazione dovuta con quella indicata nel piano.

Per i creditori non aderenti ex art. 182 bis la prestazione come detto resta immutata perché l'accordo non può incidere sul loro titolo.

Per i dissenzienti di categoria finanziaria si estende l'effetto esdebitatorio.

19.11 DISSENZIENTI DI CATEGORIA

“La posizione dei creditori dissenzienti¹⁷⁵ che subiscono l'estensione degli effetti del concordato risulta comunque diversa da quella degli “ordinari” creditori estranei all'accordo: infatti, fermo restando che l'accordo di ristrutturazione, una volta omologato, vincola tutti i creditori anteriori e impedisce l'inizio o la prosecuzione di azioni esecutive individuali, la tutela dei creditori “ordinari” dissenzienti è data dalla regola che impone l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo. Invece, i “dissenzienti di categoria” di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari sono vincolati alle pattuizioni raggiunte in seguito alle trattative condotte nel corso del procedimento che, se approvate dalla maggioranza del 75% dei creditori appartenenti alla stessa categoria, non necessariamente prevedono l'integrale soddisfacimento dei crediti di tale categoria di creditori”.

19.12 ESDEBITAZIONE ANCHE VERSO DISSENZIENTI DI CATEGORIA

“E proprio¹⁷⁶ qui risiede, infine, il senso più profondo della novità: nel consentire il sacrificio dei diritti dei terzi, se e quando tale sacrificio possa condurre al superamento della crisi d'impresa, considerato quale bene preminente e da ottenere a qualunque costo”

19.13 EFFETTI OMOLOGA A.D.R. FINANZIARIO

In sintesi l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione finanziario:

- estende gli effetti dell'accordo anche alle banche non aderenti;
- produce (in deroga agli artt. 1341 e 1411 c.c. ;) gli stessi effetti dell'adesione volontaria all'accordo;
- rende inefficaci le ipoteche giudiziali iscritte da banche e intermediari finanziari nei 90 giorni anteriori alla pubblicazione della domanda di omologazione.

¹⁷⁵ Lorenzo Smerieri, *Ristrutturazione con le banche se l'indebitamento è alto*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 agosto 2015,

¹⁷⁶ Niccolò Nisivoccia, *“182 septies l.fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?”* in *il Fallimento* 11/2015 pagina 1181 e ss.

19.14 CONDIZIONI PER SUPERAMENTO DISSENSO

Il Tribunale può omologare nonostante il dissenso¹⁷⁷ di uno o più creditori finanziari solo se:

- I) almeno la metà dei debiti sia finanziario;
- II) abbiano aderito almeno il 75% dei crediti finanziari;
- III) i creditori siano suddivisi in una o più categorie, strutturate secondo i criteri della posizione giuridica e degli interessi economici omogenei;
- IV) i creditori finanziari siano stati informati dell'avvio delle trattative;
- V) i creditori finanziari siano stati posti in condizione di partecipare alle trattative in buona fede;
- VI) che i non aderenti abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore, oltre che sulla proposta di accordo e sui suoi effetti;
- VI) i creditori finanziari non aderenti, dopo aver deciso di non aderire e dopo che gli aderenti hanno deciso di aderire, abbiano ricevuto notifica dell'accordo che gli aderenti e l'imprenditore hanno deciso di sottoscrivere;
- VII) che i non aderenti abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenea rispetto agli aderenti od alla categoria di appartenenza;
- IX) che i non aderenti possano risultare soddisfatti, in virtù dell'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili;
- X) che ai creditori non aderenti non sia imposta l'esecuzione di nuove prestazioni il che significa che non si può imporre ai non aderenti di concedere affidamenti, di mantenere la possibilità di nuovi utilizzi degli affidamenti in essere, di erogare nuovi finanziamenti;**
- XI) che l'eventuale opposizione sia infondata perché sussistono tutti i pregressi requisiti.
- XII) che l'opposizione sia fondata ma che (implicitamente od esplicitamente) le parti abbiano chiesto che sia egualmente omologata, sussistendone i presupposti, soltanto con gli effetti di cui all'art. 182 bis.

19.15 FORMAZIONE CATEGORIE

- *“Quanto alla formazione¹⁷⁸ delle categorie ... si ritiene che essa non possa, in concreto, essere un atto unilaterale del debitore, ma che la stessa rappresenti, piuttosto, l'espressione di un “potere” che spetti alle parti aderenti all'accordo. Saranno, quindi, congiuntamente, il debitore e i creditori finanziari aderenti all'accordo medesimo, in conclusione di*

¹⁷⁷ Caterina Luisa Appio, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182- septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in Ilcaso.it, 29.12.15

¹⁷⁸ Luca Provaroni, *Accordo di ristrutturazione e convenzione di moratoria: effetti per i creditori finanziari dissenzienti*, in Corriere Tributario, 1 / 2016, p. 75



trattative, a definire le categorie e a dover assumere, in ultima istanza, la decisione di “forzare” l’adesione della minoranza”.

19.16 CATEGORIE OMOGENEE

II. L'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182-bis **può individuare una o più categorie** tra i creditori di cui al primo comma che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei. In tal caso, con il ricorso di cui al primo comma di tale articolo, **il debitore può chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria**, quando tutti i creditori della categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti **rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria**. Una banca o un intermediario finanziario può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria.

“La creazione¹⁷⁹ di categorie omogenee di creditori è condizione sufficiente, agli occhi del legislatore della riforma, per superare la regola generalissima sull’efficacia inter partes dei contratti”

Il primo quesito al quale la giurisprudenza è data dare una risposta precisa è se l’uso del termine categorie e non classi indichi che nei due istituti si applichino regole differenti anche se il riferimento è il medesimo: “posizione giuridica e interessi economici omogenei”.

Va poi ribadito che non si tratta di una procedura concorsuale: quindi non vi è l’adunanza dei creditori come nel concordato preventivo ma vi è *solo* un obbligo di avvisare tutti i creditori e di metterli in condizione di parteciparvi in buona fede.

