

Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza
Dottorato di Ricerca in Diritto Commerciale
XXII Ciclo

TESI DI DOTTORATO

*Gli accordi di ristrutturazione
dei debiti*

Coordinatore
Ch. mo Prof.
Pierpaolo SANFILIPPO

Tutor
Ch. mo Prof.
Concetto COSTA

Candidato
Maurizio GALARDO

INDICE

CAPITOLO I GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE NELLA COMPOSIZIONE NEGOZIALE DELLA CRISI D'IMPRESA

1.1. L'autonomia contrattuale nella crisi d'impresa.....	pag. 1
1.2. Alcune precedenti esperienze in tema di concordati stragiudiziali.....	pag. 5
1.3. Le esperienze di alcuni ordinamenti stranieri (Cenni.).....	pag. 8
1.4. Rapporti con altre ipotesi di ristrutturazione: premessa.....	pag. 14
1.4.1. I limiti del concordato stragiudiziale.....	pag. 14
1.4.2 L'articolo 67 comma 3 lett. d): il piano di risanamento attestato.....	pag. 15
1.4.3. Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione, tra alternative e complementarità.....	pag. 17
1.4.4. La "ristrutturazione" nell'Amministrazione straordinaria della grandi imprese insolventi.....	pag. 19
1.4.5. La Ristrutturazione dei debiti nell'art. 182 bis.....	pag. 21
1.4.6. Gli accordi di ristrutturazione nei gruppi di società.....	pag. 22

CAPITOLO II CARATTERISTICHE E FINALITA' DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

2.1. La fattispecie di cui all'art. 182 bis e le innovazioni introdotte dal D. Lgs. 169/2007.....	pag. 25
2.2.0 Le modifiche apportate all'art. 182 bis, dall'art. 48 del D.L. 31 maggio 2010 n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010 n. 122.....	pag. 28
2.2.1. L'art. 182 bis comma VI: l'istanza sospensione delle azioni cautelari ed esecutive durante le trattative e il divieto di acquisire titoli di prelazioni non concordati.....	pag. 27
2.2.2. L'art. 182 bis comma VII, la valutazione del tribunale sull'istanza di sospensione.....	pag. 30
2.3. La legittimazione alla proposizione dell'accordo.....	pag. 32
2.4. L'adesione dei creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti.....	pag. 32
2.5. Il computo della percentuale di adesione, negli accordi di ristrutturazione proposti da società appartenenti allo stesso gruppo.....	pag. 37
2.6. Lo stato di crisi.....	pag. 39
2.7. Il regolare pagamento dei creditori estranei.....	pag. 42
2.8.0 La negoziazione dell'accordo e la formazione del consenso:	
2.8.1. La formazione del consenso: premessa.....	pag. 44
2.8.2. Doveri dell'imprenditore di informativa sullo stato di crisi.....	pag. 45
2.8.3. Comportamento del creditore secondo buona fede e utilizzo delle informazioni ricevute.....	pag. 47

CAPITOLO III

IL CONTENUTO DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

3.1. Premessa.....	pag. 49
3.2. Quando la “riorganizzazione” diventa strumentale alla “ristrutturazione”.....	pag. 50
3.3. Le clausole degli accordi di ristrutturazione.....	pag. 52
3.4. <i>Pactum de non petendo</i> , percentuale minima di adesione e superamento dello stato d’insolvenza.....	pag. 57
3.5. L’eventuale suddivisione dei creditori in classi: differenze rispetto al concordato preventivo.....	pag. 59
3.6.1. L’erogazione di nuova finanza.....	pag. 60
3.6.2. Il problema del finanziamento “ponte” o “interinale”.....	pag. 63
3.6.3. Il problema delle garanzie.....	pag. 65
3.6.4. L’utilizzabilità dei <i>convenants</i> per garantire la nuova finanza erogata nell’ambito dell’accordo di ristrutturazione.....	pag. 66
3.6.5. La prevedibilità della nuova finanza: premessa.....	pag. 68
3.6.6. Segue: il nuovo art. 182 <i>quater</i> l. fall.....	pag. 70
3.7. Ristrutturazione del debito mediante conversione dei crediti in capitale. Il principio contabile Ifrc 19.....	pag. 73
3.8. L’utilizzo di una società di nuova costituzione e il ruolo delle banche.....	pag. 76
3.9. L’utilizzo del <i>trust</i> nell’ambito dell’accordo di ristrutturazione.....	pag. 79
3.10. La transazione fiscale collegata all’accordo di ristrutturazione.....	pag. 82
3.11. Il contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis nella recente casistica giurisprudenziale.....	pag. 88

CAPITOLO IV

VALUTAZIONE DEL TRIBUNALE ED EFFETTI DEGLI ACCORDI

4.1. Il rapporto tra l’ accordo e il procedimento.....	pag. 97
4.2. Il rapporto tra l’ “accordo” il “piano” di ristrutturazione.....	pag. 99
4.3.1. La relazione sull’attuabilità dell’accordo e la figura del professionista.....	pag. 102
4.3.2. La relazione sull’attuabilità dell’accordo: contenuto e caratteristiche.....	pag. 105
4.4. La pubblicazione dell’accordo nel Registro delle imprese.....	pag. 107
4.5.1. L’omologazione del tribunale.....	pag. 108
4.5.2. Il contenuto della tutela omologatoria: controllo di “legittimità” o di “merito”?.....	pag. 111
4.5.3. I limiti posti ad una valutazione prospettica dell’idoneità dell’accordo a rimuovere lo stato d’insolvenza.....	pag. 115
4.6. Il rigetto della domanda di omologazione.....	pag. 116
4.7. Gli effetti dell’accordo prima della pubblicazione nel registro delle imprese.....	pag. 117
4.8.1. Gli effetti dell’accordo dopo la pubblicazione nel registro delle imprese: la protezione del patrimonio del debitore.....	pag. 119
4.8.2. L’inapplicabilità del divieto di cui all’art. 182 bis comma 3 l. fall., alle azioni volte ad ottenere la dichiarazione di fallimento:	

la riunione dei procedimenti.....	pag. 121
4.9. Gli effetti dell'accordo dopo l'omologazione: l'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare. La prededucibilità e l'esenzione dai reati di bancarotta (Rinvio).....	pag. 124
4.10. Il nuovo art. 217 bis l. fall.: l'esenzione dai reati di bancarotta semplice e c.d. preferenziale.....	pag. 127
4.11. Esclusione della concessione abusiva del credito con riferimento all'accordo di ristrutturazione omologato.....	pag. 129
4.12. Vizi genetici e funzionali degli accordi (lineamenti).....	pag. 132
4.13. Profili fiscali.....	pag. 136

BIBLIOGRAFIA.....	pag. 139
GIURISPRUDENZA.....	pag. 151

CAPITOLO I

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE NELLA COMPOSIZIONE NEGOZIALE DELLA CRISI D'IMPRESA

SOMMARIO: 1.1. L'autonomia contrattuale nella crisi d'impresa. 1.2. Alcune precedenti esperienze in tema di concordati stragiudiziali. 1.3. Le esperienze di alcuni ordinamenti stranieri (cenni.). 1.4. Rapporti con altre ipotesi di ristrutturazione: premessa. 1.4.1. I limiti del concordato stragiudiziale. 1.4.2. L'articolo 67 comma 3 lett. d): il piano di risanamento attestato. 1.4.3. Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione, tra alternative e complementarità. 1.4.4. La "ristrutturazione" nell'Amministrazione straordinaria della grandi imprese insolventi. 1.4.5. La Ristrutturazione dei debiti nell'art. 182 bis.; 1.4.6. Gli accordi di ristrutturazione nei gruppi di società.

1.1. L'autonomia contrattuale nella crisi d'impresa.

Nello studio dei rapporti tra insolvenza e autonomia contrattuale è stato evidenziato, come la prima costituisca la qualificazione giuridica di un fatto, considerato patologico dall'ordinamento e al quale occorre porre rimedio, mentre la seconda rappresenta uno dei valori fondanti dello stesso e trova la sua espressione massima nell'ambito del diritto dei contratti¹.

L'esigenza di contemperare la stabilità dei rapporti negoziali, con l'evento patologico costituito dall'insolvenza, ha condotto il legislatore a coniare degli strumenti che consentono di comporre il conflitto d'interesse generato dall'intersezione di questi due fenomeni. L'analisi dei punti di contatto tra autonomia contrattuale e crisi d'impresa, non può trascurare poi quelle vicende in cui la situazione di crisi e/o di insolvenza costituisce il presupposto per la imputazione di una responsabilità extracontrattuale in capo a chi ha contrattato con l'impresa in crisi, è il caso ad esempio della responsabilità della banca per abusiva concessione del credito ad un'impresa in crisi, a cui potrebbe conseguire il diritto di altri creditori, di essere risarciti del danno subito, per essere stati tratti in inganno circa la reale solvibilità del soggetto finanziato².

¹ F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Rivista delle Società*, Milano, 2008, fasc. 1, p. 102 e segg.

² Cfr. Cass. Sez. Unite 28 marzo 2006, n. 7029 e 7030, quest'ultima in *Foro It.*, 2006, I, 3417 con osservazioni di M. FABIANI, nonché in *Giur. It.* 2006, 1191 e in *Corr. Giur.*, 2006, 643, con nota di G. FAUCEGLIA. Cfr. F. ALLEGRI, *La concessione abusiva di credito: evoluzioni e prospettive anche alla luce della riforma della legge fallimentare*, in *Riv. Dir. Fall.*, n. 3-4., 2007, p. 563 e segg.; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *La banca tra <<concessione abusiva>> e <<interruzione brutale>> del credito*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, 765; A. NIGRO, *Note minime in tema di responsabilità per concessione abusiva del credito e di legittimazione del curatore fallimentare*, in *Dir. Banc.*, 2002, I, 298; M. ROBLES, *Erogazione <<abusiva>> di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare del sovenuto*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2002, II, 279; G. RAGUSA MAGGIORE, *La concessione abusiva del credito e la dichiarazione di fallimento*, in *Dir. Fall.*, 2002, 510; A. VISCUSI, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2004, II, 648; ID., *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004; B. INZITARI, *La*

Da tempo gli studiosi si chiedono se le procedure concorsuali siano davvero necessarie o se invece il mercato possa trovare in se stesso la soluzione per gestire il fenomeno della crisi d'impresa, consentendo ad esempio alle banche, ai fornitori e ai finanziatori in genere, di regolamentare l'eventualità di una insolvenza futura dell'impresa, già al momento dell'instaurazione del rapporto contrattuale³.