“Le categorie¹⁸⁰ possono frazionarsi secondo diverse tipologie:

- i) in relazione alla distinzione fra breve. Medio e lungo termine;*
- ii) in relazione alla qualità chirografaria o privilegiata del credito;*
- iii) in relazione al fatto che si tratti di crediti diretti o di firma;*
- iv) in relazione alle modalità tecniche, come aperture di credito, anticipazioni con linee autoliquidanti, finanziamenti, mutui ipotecari e così via.”*

19.17 75% IN OGNI CATEGORIA

Secondo autorevole dottrina¹⁸¹ il legislatore avrebbe “*disegnato, per l’accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari ... una sorta di procedimento di voto*

¹⁷⁹ Daniele Vattermoli, *accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, 06 luglio 2015

¹⁸⁰ Massimo Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in il fallimento, 2015, pag. 1269*

¹⁸¹ Filippo Lamanna, *Le classi/categorie nell’accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e nella convenzione di moratoria* in *Il fallimentarista* 7.1.16



*in formato minore, mediante il ricorso al sistema delle **classi**, nella specie chiamate - aristotelicamente - **categorie**". La (sola) categoria dei creditori finanziari-bancari può essere dunque spaccettata in più sub-categorie, formate in base a posizione giuridica ed interessi economici omogenei.*

*L'autore rappresenta poi che "Una tale previsione non è espressamente dettata, però, per la **convenzione di moratoria** ..."; "Tuttavia ci si chiede se, pur non essendo obbligatoria e necessaria la suddivisione in categorie, essa sia comunque possibile in via facoltativa". L'autore conclude osservando "Se è così, se cioè vi è la possibilità di formare più classi/categorie, ciascuna potrà prevedere **modalità di dilazione diversificate**, ma in tal caso la condizione della prevalenza quantitativa del 75% degli aderenti rispetto ai non aderenti andrà riferita anche ai crediti di ogni singola classe/categoria".*

19.18 TERZI APPARTENENTI ALLA CATEGORIA

"I terzi ¹⁸² dei cui diritti la norma consente il sacrificio devono pur sempre appartenere alla medesima "categoria" cui appartengono gli altri creditori con i quali l'accordo sia stato stipulato (banche o intermediari finanziari); e tali terzi conservano il diritto di proporre opposizione, né possono esser loro chieste nuove prestazioni. Ma questo non sminuisce le cose, perché a non mutare è la sostanza: pur dentro alcuni limiti e nel rispetto di alcune garanzie difensive, la norma consente che alcuni creditori subiscano gli effetti di un contratto concluso da altri, sul presupposto di un interesse considerato preminente."

19.19 NATURA DEGLI ISTITUTI

Nelle intenzioni del legislatore gli a.d.r. e la convenzione di moratoria sono contratti.

In dottrina si registrano letture difformi secondo le quali i due nuovi istituti¹⁸³ sarebbero ascrivibili alla "categoria di confine costituita dalle c.d. procedure ibride, la caratteristica delle quali consiste nell'aver nel proprio DNA geni di matrice contrattuale, "sporcati" da tratti marcatamente concorsuali."

- *"Entrambi gli istituti¹⁸⁴ esaminati impongono al creditore (banca o intermediario finanziario) i contenuti di un accordo cui lo stesso non ha inteso aderire. Ciò avviene in applicazione di un principio maggioritario estraneo ad una impostazione di tipo contrattuale e che, in ultima analisi, contraddice lo spirito della riforma (e della l.f. nel suo complesso) che tende a privilegiare, ove possibile, soluzioni di tipo privatistico della crisi d'impresa, le quali non ammettono, o non dovrebbero ammettere, siffatte forzature."*

¹⁸² Niccolò Nisivoccia, "182 septies l.fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?" in il Fallimento 11/2015 pagina 1181 e ss.

¹⁸³ Daniele Vattermoli, *accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, 06 luglio 2015

¹⁸⁴ Luca Provaroni, *Accordo di ristrutturazione e convenzione di moratoria: effetti per i creditori finanziari dissenzienti*, in Corriere Tributario, 1 / 2016, p. 75



Come già ricordato autorevole dottrina¹⁸⁵ afferma che “con le nuove regole sugli accordi di ristrutturazione il legislatore porta a compimento il disegno di rendere gli accordi di ristrutturazione, piuttosto che contratti, ulteriori procedure concorsuali di stampo negoziale da affiancarsi ai concordati.”

“E infatti la estensibilità degli effetti dell’accordo di ristrutturazione a creditori rimasti estranei allo stesso è concettualmente incompatibile con la categoria contrattuale, esprimendo piuttosto l’effetto legale tipico della deliberazione maggioritaria tipica delle assemblee di creditori nei concordati. **Abbiamo così una nuova figura di concordato preventivo (in forma semplificata e meno garantita di quella tradizionale) e una fattispecie in meno di contratto sulla crisi di impresa.** Mentre la categoria concordataria risulta a questo punto affollata dalle più varie figure (che sarà molto difficile coordinare tra loro nell’esperienza pratica), invece quella sui contratti protetti – che costituiva una preziosa prerogativa del nostro ordinamento – si trova immiserita nell’unica fattispecie dei piani attestati di risanamento.”

Per contro già la inapplicabilità agli a.d.r. dell’art. 55, secondo comma, L. Fall dimostra che non vi è una procedura concorsuale: infatti la principale differenza tra a.d.r. e C.P. risiede ancora nella non applicabilità agli accordi degli articoli indicati nel 169 l. fall. ed in particolare del secondo comma dell’articolo 55 l. fall..

Art. 55 Effetti del fallimento sui debiti pecuniari

II. I debiti pecuniari del fallito si considerano scaduti, agli effetti del concorso, alla data di dichiarazione del fallimento.

19.20 RISANAMENTO PRECOCE

L’accordo ex art. 182 bis e septies favorisce un risanamento precoce impedendo che alcuni creditori finanziari riottosi possano bloccare l’esito della procedura di a.d.r..

Testualmente nei lavori parlamentari si legge: “Sostanzialmente, si mira a togliere a banche che vantino crediti di modesta entità il potere di interdizione in relazione ad accordi di ristrutturazione che vedano l’adesione delle banche creditrici maggiormente esposte.”

Non si tratta certamente di una procedura di allerta ma dell’introduzione di due strumenti per consentire dapprima con la moratoria la salvaguardia dell’impresa durante le trattative e poi (con il septies) una riduzione dei tempi di predisposizione degli accordi rendendoli efficaci anche se raggiunti con la maggioranza dei creditori.

L’obiettivo del legislatore è di fare in modo che la continuità non sia più “una vaga¹⁸⁶ e remota speranza”.