L'esperienza maturata dai giuristi e dagli economisti, soprattutto negli ultimi venti anni ha indotto gli stessi a riconsiderare la funzione delle procedure concorsuali giudiziali e amministrative, in una prospettiva nuova, volta ad individuare una diversa e più efficace funzione delle stesse.

In questa ottica, nell'alternativa tra una gestione giurisdizionale o amministrativa dell'insolvenza è emersa la diversa visione, volta ad individuare un diritto della crisi d'impresa, con l'intento di valorizzare il superamento delle situazioni di difficoltà dell'imprenditore, anche attraverso il riconoscimento legislativo degli strumenti di composizione negoziale della crisi, che già in passato avevano acquisito una certa diffusione nella prassi con gli accordi di salvataggio atipici.

Nell'intento di dare una prima qualificazione del fenomeno, parte della dottrina ha utilizzato l'espressione di "privatizzazione della gestione della crisi d'impresa", così evidenziando la funzione e l'ampiezza che l'autonomia privata esplica in tale settore⁴. Pur trattandosi di un fenomeno al quale il legislatore ha dedicato solo poche norme, questa rinnovata visione nasce, tra l'altro, dalla considerazione che negli ultimi dieci anni, le crisi finanziarie di importanti gruppi industriali, sono state gestite ricorrendo all'utilizzo di strumenti di natura privatistica.

Le ragioni che inducevano l'imprenditore in difficoltà a ricorrere alla strada degli accordi di salvataggio stragiudiziali con i creditori, privilegiando questo mezzo anche rispetto al concordato preventivo e all'amministrazione controllata possono essere così individuate: 1) nei costi rilevanti delle procedure concorsuali; si pensi ad esempio al compenso del commissario e alle spese di registrazione della sentenza di omologazione del concordato ecc. 2) nella notevole limitazione dei poteri del debitore nella gestione dell'impresa a causa della presenza del commissario giudiziale oltre che per il regime autorizzativo previsto ex art 167 L.F. per il compimento di una serie di atti; 3) nell'obbligo di pagare i creditori privilegiati integralmente ed immediatamente subito dopo l'omologazione, mentre nel concordato stragiudiziale la posizione di questi poteva

responsabilità della banca nell'esercizio del credito; abuso nella concessione e rottura nel credito, in, *Banca, borsa e tit. di credito*, 2001, I, 280.

³ Cfr. L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Il Mulino, 2007, p. 303; Il quesito se le procedure d'insolvenza siano necessarie è frequente anche nella letteratura straniera: cfr. D.G. BAIRD, *A World Without Bankruptcy*, in, <<Law & Contemporary Problems>> 50, 1987, pp. 173 e segg. ; A. SCHWARTZ, *A Contract Theory Approach To Business Bankruptcy*>> in, *Yale Law Journal*>> 107, 1998, pp. 1807 e segg.; BAIRD e RASMUSSEN, *The end of Bankruptcy*.

⁴ E' stato detto che ciò comporta il passaggio dal piano della <<Haftung>>, intesa come attuazione della responsabilità patrimoniale attraverso l'esecuzione collettiva concorsuale, al piano della <<Schuld>>, vale a dire alla modifica del rapporto obbligatorio attraverso un atto di autonomia: Così. C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Trattato diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Milano, 2009, p. 1800.

essere negoziata con maggiore elasticità; 4) nella difficoltà di procurarsi le garanzie reali o personali necessarie per l'ammissione alla procedura⁵.

Tuttavia la scelta della composizione negoziale della crisi, in mancanza di una disciplina specifica, poteva comportare una serie di effetti negativi, nell'ipotesi di successivo fallimento, sia per il debitore che per i creditori, con conseguenze rilevanti sotto il profilo della responsabilità civile e penale, legate al protrarsi dell'attività di una impresa insolvente.

Altra grave limitazione relativa all'utilizzo degli accordi stragiudiziali atipici conseguiva alla mancanza della possibilità di avvalersi di quelle norme che nell'ambito delle procedure concorsuali prevedono il blocco delle azioni esecutive individuali e il divieto di acquisizione di diritti di prelazione da parte dei creditori (art. 168 l. fall.) così come, in relazione al concordato preventivo e al fallimento, il blocco degli interessi relativi ai crediti chirografari ed il decorso degli interessi legali per quelli privilegiati (art. 169 l.fall.).

L'assenza di un principio di regolazione dei rapporti tra i creditori aderenti e quelli estranei all'intesa, comportava che tutti i creditori dovessero esprimere il loro consenso all'accordo stragiudiziale, con la conseguenza che ogni tentativo di soluzione concordata poteva trovare l'opposizione di alcuni di essi, che cercando di ottenere un pagamento più elevato, votavano contro l'approvazione della convenzione e tentavano di negoziare autonomamente la propria posizione creditoria con gli amministratori dell'impresa.

Altra difficoltà che condizionava l'efficienza delle composizioni stragiudiziali concerneva le eventuali asimmetrie informative, dovute all'assenza di un organo giudiziario dotato di poteri autoritativi che gli consentissero di verificare la veridicità delle prospettazioni offerte dal debitore.

Orbene, con la riforma della legge fallimentare, lo scenario dei rapporti tra autonomia privata e crisi d'impresa si è arricchito di altri elementi, la nuova disciplina pare infatti valorizzare il ruolo dell'autonomia privata e le sue potenzialità nel fronteggiare la situazione in cui versa l'impresa.