¹⁸⁵ Fabrizio di Marzio, *Un decreto legge in riforma del “diritto fallimentare”*, in Giustiziacivile.com

¹⁸⁶ Claudio Ceradini, *Le procedure di allerta forse si potrebbe ...*, Giugno 2015



19.21 QUESITI INTRODUTTIVI EMERGENTI DAGLI A.D.R. “SEPTIES”

La prima lettura dell’art. 182 septies l. fall. pone una serie di quesiti che ci accompagneranno nella rilettura sistematica dell’istituto.

Il primo quesito: la distinzione ora fondamentale negli a.d.r. 2015 è quella tra creditori aderenti o non aderenti o quella tra creditori bancari e finanziari e tutti gli altri creditori atteso che valgono¹⁸⁷ regole differenziate di soluzione del conflitto con il debitore?

Infatti negli a.d.r. ex art. 182 septies la distinzione tra creditori aderenti e creditori estranei (non vincolati all’accordo e da pagare per intero nel termine di centoventi giorni dall’omologazione o dalla scadenza dei debiti, se successiva) si applica solo ai creditori che non siano banche o intermediari finanziari.

Il secondo quesito: il ruolo del tribunale è sempre marginale?

Oppure il Tribunale svolge un primo ruolo centrale allorchè verifica la sussistenza dei requisiti di legittimità del procedimento?

Oppure il Tribunale entro nel merito della valutazione di convenienza dei creditori che subiscono gli effetti di un accordo al quale non hanno aderito?

19.22 DEROGA ALL’ART. 1372, II COMMA, C.C.

Si staglia una significativa deroga ai principi del diritto civile muovendosi verso un diritto dei mercanti atteso che agli a.d.r. finanziari non si applica più il principio di relatività del contratto stabilito dall’art. 1372, II comma, c.c..

“in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile”

La limitata estensione degli effetti è dal legislatore, con norma avente anche effetti di interpretativi, posta in relazione con gli articoli 1372 c.c. ove è scolpito il principio che *“il contratto ha forza di legge tra le parti”* e con l’articolo 1411 c.c. laddove al primo comma si legge *è valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse”*.

In dottrina ci si interroga sul significato della norma e sulla correttezza dei riferimenti.

Andiamo per gradi esaminando gli effetti di tutti e tre gli istituti del diritto della crisi di impresa qui coinvolti.

Certo è che nel concordato preventivo si applica la regola della maggioranza.

Nota è infatti che il concordato preventivo approvato dalla maggioranza dei creditori produce effetti per tutti i creditori anteriori alla sua pubblicazione nel registro delle imprese; è obbligatorio per tutti i creditori, ai sensi dell’articolo 184 l. fall. ivi inclusi quelli assenti e dissenzienti.

Nota è anche che gli a.d.r. semplici non producano effetti giuridici nei confronti dei creditori non aderenti. Quindi in questo istituto non si applica il principio della maggioranza.

¹⁸⁷ Raffaella Brogi, Il nuovo art. 182 septies l.f.: i rapporti tra l’impresa in crisi ed il mondo bancario, in *Quotidiano Giuridico Wolters Kluwer*, luglio 2015



Si tratta di comprendere se negli a.d.r. con creditori finanziari vi sia una mera estensione *ex lege* degli effetti giuridici di un contratto ad un non sottoscrittore o, come ritiene una recente dottrina¹⁸⁸, una applicazione della regola della maggioranza.

In un caso sarebbe corretto il richiamo normativo in deroga agli articoli di legge nell'altro sarebbe ultroneo.

Penso invece che così operando il legislatore abbia voluto ancora una volta affermare che gli a.d.r. non sono una procedura concorsuale ma un contratto e che quindi il richiamo normativo sia indispensabile.

19.23 LE ATTESTAZIONI NEL SEPTIES

Nel comma quinto del septies si prevede che la relazione (sanzionata ex art. 236 bis l. fall.) di un professionista attestatore sulla veridicità dei dati aziendali e la fattibilità della convenzione dovrà accompagnare l'opposizione alla convenzione di moratoria da parte delle banche non aderenti (art. 182-septies, sesto comma).

Come già rammentato, seppure l'art. 182-septies nella parte inerente gli a.d.r. con gli intermediari finanziari non si riferisca espressamente alla relazione di un professionista, si ritiene - ai fini dell'omologazione da parte del tribunale - che possano avere tale forma e provenienza "le complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale economica e finanziaria del debitore....." che, ai sensi del quarto comma, devono essere trasmesse alle banche a cui il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo di ristrutturazione. Ovviamente non saranno punibili ex art. 236 bis L. Fall.

19.24 CONTAMINAZIONE CON IL C.P.

Vi è da chiedersi se l'istituto delle categorie apra ad una contaminazione con il C.P. anche se il legislatore nelle relazioni rese nei lavori preparatori ha ribadito la natura contrattuale degli a.d.r.

¹⁸⁸ Luciano Varotti, "articolo 182 septies. accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria" in www.ilcaso.it



19.25 IPOTECHE RECENTI

“non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso (per l'omologazione dell'accordo) nel registro delle imprese”

La norma si ricollega all'art. 168, comma 3, ult. periodo legge fallimentare.

19.26 LEASING

Si può obbligare il non aderente a consentire l'utilizzo di beni concessi in leasing.

19.27 TRATTATIVE

La giurisprudenza dovrà verificare se condividere la tesi di parte della dottrina che afferma che occorre procedere ad un incontro tra il debitore e tutti i creditori e che non basti che l'imprenditore invii ad essi una lettera o una comunicazione con la quale rappresenta la necessità di procedere alla ristrutturazione del proprio passivo.

Penso, invece, che il legislatore non abbia volutamente disciplinata la fase pre-contrattuale e non abbia procedimentalizzato gli accordi.

19.28 UNICO ACCORDO

septies comma II.

L'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182-bis può individuare una o più categorie tra i creditori di cui al primo comma che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei.

Quindi negli a.d.r. con creditori finanziari occorre che il debitore raggiunga un unico accordo con i creditori e non può esservi un fascio di accordi

19.29 NOTIFICA E OPPOSIZIONE

septies IV.

Il debitore, oltre agli adempimenti pubblicitari già previsti, deve notificare il ricorso e la documentazione di cui al primo comma dell'articolo 182-bis alle banche e agli intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo. Per costoro **il termine per proporre l'opposizione di cui al quarto comma del medesimo articolo decorre dalla data della notificazione del ricorso.**

19.30 AUSILIARIO

IV

Il tribunale procede all'omologazione previo accertamento, avvalendosi ove occorra di un ausiliario.