La nuova normativa consente di gestire la crisi in via negoziale, attraverso un ridimensionamento dei profili procedurali e del ruolo del tribunale di <<assistenza>> all'autonomia privata, tanto che è stata utilizzata l'espressione di <<degiurisdizionalizzazione>> del diritto concorsuale, limitando, con gli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis) il controllo giurisdizionale sull'autonomia privata alla fase di omologazione.

In tale contesto, il rapporto tra libertà contrattuale e crisi d'impresa è destinato ad acquisire un ruolo sempre più rilevante⁶, avendo lo stesso legislatore disciplinato il procedimento di formazione degli accordi, senza porre limiti all'autonomia delle parti nella creazione delle strutture negoziali, teleologicamente dirette ad attuare la

⁵ C. COSTA, *La soluzione stragiudiziale della crisi d'impresa*, in, *Riv. Dir. Fall.*, 1998, pag. 964

⁶ F. MACARIO, *Op. ult. Cit.*, p. 137.

complessiva operazione di ristrutturazione, nel rispetto degli interessi dei creditori e dei terzi in genere.

Ad una visione essenzialmente statica dell'impresa, si sostituisce così, una prospettiva volta a valorizzare la credibilità dell'impresa sul mercato e dunque una considerazione soprattutto dinamica della sua attività.

L'elemento nel quale è destinato a trovare una composizione il conflitto tra autonomia privata e crisi d'impresa, consiste nell'individuazione delle modalità attraverso le quali l'autonomia contrattuale può creare un collegamento virtuoso, fra crisi d'impresa e contratto finalizzato al salvataggio della stessa⁷.

Sembra dunque, alla luce del nuovo contesto normativo, che nel nostro ordinamento sia stato introdotto un principio in virtù del quale la gestione negoziata della crisi d'impresa, esprime un interesse, di per sé meritevole di tutela, allorché la crisi sia da considerarsi "reversibile"⁸.

La ragione economico sociale che secondo la valutazione effettuata dal legislatore della riforma, rende particolarmente meritevole di tutela questi accordi, è quella per cui la gestione della crisi d'impresa, privatamente concordata fra l'imprenditore e la parte più significativa dei suoi creditori, protrebbe generare una quantità di risorse disponibili, superiore a quella che si creerebbe con l'apertura della procedura fallimentare⁹.

Questa rinnovata prospettiva non è stata esente da critiche, è stato detto che <<nei secoli, l'insolvenza dell'impresa, mai è stata considerata come una situazione da abbandonare all'autonomia... dei privati>>, ammonendo che <<l'abbandono della crisi dell'impresa all'iniziativa dei "creditori forti" è un fenomeno patologico che non va subito con rassegnazione... ma deve essere rimosso>>¹⁰.

Anche in seguito all'emanazione della nuova legge fallimentare non sono mancate autorevoli critiche¹¹ alla valorizzazione del profilo negoziale che è tra le linee ispiratrici della riforma.

⁷ F. MACARIO, *Op. ult. Cit.*, p. 139.

⁸ Cfr. F. MACARIO, *Op. ult. Cit.*, p. 146: "In tale prospettiva è stato detto che gli accordi di ristrutturazione rappresenterebbero <<la fusione tra la disciplina dell'atto e dell'attività>>, in esso trovando composizione gli interessi e i valori sottesi ai due elementi e ai due sistemi di regole, chiamati ad operare in sinergia, attraverso la connessione virtuosa che si instaura tra l'utilizzo del contratto diretto alla gestione della crisi d'impresa e il mercato."

⁹ L. ROVELLI, *Il ruolo del trust, nella composizione negoziata dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis. l. fall.*, in, *Il Fall.*, n. 5/2007, p. 598.

¹⁰ A. DIMUNDO, *Pactum de non petendo*, in, *Il Fall.*, 1996, 905.

¹¹ Cfr. G. ROSSI, *Introduzione al Convegno di Courmayeur*, 23-24 settembre 2005, nota 1. p. 15. Sono state sollevate in particolare le seguenti critiche: 1) *qualsiasi soluzione negoziale favorirebbe, fra i creditori, quelli muniti di maggiore forza contrattuale*; 2) *le posizioni dei vari contraenti sono tra loro difformi e da tale diversità deriverebbero soluzioni ingiuste e soprattutto il modello "premiante" che ne scaturisce allontanerebbe il fallimento dall'insolvenza e sarebbe inefficiente perché incoraggerebbe il lassismo, peggiorerebbe per la generalità dei creditori la qualità del sistema dei pagamenti; esalterebbe il carattere "bancocentrico" del sistema economico; confliggerebbe con la natura stessa del sistema capitalistico, alla cui base vi è la propensione al rischio.*

1.2. Alcune precedenti esperienze in tema di concordati stragiudiziali.

Al fine di chiarire il concetto di ristrutturazione dei debiti nell'art. 182 bis e nel tentativo di ricostruire il possibile contenuto di questi accordi, sembra utile un breve esame delle principali caratteristiche degli accordi di salvataggio che hanno interessato i gruppi industriali italiani dello scorso decennio. Infatti pur non esistendo, sotto il profilo contenutistico, caratteristiche necessarie degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis), questo costituisce pur sempre un'evoluzione del precedente concordato stragiudiziale, il quale presenta caratteristiche comuni o comunque ricorrenti¹². Le prime ipotesi di ristrutturazione stragiudiziale del debito, in Italia, hanno trovato applicazione per il risanamento di grandi gruppi industriali¹³, (Cameli, Belleli, Varasi-Santavaleria, Serafino Ferruzzi, Tripovich, Montedison).