VIII.

La relazione dell'ausiliario è trasmessa a norma dell'articolo 161, quinto comma. (2)



Era già previsto, ma soltanto per la fase del c.p. con riserva e recepisce orientamenti giurisprudenziali, l'autorizzare la nomina di un ausiliario per compiere l'accertamento della sussistenza dei requisiti.

19.31 CONTENUTO DELL'ACCORDO

182 septies VII.

In nessun caso, per effetto degli accordi e convenzioni di cui ai commi precedenti, ai creditori non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. Agli effetti del presente articolo non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati.

Come già ricordato il legislatore, preso atto che molti a.d.r. non erano stati conclusi per il dissenso di una singola azienda di credito, interviene per consentire la stipulazione comunque dell'accordo ma non consente (vedasi comma VII) che l'accordo produca in capo al creditore dissenziente qualunque effetto: non si può imporre alle finanziarie dissenzienti di concedere nuova finanza, si può prevedere che accordino dilazioni di pagamento e riduzioni del debito.

19.32 PROCEDURA

Il debitore, oltre agli adempimenti previsti dal 182 bis l. fall. deve notificare il ricorso e la documentazione di cui al primo comma dell'articolo 182-bis alle banche e agli intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo i quali possono proporre opposizione entro 30 giorni decorrenti dalla data della notificazione del ricorso.



20. SEPTIES OMOLOGA ED OPPOSIZIONE

20.1 REQUISITI PER L'OMOLOGA

Il Tribunale, come già ricordato, omologa dopo aver accertato:

- I) che almeno la metà dei debiti sia finanziario;
- II) che abbiano aderito almeno il 75% dei crediti finanziari;
- III) che i creditori siano suddivisi in una o più categorie, strutturate secondo i criteri della posizione giuridica e degli interessi economici omogenei;
- IV) che i creditori finanziari siano stati informati dell'avvio delle trattative;
- V) che i creditori finanziari siano stati posti in condizione di partecipare alle trattative in buona fede;
- VI) che i non aderenti abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore, oltre che sulla proposta di accordo e sui suoi effetti;
- VI) i creditori finanziari non aderenti, dopo aver deciso di non aderire e dopo che gli aderenti hanno deciso di aderire, abbiano ricevuto notifica dell'accordo che gli aderenti e l'imprenditore hanno deciso di sottoscrivere;
- VII) che i non aderenti abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenea rispetto agli aderenti od alla categoria di appartenenza;
- IX) che i non aderenti possano risultare soddisfatti, in virtù dell'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili;
- X) che ai creditori non aderenti non sia imposta l'esecuzione di nuove prestazioni il che significa che non si può imporre ai non aderenti di concedere affidamenti, di mantenere la possibilità di nuovi utilizzi degli affidamenti in essere, di erogare nuovi finanziamenti;**
- XI) che l'eventuale opposizione sia infondata perché sussistono tutti i pregressi requisiti.
- XII) che l'opposizione sia fondata ma che (implicitamente od esplicitamente) le parti abbiano chiesto che sia egualmente omologata, sussistendone i presupposti, soltanto con gli effetti di cui all'art. 182 bis.

Va quindi condivisa la tesi¹⁸⁹ che afferma che il controllo sia più ampio rispetto a quello attribuito al Tribunale in ipotesi di deposito di un accordo di ristrutturazione ordinario.

Infatti già l'art. 182-*bis* assegna già al giudice il compito di verificare la legittimità sostanziale dell'accordo. “*In particolare*¹⁹⁰, il giudice può

¹⁸⁹ Cfr., Caterina Luisa Appio, Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182- septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico, in Ilcaso.it, 29.12.15

¹⁹⁰ Cfr., Caterina Luisa Appio, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182- septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in Ilcaso.it, 29.12.15



all'occorrenza ritenere non attendibili o non correttamente formulate sia le valutazioni in ordine alla veridicità dei dati aziendali, sia le previsioni in ordine alla fattibilità del piano. E tutto questo al fine di tutelare i creditori estranei, che devono poter confidare sulla sostanziale neutralità delle intese raggiunte fra il debitore e i creditori aderenti, rispetto ai propri interessi”.

In ordine alla convenienza dell'accordo lo stesso per definizione è neutro rispetto ai non aderenti ed il giudice non può esaminarla rispetto agli aderenti.

Il giudizio del Tribunale sull'omologabilità di un accordo con creditori finanziari non aderenti ma obbligati ex lege è agevolato dalla presenza di un ausiliario la cui relazione come già detto va trasmessa al P.M. per eventuali approfondimenti ex artt. 236 e 236 bis l. fall..

Ciò non di meno, vuoi per gli effetti penali vuoi per gli effetti civili, l'accertamento assume negli a.d.r. finanziari un sapore differente perché certamente il controllo si estende ad aspetti inerenti la sostanza dell'accordo e, nel caso di opposizione, anche al controllo della convenienza.

Infatti si deve accertare nel merito che non vi siano prestazioni aggiuntive e che i creditori finanziari non aderenti siano soddisfatti in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Acutamente in dottrina¹⁹¹ si osserva che *“l'indagine di merito richiesta dagli artt. 177 e 180 coinvolge, non già tutti i creditori dissenzienti che, a seguito della formazione delle classi, subiscono gli effetti delle ristrutturazioni ivi contemplate, ma soltanto i creditori appartenenti alle classi dissenzienti. Diversamente, nell'ipotesi delineata nell'art. 182-septies il controllo sulla convenienza dell'accordo è esteso a tutti i creditori (bancari e finanziari) non aderenti”.*

Va poi riferito che in dottrina si discute in ordine agli effetti dell'accordo non omologato nei confronti dei creditori aderenti. In merito ritengo che il consenso sia stato reso sul presupposto non avveratosi dell'omologa e quindi che non possa essere accolta la tesi suggestiva di una omologa parziale, di una omologa dell'accordo senza effetti sui creditori finanziari non aderenti.