D) Nella ristrutturazione che ha interessato il gruppo CAMELI, costituito da circa trecento società, di cui cinque quotate in borsa, bisognava porre rimedio ad una esposizione debitoria nei confronti delle banche di circa duemila miliardi, di cui mille dovuti dalle società operative controllate, le quali avevano anche un rilevante indebitamento commerciale verso i fornitori, e circa mille miliardi dovute dalla *holding*. I crediti vantati dalle banche nei confronti della *holding* erano in gran parte irrecuperabili, in quanto trattandosi di una *holding pura*, all'attivo aveva esclusivamente azioni di società del gruppo, le quali a loro volta versavano in cattive condizioni economiche, per cui i ricavi conseguibili dalla vendita delle società controllate sarebbero stati insufficienti alla restituzione dei debiti verso le banche.

Nella ristrutturazione del gruppo pertanto, il primo obiettivo fu quello di eliminare l'insolvenza della *holding*, che aveva un patrimonio negativo per centinaia di miliardi; il superamento di questo primo problema, costituiva infatti un passaggio preliminare obbligato affinché si potesse proseguire nella gestione, senza incorrere in responsabilità penale conseguente alla ritardata richiesta di fallimento e per bancarotta preferenziale, nonché per procedere alla vendita delle società controllate, in quanto il rischio di fallimento della *holding*, venditrice delle controllate, impediva di trovare potenziali acquirenti disposti a correre il rischio di un'azione revocatoria nell'ipotesi di successivo fallimento della prima. Per superare il problema dell'insolvenza della *holding* venne stipulata una convenzione interbancaria, alla quale aderirono anche i creditori commerciali più rilevanti; gli aspetti fondamentali della stessa erano i seguenti: 1) messa in liquidazione della *holding*; 2) moratoria dei debiti per tre anni, senza interessi per la *holding* e con interessi a tassi convenzionali per le società operative; 3) vendita delle varie società del gruppo, con l'accordo che il corrispettivo rinveniente da tali cessioni, sarebbe stato diviso in *primis* tra i pochi creditori commerciali della *holding*, ed in secondo luogo tra le banche (postergate), a saldo e stralcio delle rispettive posizioni creditorie. In particolare le banche, con la firma della convenzione rinunciavano alla parte dei loro crediti verso la *holding* che sarebbe rimasta incapiente,

¹² L. STANGHELLINI, *La Crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Il Mulino, 2007, p. 317. BELCREDI, *Le ristrutturazioni stragiudiziali delle aziende in crisi nei primi anni novanta*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano 1996, p. 268

¹³ F. BONELLI, *op a ult. Cit.*, p. 488 e segg.; Cfr. L. PANZANI, *Il Caso Federconsorzi*, in, *Il Fall.*, n. 9/1996, p. 849 e segg.

per l'insufficienza degli incassi derivanti dalla vendita delle società partecipate, consentendo così il superamento dell'insolvenza della *holding*. In tale situazione le banche erano motivate ad aderire alla proposta, essendo quasi tutte creditrici sia della *holding* che delle società operative controllate, pertanto per salvare i propri crediti verso le società operative, che una volta vendute ad imprenditori *in bonis*, avrebbero potuto far fronte al loro indebitamento bancario, erano disposte a sacrificare i crediti vantati nei confronti della *holding*. Alla fine del processo di liquidazione stragiudiziale a fronte della estinzione *in bonis* della *holding*, la quale avrebbe conservato soltanto debiti verso il sistema bancario, i quali a loro volta, per la parte non ripagata con ricavi delle vendite delle società operative, sarebbero stati estinti attraverso la rinuncia preventiva contenuta nella convenzione; al contempo le società operative, ad eccezione di quelle per le quali era inevitabile l'assoggettamento ad una procedura concorsuale, erano destinate a ritornare *in bonis* in modo da far fronte al loro indebitamento bancario.

II) Nella vicenda BELLELI invece, il nucleo del gruppo era costituito da una società operativa indebitata verso banche e fornitori, con un patrimonio netto negativo per svariati miliardi. Nell'ambito di una complessiva ristrutturazione, in un primo momento venne chiesta l'ammissione alla procedura di amministrazione controllata, successivamente si costituì una nuova società con un modesto capitale sociale, la cui proprietà sostanziale era delle banche creditrici, per la precisione i duecento milioni di capitale furono sottoscritti dai due *Advisor*, i quali contestualmente diedero tutte le azioni in pegno alle banche creditrici. A questa nuova società le banche hanno ceduto tutti i loro crediti non garantiti ad un prezzo simbolico.

Anche i fornitori hanno ceduto ad un prezzo simbolico parte dei loro crediti, mentre per quelli non ceduti hanno accettato una moratoria senza interessi della durata di circa due o tre anni.

Attraverso questa operazione la nuova società è diventata creditrice di svariati miliardi nei confronti della Belleli S.p.a. , e il suo credito è stato utilizzato per coprire le perdite e reintegrare il capitale della Belleli attraverso il meccanismo della compensabilità del credito del socio nei confronti della società con il debito relativo alla sottoscrizione delle azioni emesse in sede di aumento del capitale sociale. In questo modo la Belleli è diventata di proprietà della nuova società e quindi indirettamente delle banche.