20.2 OPPOSIZIONE ED OMOLOGA AGLI A.D.R.

In dottrina¹⁹² si osserva:

- che il tribunale si deve pronunciare anche se non sono state proposte opposizioni;
- che il tribunale in sede «cautelare» ha ampi poteri di valutazione, poteri che appare incongruo negare in sede di giudizio di omologazione;

¹⁹¹ Cfr., Caterina Luisa Appio, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182- septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in Ilcaso.it, 29.12.15

¹⁹² Cfr., Vittorio Giorgi, *Poteri del giudice nell'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del debito*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2015, pag. 386



- che in sede cautelare il tribunale non solo verifica la completezza della documentazione depositata ma anche riscontra la sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al comma 1 e delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare;
- che in sede cautelare il tribunale può compiere una dettagliata attività istruttoria;
- che i creditori possano contestare in sede cautelare la «fattibilità» dell'accordo e l'esistenza di «trattative» che coinvolgano il 60% dei creditori;
- che il controllo è compiuto in ordine ad un accordo privato tra creditori e debitore al quale si riconducono effetti indiretti nei confronti di soggetti terzi, quali sono i creditori non aderenti.,



21. CONVENZIONE DI MORATORIA

21.1 SUPERAMENTO DEL CONCORDATO STRAGIUDIZIALE

Forse è il caso di fare il classico passo indietro tenendo sempre ferma la distinzione tra contratto e procedura e rammentando che dal 2005 l'intento¹⁹³ del legislatore di favorire modelli di soluzione della crisi d'impresa alternativi alle procedure concorsuali si è manifestato attribuendo effetti ed esenzioni ai piani attestati ed agli a.d.r. facendoli emergere dal coacervo dei pregressi piani stragiudiziali aventi la funzione economico-sociale tipica di evitare il fallimento eliminando lo stato di insolvenza.

Vi era, olim, il più completo dei contratti atipici che era il concordato stragiudiziale¹⁹⁴ in senso stretto inteso come un contratto unitario¹⁹⁵, anche se composto da singoli e separati contratti, funzionalmente collegati tra loro; si tratta quindi di un contratto plurilaterale, complesso e atipico, a contenuto dilatorio e/o remissorio che sul piano negoziale ha la finalità di rimuovere lo stato di insolvenza del debitore con esclusione dal fallimento. In sintesi non si tratta di una procedura e non vi è alcuna garanzia di un trattamento paritario dei creditori. Soprattutto gli eventuali effetti sui fideiussori sono rimessi all'esito delle trattative tra costoro ed i creditori.

Vi era la moratoria o "congelamento" dell'indebitamento pregresso, previa acquisizione di garanzie dell'imprenditore o di terzi che era un accordo avente il rischio di essere assoggettato a revocatoria fallimentare "semiautomatica" ex art. 67, co. 1, n. 3, l. fall. oppure "automatica" ex art. 64 l. fall. ed a valutazioni in termini di bancarotta preferenziale.

Oggi con l'introduzione del 182 septies comma V si compie un altro passo avanti verso l'attribuzione di esenzioni, effetti ed incentivi ai contratti sempre meno atipici di risoluzione della crisi di impresa anche a di fuori dell'ambito delle procedure concorsuali.

"L'eventualità"¹⁹⁶ che vi siano creditori dissenzienti comporta, in teoria, che possono aversi dei patti di preferenza e che alcuni creditori possano essere pagati integralmente, in quanto non vige la regola della par condicio creditorum.

¹⁹³ Cfr. Pasquale Liccardo, Piano stragiudiziale attestato, 2009_03_19.pdf; Danilo Galletti, La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia, Bologna, 2006, 345 ss.

¹⁹⁴ In Alfredo Rocco, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902, p. 220, troviamo una descrizione del concordato stragiudiziale come «un concordato stipulato tra il debitore comune e i credito- ri come singoli, prima che lo stato di fallimento abbia dato luogo a qualsiasi procedura giudiziale, col quale si modificano i rapporti obbligatori esistenti tra il debitore e i singoli creditori intervenuti nel contratto, in modo da far cessare lo stato di fallimento e da evitarne la dichiarazione giudiziale».

¹⁹⁵ Cfr., anche Ugo, Colangeli, Concordato stragiudiziale.

¹⁹⁶ Cfr., anche Ugo, Colangeli, Concordato stragiudiziale.



21.2 DISCIPLINA LIGHT

“I commi 5, 6, 7 e 8 dell’art. 182 septies L. Fall. contengono una disciplina light della convenzione¹⁹⁷ di moratoria” che è però integrata dal terzo periodo del comma IV terzo periodo perché richiamato dal VI comma.

Infatti il legislatore ha voluto stabilire una disciplina non invasiva di questi accordi e ciò emerge da tutti gli aspetti di seguito esaminati.

Si impone quindi una attenta lettura del **V comma** del 182 septies l. fall., scomponendo analiticamente tutti i suoi elementi:

V Quando

- fra l'impresa debitrice e una o più banche o intermediari finanziari
- viene stipulata una convenzione
- diretta a **disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi**
- **attraverso una moratoria temporanea dei crediti** nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari e

(a) sia raggiunta la maggioranza di cui al secondo comma, la convenzione di moratoria, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, produce effetti anche nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari non aderenti

se

- (b) questi siano stati informati dell'avvio delle trattative
- (c) e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede,
- (d) e un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), **attesti l'omogeneità** della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria.

Quindi la sussistenza delle quattro condizioni consente alla convenzione di produrre effetti anche nei confronti di intermediari finanziari non aderenti

Va poi compiuta una rilettura del **VI comma** del 182 septies l. fall..

VI Nel caso previsto dal comma precedente, le banche e gli intermediari finanziari non aderenti alla convenzione **possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla comunicazione della convenzione stipulata**, accompagnata dalla relazione del professionista designato a norma dell'articolo 67, terzo comma, lettera d). La comunicazione deve essere effettuata, alternativamente, mediante lettera raccomandata o posta elettronica certificata. **Con l'opposizione, la banca o l'intermediario finanziario può chiedere che la convenzione non produca effetti nei suoi confronti.** Il tribunale, con decreto motivato, decide sulle opposizioni, verificando la sussistenza delle condizioni di cui al comma quarto, terzo periodo. Nel termine di quindici giorni dalla comunicazione,

¹⁹⁷ Massimo Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in il fallimento, 2015, pag. 1269*



il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello, ai sensi dell'articolo 183.

Va poi compiuta una rilettura del **VI comma** del 182 septies l. fall..

VII. In nessun caso, per effetto degli accordi e convenzioni di cui ai commi precedenti, ai creditori non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. Agli effetti del presente articolo non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati.

Va infine compiuta una rilettura del comma IV terzo periodo perché richiamato dal VI comma

IV.