Il vantaggio che queste hanno conseguito, nel caso di specie, è stato quello di evitare l'escussione dei *performance bonds* e delle altre garanzie che le banche avevano rilasciato per centinaia di miliardi, in tal modo attraverso la cessione dei loro crediti, ormai irrecuperabili, le banche hanno ottenuto il riconoscimento della perdita sotto il profilo fiscale, così facendo, hanno potuto ricapitalizzare la Belleli , e la prosecuzione dell'attività sociale ha consentito di evitare l'escussione dei *performance bonds* rilasciati.

Il principale costo per le banche aderenti al piano, è stata la “nuova finanza” erogata per consentire la prosecuzione dell'attività

III) Nel caso FERRUZZI¹⁴, il nucleo del gruppo era rappresentato dalla società non operativa Serafino Ferruzzi s.r.l. in cui attivo patrimoniale era costituito in larghissima parte dalla partecipazione nella Ferfin S.p.a..

Lo stato di crisi della società fu causato da due fattori determinanti: a) il pagamento della quota di liquidazione di Raul Gardini e Idina Ferruzzi, per oltre cinquecento miliardi, che venne effettuato ricorrendo ad un massiccio indebitamento bancario; b) la forte svalutazione della partecipazione nella Ferfin S.p.a., il cui valore diminuì dagli originari 1900 a 16 miliardi.

In seguito a questi accadimenti la Serafino Ferruzzi presentava un passivo di oltre 1000 miliardi e un patrimonio netto negativo di 966 miliardi.

Per rimediare a questa situazione ed evitare il fallimento della Serafino Ferruzzi e della maggior parte delle sue controllate, la famiglia Ferruzzi avviò trattative con le banche creditrici per la conclusione di un piano complessivo di risanamento del gruppo, i cui aspetti fondamentali erano i seguenti:

- a) estinzione di tutti i debiti nei confronti delle banche, in parte attraverso la loro remissione e in parte attraverso la loro conversione in partecipazioni sociali;
- b) rinuncia da parte della Serafino Ferruzzi, a tutti i crediti vantati nei confronti della Serafino Ferruzzi Italia s.r.l., che costituivano l'unica passività della seconda.

IV) Nel piano di ristrutturazione che ha interessato il gruppo TRIPCOVICH¹⁵, la singolarità è che questo non è stato espressione dell'autonomia privata dell'impresa in crisi e dei suoi creditori, essendo stato invece predisposto e attuato dal curatore e dal giudice delegato nel contesto della procedura fallimentare cui era stata sottoposta la società capogruppo.

Al momento della dichiarazione di fallimento, il passivo della *holding* del gruppo era costituito in prevalenza da debiti verso le banche. I crediti vantati da queste nei confronti della *holding* erano in larga misura irrecuperabili, in quanto trattandosi di una *holding* pura, all'attivo aveva quasi esclusivamente azioni emesse da società del gruppo, le quali versavano tutte in stato di illiquidità, per cui in tale situazione, i ricavi conseguibili dalla vendita delle società controllate sarebbero stati del tutto insufficienti ad estinguere i debiti verso gli istituti di credito.

Per tali ragioni gli obiettivi perseguiti, nel progetto di ristrutturazione furono, in primo luogo, quello di garantire la continuità dell'attività produttiva delle società controllate al fine di preservare il valore economico delle aziende; in secondo luogo quello di mantenere *in bonis* le società operative, in modo da consentire la vendita e il realizzo almeno parziale dei crediti vantati nei loro confronti.

Per conseguire il primo risultato gli organi della procedura hanno autorizzato gli amministratori delle controllate alla conclusione di contratti di affitto di azienda, mediante gare informali svolte sotto il controllo del giudice delegato del fallimento, prescrivendo altresì che gli affittuari presentassero un'offerta irrevocabile di acquisto ad

¹⁴ R. VIVALDI, *Il caso Serafino Ferruzzi S.r.l.*, in, *Il Fall.*, 1996, p. 343 e ss.

¹⁵ G. SANSONE, *Il caso Tripovich*, in, *Il Fall.*, 1996, p. 833.

un prezzo determinato e che in caso di loro sottoposizione a procedura concorsuale, l'affittante avrebbe potuto recedere dal contratto.

Per realizzare invece il secondo obiettivo si è chiesta in primo luogo l'ammissione delle due *sub holding* del gruppo, che controllavano quasi tutte le società operative e che erano state poste in liquidazione, alla procedura di amministrazione controllata; è stata poi costituita una nuova società con capitale detenuto dalle varie banche creditrici in proporzione ai crediti rispettivamente vantati nei confronti del gruppo. A questa nuova società le banche hanno ceduto al valore nominale tutti i loro crediti chirografari verso le società controllate. Attraverso queste operazioni, la nuova società è divenuta la principale creditrice delle società operative e ha utilizzato le posizioni creditorie acquisite per convertirle in capitale sociale delle *sub holding*, nella misura necessaria per ripianare le perdite subite e ricostituire il capitale sociale; contestualmente è stato revocato lo stato di liquidazione delle *sub-holdings*.

1.3. Le esperienze di alcuni ordinamenti stranieri. (Cenni.)

Negli ordinamenti europei e del Nord America si è affermata la tendenza a favorire procedure dirette in primo luogo alla ristrutturazione delle imprese in crisi, e solo in via di *extrema ratio* alla liquidazione del complesso produttivo nella prospettiva fallimentare. Il modello di riferimento che ha influenzato gli ordinamenti dei paesi europei è quello della *Reorganization*, prevista negli Stati Uniti d'America.