Omissis

Il tribunale procede all'omologazione previo accertamento, avvalendosi ove occorra di un ausiliario, che le trattative si siano svolte in buona fede e che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo:

a) abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti;

b) abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative;

c) possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

21.3 DEFINIZIONE DI MORATORIA

- Il meccanismo disciplinato dal quinto comma dell'art. 182 septies l. fall. consente¹⁹⁸, nel rispetto di determinate condizioni, di superare il dissenso di uno o più creditori (banche o intermediari finanziari) alla convenzione di moratoria che il debitore ha raggiunto con gli altri creditori finanziari appartenenti alla medesima categoria e di imporre al creditore dissenziente i relativi effetti che di regola consistono non in una nuova disciplina delle modalità di soddisfazione del credito ma soltanto in una **dilazione della esigibilità del credito**.
- Secondo autorevole dottrina si tratta anche qui di estensione¹⁹⁹ del principio maggioritario e non di effetto legale di un contratto.

¹⁹⁸ Cfr., Luca Provaroni, *Accordo di ristrutturazione e convenzione di moratoria: effetti per i creditori finanziari dissenzienti*, in *Corriere Tributario*, 1 / 2016, p. 75

¹⁹⁹ Cfr., Luca Provaroni, *Accordo di ristrutturazione e convenzione di moratoria: effetti per i creditori finanziari dissenzienti*, in *Corriere Tributario*, 1 / 2016, p. 75



21.4 ACCORDO TRA DEBITORE E UNA O PIÙ BANCHE

Per produrre gli effetti di cui al septies occorre che l'accordo sia stipulato tra l'imprenditore²⁰⁰ e uno o più creditori finanziari; l'accordo di cartello tra istituti non è un a.d.r. finanziario.

21.5 CONTENUTO FORMALE DELLA CONVENZIONE

Attenta dottrina²⁰¹ osserva che nella convenzione (o in documenti ad essa allegati) si dovrebbe “dare atto (i) dell'elenco dei creditori finanziari (e se del caso distinti per tipo) e di coloro che aderiscono - in funzione di consentire un controllo sul raggiungimento della soglia minima del settantacinque per cento - nonché (ii) della prova dell'avvio della concertazione diretta a tutti i creditori finanziari”.

21.6 CONTENUTO SOSTANZIALE DELLA CONVENZIONE

Per contro gli impegni assunti mediante la convenzione di moratoria possono essere sia in capo all'imprenditore che agli istituti di credito²⁰² i quali possono assumere l'impegno a non esigere le obbligazioni scadute, riscadenzare i termini di adempimento, congelare gli interessi, stabilire che nessuna banca possa conquistare posizioni di vantaggio acquisendo garanzie collaterali; l'imprenditore può assumere l'impegno a non modificare la propria situazione patrimoniale e finanziaria, o a non intraprendere nuove iniziative sul piano industriale e dell'organizzazione societaria.

21.7 PROVVISORIETÀ

“Il legislatore²⁰³ ha utilizzato la locuzione “in via provvisoria” senza, però, specificare una misura della provvisorietà”.

21.8 CATEGORIE

Non è previsto l'inserimento in “categorie” dei creditori finanziari.

Secondo autorevole dottrina²⁰⁴ il legislatore avrebbe “disegnato, per l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari ... una sorta di procedimento di voto in formato minore, mediante il ricorso al sistema delle **classi**, nella specie chiamate - aristotelicamente - **categorie**”. La (sola) categoria dei creditori

²⁰⁰ Massimo Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in il fallimento, 2015, pag. 1269*

²⁰¹ Massimo Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in il fallimento, 2015, pag. 1269*

²⁰² Massimo Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in il fallimento, 2015, pag. 1269*

²⁰³ Massimo Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in il fallimento, 2015, pag. 1269*

²⁰⁴ Filippo Lamanna, *Le classi/categorie nell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e nella convenzione di moratoria in Ilfallimentarista 7.1.16*



finanziari-bancari può essere dunque spaccettata in più sub-categorie, formate in base a posizione giuridica ed interessi economici omogenei.

L'autore rappresenta poi che *“Una tale previsione non è espressamente dettata, però, per la **convenzione di moratoria** ...”*; *“Tuttavia ci si chiede se, pur non essendo obbligatoria e necessaria la suddivisione in categorie, essa sia comunque possibile in via facoltativa”*. L'autore conclude osservando *“Se è così, se cioè vi è la possibilità di formare più classi/categorie, ciascuna potrà prevedere **modalità di dilazione diversificate**, ma in tal caso la condizione della prevalenza quantitativa del 75% degli aderenti rispetto ai non aderenti andrà riferita anche ai crediti di ogni singola classe/categoria”*.

21.9 INTENZIONI DEL LEGISLATORE

La disciplina²⁰⁵ si applica anche alle convenzioni, sempre più frequenti nella prassi, che prevedono una moratoria temporanea fra creditori finanziari, finalizzata a consentire l'elaborazione della soluzione che, all'esito di successivi accertamenti, risulterà in concreto più idonea a risolvere la crisi (cosiddetta « standstill »). Anche tali convenzioni, in presenza del medesimo largo consenso da parte dei creditori finanziari e di minimi requisiti procedurali, possono estendere i loro effetti agli eventuali creditori finanziari che non vi abbiano aderito. Anche in questo caso le banche e gli intermediari non aderenti possono proporre opposizione e il tribunale verificherà la sussistenza delle condizioni di omogeneità di posizione giuridica e interessi nelle classi, di completezza del procedimento informativo su natura ed effetti dell'accordo, del principio del no creditor worse off.

21.10 FUNZIONE E CONTENUTO DELL'ATTESTAZIONE

L'attestazione in relazione alla convenzione in moratoria è indispensabile perché il controllo del tribunale è soltanto eventuale.

Per questa ragione è una relazione che ai sensi del novellato art. 236 bis, espone il professionista a responsabilità penale per falso in attestazioni e relazioni.

Oggetto dell'attestazione è soltanto l'omogeneità tra i crediti finanziari aderenti e non aderenti.

“Non si richiede²⁰⁶ al professionista un controllo sul raggiungimento della percentuale del settantacinque per cento e così pure non si richiede che il professionista esprima un giudizio sulla “convenienza” dell'accordo rispetto ai creditori che non hanno partecipato all'accordo”.