D) In Francia¹⁶ la procedura di composizione stragiudiziale della crisi ha come obiettivo primario il risanamento dell'impresa e si svolge sotto la direzione di un giudice che ha il compito di valutare la fattibilità del piano di risanamento presentato dall'imprenditore, disponendone l'omologazione. Nell'esercizio di queste funzioni al giudice è concesso un ampio potere in merito alla possibilità di richiedere informazioni, di disporre perizie avvalendosi di consulenti per indagare sulla situazione economica, sociale e finanziaria dell'impresa. In Francia ad una prima riforma della disciplina dell'insolvenza introdotta nel 1984, hanno fatto seguito nel 1994 e poi nel 2005 numerose modifiche.

Con la riforma del 1984, furono introdotte il *Reglement amiable des difficultés des entreprises*, disciplinato dalla l. n. 48-148 del 1984, il *Redressement judiciaire des entreprises*, disciplinato dalla l. n. 85-98 del 1985.

Con la riforma del 1994 vi è stata una accentuazione del regime di prevenzione, attraverso un rafforzamento delle c.d. "misure di allerta", che consentono all'autorità giudiziaria di venire tempestivamente a conoscenza di una situazione di difficoltà, una valorizzazione del *règlement amiable* e la modifica del *redressement judiciaire*.

¹⁶ Cfr. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in, *Dir. Fall.*, 2008, I, pag. 258; MARINONI, *Le redressement judiciaire des entreprises*, Milano, 1989, pagg. 10 e segg.; RANGONI, *La prevention des difficultés des entreprises nella legge francese di riforma n. 475 del 10 giugno 1994*, in, *Dir. Fall.*, 1996, I, pagg. 269 e segg.; IORIO, *La nuova legge francese sull'insolvenza*, in, *Giur. Comm.*, 1986, I, p. 625; ID. *Modelli Europei e scelta fra sistemi a gestione giudiziaria o amministrativa*, in, *Fall.*, 1998, p. 952;

A seguito della riforma del 2005 introdotta con la Loi de sauvegarde des entreprises, le procedure vigenti sono le seguenti: Mandatarie ad hoc, Conciliation, Sauvegarde, Redressement Judiciaire, Liquidation giudicarie, in particolare il règlement amiable, che poteva essere utilizzato da qualsiasi imprenditore commerciale individuale o collettivo o da associazioni è stato sostituito da due procedure preventive: la conciliation e la sauvegarde.

Con la procedura di *conciliation* qualora il debitore si trovi in difficoltà economiche o in stato di cessazione dei pagamenti può tentare sotto il controllo del tribunale una sistemazione amichevole con i propri creditori. Il tribunale provvede così alla nomina di un *conciliateur*, il quale ha a disposizione quattro mesi, salvo proroga, per favorire la conclusione dell'accordo. Quest'ultimo viene omologato se consente la prosecuzione dell'attività d'impresa e la fine dello stato di cessazione dei pagamenti, in caso contrario la procedura si estingue automaticamente.

I creditori che concedono dilazioni o finanziamenti per la prosecuzione dell'attività d'impresa vengono pagati con preferenza rispetto a quelli anteriori all'inizio della procedura.

La *sauvegarde* è invece un istituto nuovo riservato al debitore in difficoltà, ma non in stato di cessazione dei pagamenti, essa costituisce l'istituto più importante della riforma ed è finalizzata alla riorganizzazione dell'impresa al fine di consentire la prosecuzione dell'attività, il mantenimento dei posti di lavoro e la regolazione del passivo.

L'istituto può essere applicato non solo agli imprenditori ma anche ai soggetti che svolgono un'attività professionale. L'apertura della procedura consente la sospensione delle azioni esecutive individuali. La disciplina prevede che il debitore debba presentare un progetto di risanamento da sottoporre ai due comitati dei creditori previsti: uno costituito dagli istituti di credito e l'altro dai principali fornitori.

Il piano è sottoposto al voto e si considera approvato se raggiunge i 2/3 dei crediti complessivi e il 50% degli aventi diritto al voto; raggiunte le maggioranze il tribunale procede all'omologazione.

II) In Germania¹⁷ con la riforma del 1994 è stata introdotta una procedura denominata *Insolvenzordnung*, con la quale è stata eliminata l'alternativa tra fallimento e concordato preventivo, sostituendo entrambi con un procedimento unitario ed elastico che si basa sulla predisposizione di un *Insolvenzplan*, con il quale si può prevedere la conservazione dell'impresa oppure la sua liquidazione qualora il risanamento non sia realizzabile.

La caratteristica fondamentale del modello tedesco è l'estrema elasticità della procedura, nell'ambito della quale è possibile in qualsiasi momento presentare un "piano di insolvenza", il cui contenuto è modellato dall'autonomia privata dell'imprenditore e dei suoi creditori, oppure dal curatore, e che deve poi essere sottoposto all'omologazione del giudice; quest'ultima comporta la sospensione

¹⁷ Cfr. GUGLIELMUCCI L. *Il diritto concorsuale tedesco tra risanamento e liquidazione*, in, *Giur. Comm.*, 2003, I, 155.

dell'eventuale procedura di liquidazione già iniziata ed eventualmente anche il mantenimento dell'impresa in capo all'imprenditore.

Vi è inoltre la possibilità di dividere i creditori in classi attuando dei trattamenti differenziati.