21.11 QUATTRO PRESUPPOSTI

I presupposti di applicazione dell'istituto sono, come dettagliatamente descrive il legislatore, quattro:

²⁰⁵ Relazione del Governo al decreto legge 27 giugno 2015 n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015 n. 132

²⁰⁶ Massimo Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in il fallimento, 2015, pag. 1269*



- a) che sia stata individuata una categoria di creditori finanziari aventi posizione giuridica ed interessi economici omogenei, della quale fanno parte tanti creditori aderenti che vantano almeno il 75% dei crediti complessivi della categoria;
- b) che vi sia una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) 1. fall, che attesti l'omogeneità tra i creditori interessati dalla moratoria;
- c) che i creditori non aderenti siano stati informati dell'avvio delle trattative;
- d) che i creditori non aderenti siano stati posti in condizione di parteciparvi "in buona fede".

21.12 EFFETTI DELLA CONVENZIONE

“Al ricorrere²⁰⁷ di queste condizioni l'estensione degli effetti avviene in maniera automatica, nel senso che gli enti non aderenti, scaduto il credito vantato e richiesto il soddisfacimento dello stesso, possono vedersi eccipire dal debitore la moratoria (da altri accordata), senza necessità di intervento del giudice.”

21.13 FUNZIONE

Scopo della convenzione di moratoria è quello di consentire all'imprenditore di gestire la crisi aziendale operando sul versante creditizio, rapidamente, con un accordo con il 75% degli istituti di credito.

21.14 MANCANZA DELLA SOGLIA DEL 50% DELL'INDEBITAMENTO

Le disposizioni sulla moratoria non si ricollegano al primo comma del septies: pertanto la convenzione di moratoria non ha per presupposto che l'impresa in difficoltà abbia debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo.

In dottrina²⁰⁸ ciò è affermato anche da un recente contributo in cui si legge: *“Diversamente da quanto è previsto per gli accordi di ristrutturazione rafforzati/semplificati, non è fissata una soglia minima di indebitamento finanziario”*.

21.15 EFFETTI DALLA PUBBLICAZIONE TRA LE PARTI

In dottrina si afferma che: *“La convenzione²⁰⁹ di moratoria stipulata fra creditori finanziari e debitore, ove non sia raggiunta la soglia del settantacinque per cento, è certamente valida ed efficace fra le parti ma non è idonea a propalarsi sui terzi”*.

²⁰⁷ Daniele Vattermoli, *accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, 06 luglio 2015

²⁰⁸ Massimo Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in il fallimento, 2015, pag. 1269*

²⁰⁹ Massimo Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in il fallimento, 2015, pag. 1269*



Infatti si applica il secondo comma dell'art. 182 bis l. fall secondo il quale **“L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione”**.

21.16 EFFETTI SUI TERZI

*“La conclusione²¹⁰ di una convenzione di moratoria, ancorché sia diretta a disciplinare solo provvisoriamente gli effetti di una crisi di un imprenditore, è idonea a pregiudicare i diritti di un creditore che si trova costretto a dover rinunciare, sebbene temporaneamente, alla esigibilità del suo credito e, se si condivide la lettura espansiva anche a **mantenere linee di credito esistenti nei limiti dell'utilizzo**”*.

21.17 CONTROLLO EVENTUALE SOLO IN CASO DI OPPOSIZIONE

L'eventuale opposizione non è disciplinata nel rito ma solo nella scansione delle condotte dei creditori e dell'imprenditore e soprattutto nell'indicazione del deposito di relazione attestata.

La moratoria si consolida nei confronti dei creditori che non hanno proposto opposizione

L'opposizione ha effetto solo nei confronti di chi vi ha aderito.

182 septies VI comma

*Nel caso previsto dal comma precedente, le banche e gli intermediari finanziari non aderenti alla convenzione possono proporre **opposizione entro trenta giorni dalla comunicazione della convenzione stipulata, accompagnata dalla relazione del professionista designato a norma dell'articolo 67, terzo comma, lettera d)**. La comunicazione deve essere effettuata, alternativamente, mediante lettera raccomandata o posta elettronica certificata. Con l'opposizione, la banca o l'intermediario finanziario può chiedere che la convenzione non produca effetti nei suoi confronti. Il tribunale, con decreto motivato, decide sulle opposizioni, verificando la sussistenza delle condizioni di cui al comma quarto, terzo periodo. Nel termine di quindici giorni dalla comunicazione, il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello, ai sensi dell'articolo 183.*

21.18 MOTIVI FORMALI DELL'OPPOSIZIONE

“Il creditore²¹¹ può così lamentare:

i) che la sua posizione giuridica o i suoi interessi economici siano non omogenei rispetto ai creditori aderenti;

²¹⁰ Massimo Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in il fallimento, 2015, pag. 1269*

²¹¹ Massimo Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in il fallimento, 2015, pag. 1269*



- ii) *che non vi sia stata una adeguata informazione sull'inizio e sullo sviluppo delle trattative o, comunque, che a queste trattative sia stato posto in grado di partecipare secondo canoni di buona fede;*
- iii) *che la soglia di aderenti non ha raggiunto il 75%”*

21.19 VERIFICA DELLA CONVENIENZA

Inoltre il creditore finanziario non aderente può chiedere al tribunale di accertare, allegando relazione attestata, di non essere soddisfatto, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Acuta dottrina osserva che in relazione alla convenzione in moratoria tale porzione di norma, per ragioni di compatibilità, vada letta in altro modo. “Poiché²¹² la convenzione di moratoria, per sua più decisiva connotazione, **può regolare solo in via provvisoria gli effetti della crisi, il richiamo al soddisfacimento del credito è sicuramente incoerente.** Infatti, quand’anche si volesse immaginare che nell’accordo, il debitore e i creditori finanziari aderenti avessero stabilito modalità di rimborso, ciò potrebbe valere solo fra gli stipulanti ma non rispetto agli estranei. In tale prospettiva il richiamo al brano sopra riportato assume un significato, a mio avviso, del tutto diverso. Importare quella previsione significa a ben vedere, se ne si coglie la ratio, ammettere che l’accordo di moratoria può produrre i suoi effetti verso i terzi in quanto negozio vantaggioso per quei terzi che non vi hanno aderito. Il tribunale, di fronte alla sollecitazione che gli proviene dal terzo, deve indagare sulla convenienza dell’accordo rispetto a tutti e dunque, deve verificare che il sacrificio provvisorio imposto al creditore estraneo è compensato dalle maggiori utilità che proprio dall’esecuzione dell’accordo possono derivarne. In questo modo si rispetta appieno il principio di cui all’art. 1372 c.c.”

Altro autore, estremamente critico sulla natura contrattuale dell’istituto, osserva: “Il ruolo²¹³ del Tribunale è, in particolare, finalizzato ad evitare strumentalizzazioni in danno dei creditori non aderenti, che potrebbero non avere interessi e/o posizioni giuridiche omogenee rispetto a quelle dei creditori che aderiscono alla convenzione. Più nebuloso e di non chiara finalità appare, invece, il controllo sub iii) in ordine alla convenienza dell’accordo; **ciò in quanto la convenzione di cui si discute ha mere finalità dilatorie del credito e, come precisato, non si configura come accordo per la soluzione della crisi aziendale,** motivo per cui appare obiettivamente non agevole individuare “alternative concretamente percorribili”. La difficoltà di “leggere” lo scopo ultimo della convenzione attiene anche al fatto che, **non di rado, le misure di dilazione del credito risultano ancillari a piani e interventi più ampi e più strutturali da parte dei creditori coinvolti,** motivo per cui la moratoria, nell’ambito di una data

²¹² Massimo Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in il fallimento, 2015, pag. 1269*

²¹³ Cfr., Luca Provaroni, *Accordo di ristrutturazione e convenzione di moratoria: effetti per i creditori finanziari dissenzienti*, in *Corriere Tributario*, 1 / 2016, p. 75



categoria, potrebbe rispondere a logiche e a convenienze sostanziali, anche prospettiche, di difficile interpretazione.”.

Il punto è che la convenzione di moratoria va inserita in uno schema diacronico che tenga conto di tutte le evenienze dell'accordo di ristrutturazione che è un contratto firmato per motivi ovviamente speculativi dalla maggioranza dei creditori.



22. OSSERVAZIONI FINALI

22.1 SCHEMA DIACRONICO DEL CONTRATTO COMMERCIALE

Tutto quanto fin qui illustrato consente di comprendere che tutte le osservazioni critiche fin qui riportate non tengono conto che gli a.d.r. finanziari e la convenzione in moratoria concretano un “**contratto commerciale**” che non può essere esaminato con le stesse categorie logiche dei “contratti civili” perché concepito dal legislatore come strumento di speculazione volto a soddisfare, nei rapporti tra impresa in crisi e banche, esclusivamente l'aspettativa del profitto: **si è deliberatamente scelto di tutelare l'aspettativa di profitto chi al capezzale dell'impresa in crisi sceglie di investire nell'azienda.**

Infatti con ogni evidenza la maggioranza del 75% degli istituti di credito non stipulerà nulla qualora l'impresa sia già totalmente decotta; interverrà solo e soltanto se il conferimento anche soltanto di una mera dilazione conferisca maggiori utilità al ceto bancario nel suo complesso.

Si tratta, peraltro, da parte del legislatore nazionale di applicare raccomandazioni europee che a precise condizioni (informare tutti i creditori potenzialmente interessati al piano di ristrutturazione attribuendo loro il diritto di opporsi e proporre ricorso contro il piano di ristrutturazione) autorizzano l'attribuire al piano di ristrutturazione adottato a maggioranza dei creditori interessati efficacia vincolante per la totalità di tali creditori.

Ciò detto risulta evidente che la convenzione in moratoria ex art. 182 quinquies l. fall. quinto comma e la proposta di accordo ex art. 182 bis l. fall. sesto comma saranno depositate nel primo arco temporale per consentire all'impresa di ottenere i finanziamenti ex artt. 182 quater e quinquies e che entro il termine previsto dalla convenzione o entro il termine di 60 gg fissato ex art. 182 bis sesto comma l. fall dal tribunale e sarà depositato l'accordo che dovrà essere omologato dal tribunale entro i 60 giorni fissati dal legislatore come moratoria legale ex art. 182 bis l. fall. comma terzo.

Vi è quindi da ritenere che la convenzione di moratoria disciplinerà non soltanto mere dilazioni ma anche i finanziamenti in relazione ai quali, depositata la proposta di accordo ex art. 182 bis VI comma, sarà depositata l'istanza di autorizzazione a richiedere ex artt. 182 quinquies e quater l. fall..

D'altro canto nello “Schema di disegno di legge delega recante “Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza”, elaborato dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministro della Giustizia con Decreto 28 gennaio 2015 all' articolo 5, rubricato “Accordi di ristrutturazione dei debiti e piani attestati di risanamento” si legge:

*“La disciplina dei piani attestati di risanamento, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e delle convenzioni di moratoria va integrata: a) consentendo al debitore, il quale nell'ambito di soluzioni non esclusivamente liquidatorie concluda l'accordo di ristrutturazione ovvero una convenzione di moratoria con creditori, **anche diversi da banche e intermediari finanziari**, rappresentanti almeno il settantacinque per cento dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee, di chiederne*



l'omologazione, con estensione degli effetti ai creditori della medesima categoria non aderenti, purché adeguatamente informati e messi in condizione di partecipare alle trattative, fatta salva la loro facoltà di opporsi all'omologazione in caso di frode, non veridicità o incompletezza dei dati aziendali, inattuabilità dell'accordo ovvero praticabilità di soluzioni alternative più soddisfacenti.

Il che rende evidente che il legislatore intende proseguire sulla strada già intrapresa, quella dell'estensione degli effetti ai creditori non aderenti di categoria persino non commerciali.

22.2 RAGIONEVOLEZZA DELLA DEROGA ALLA RELATIVITÀ DEGLI EFFETTI

Sembra quindi del tutto giustificata²¹⁴ la deroga ai principi “cardine”²¹⁵ del diritto dei contratti, della relatività degli effetti del contratto” compiuta confezionando nell'estate 2015 la convenzione in moratoria e gli a.d.r. finanziari perché tali istituti, in uno agli elementi aggiuntivi agli a.d.r. ordinari inseriti dal 2005 al 2012, pongono tutti gli elementi formali (incentivi e garanzie) per consentire di procedere alle operazioni di risanamento delle crisi d'impresa, qualora gli istituti di credito e le finanziarie (anche internazionali) decidano finalmente di investire nel settore del risanamento delle imprese in crisi.

Giorgio Jachia
19 Gennaio 2016

²¹⁴ Niccolò Nisivoccia, “182 septies l.fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?” in il Fallimento 11/2015 pagina 1181

²¹⁵ Massimo Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in il fallimento, 2015, pag. 1269*