III) In Spagna¹⁸, la disciplina delle procedure concorsuali è stata riformata con la “*ley n. 22/2003 de 9 de julio, concorsuale*”, entrata in vigore il 1° settembre 2004.

Con la legge di riforma è stato disciplinato un procedimento concorsuale dalla struttura unitaria che si sostituisce ai diversi procedimenti disciplinati in precedenza in maniera frammentaria sulla base di presupposti diversi.

Il nuovo procedimento si chiama “*el concurso*” e si applica sulla base dell'unico presupposto oggettivo costituito dallo stato d'insolvenza, indifferentemente sia alla persona fisica che alla persona giuridica. La nuova procedura pur avendo una struttura unica, può perseguire finalità diverse, in quanto dopo una fase iniziale comune, si possono adottare soluzioni liquidatorie o invece di risanamento dell'impresa in crisi. Inoltre con la legge di riforma è stata prevista la creazione di una magistratura specializzata in materia concorsuale, ovvero dei Tribunali commerciali: *Juzgados de lo Mercantil*.

Al concorso possono essere sottoposti tutti i debitori insolventi, è prevista una procedura abbreviata per le ipotesi di passivo molto esiguo.

Il concorso può essere volontario se si apre su richiesta del debitore, oppure necessario se si apre su richiesta dei creditori.

Il presupposto oggettivo della procedura è lo stato d'insolvenza inteso come incapacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, la legge di riforma non fa invece nessun riferimento al concetto di stato di crisi.

Il legislatore spagnolo, non ha previsto un sistema privatistico di rimozione dell'insolvenza mediante un concordato stragiudiziale, né ha attribuito al “*concurso*”, una finalità conservativa.

IV) Anche in Portogallo¹⁹ è stata di recente introdotta una riforma delle procedure concorsuali, infatti con il decreto legge n. 53 del 18 marzo 2004 è stato approvato il Codice di insolvenza e recupero delle imprese (*Código da Insolvencia e da Recuperação de Empresas*) entrato in vigore il 15 settembre 2004.

In caso di insolvenza, il debitore, anche persona fisica può ricorrere sia alla liquidazione del patrimonio, sia alla realizzazione di un piano di insolvenza approvato dai creditori e omologato dal giudice, tendente al recupero dell'impresa. Si tratta tuttavia di un procedimento unitario, denominato processo d'insolvenza che ha come obiettivo il

¹⁸ Cfr. G. GIANNELLI, *Le Soluzioni Giudiziarie delle crisi d'impresa. La gestione della crisi nel diritto spagnolo e italiano*, in, *Riv. Dir. Fall.*, Padova, 2009, pag. 125 e segg.; MARIA ISABEL ALVAREZ VEGA, *Funzione conservativa del “concurso de acreedores”, nella riforma del diritto fallimentare spagnolo*, in, *Dir. Fall.*, 2004, pagg. 760 e segg.

¹⁹ Cfr. DE CARVALLO FERNANDES, LUIS ALBERTO, *Profili generali del nuovo regime dell'insolvenza nel diritto portoghese*, in, *Dir. Fall.*, 2004, I, pag. 1418.

soddisfacimento dei creditori. Prevale in ogni caso la finalità di tutelare i creditori, rispetto a quella di risanamento dell'impresa in difficoltà.

V) Nel Regno Unito la disciplina dell'insolvenza è contenuta nell'*Insolvency Act*, del 1985 e del 1986, nonché nell'*Enterprise Act*, del 2002 entrato in vigore il 1° aprile 2004. Sono previste diverse procedure²⁰: la *Administration procedure*, la *Administrative receivership procedure*, lo *Scheme of Arrangements (Company voluntary Arrangement)* regolato adesso dal *Companies Act 2006*.

Il debitore persona fisica può adottare, in caso di insolvenza, due soluzioni: ricorrere all'*Individual voluntary Arrangement*, che consiste in un accordo con i creditori, in virtù del quale l'obbligato continua a mantenere la gestione dei propri beni; oppure può ricorrere ad una procedura di liquidazione (*bankruptcy*).

L'*Administrative receivership*, disciplinato nella parte III dell'*Insolvency Act*, consiste invece in una procedura con cui i creditori privilegiati in possesso del *floating charge*, (un particolare tipo di garanzia su beni o attività, soggetti a mutare di consistenza, come ad esempio il magazzino) hanno il diritto di nominare un *Administrative receiver*, il quale dovrà adottare tutte le decisioni necessarie per il salvataggio dell'impresa, tutelando gli interessi dei creditori che lo hanno nominato (*charge holder*). I creditori che non dispongono di una *floating charge* possono nominare un commissario liquidatore, per cui gli stessi non potranno esigere i loro crediti individualmente.

L'*Administration procedure*, è disciplinata nella parte II dell'*Insolvency Act*, prevede la nomina di un *administrator*, e si presenta come un procedimento flessibile con il quale si possono conseguire finalità diverse: il risanamento dell'impresa, oppure la composizione concordata dell'insolvenza, oppure la liquidazione dell'impresa. Caratteristica della procedura è che la nomina del soggetto incaricato della predisposizione del piano per il superamento della crisi ed eventualmente anche della gestione della società può provenire dai creditori o dalla stessa società (*company*) e deve essere accompagnata da una relazione (*report*) predisposta da una persona indipendente ed in possesso di conoscenze approfondite sulla situazione dell'impresa, ma che non ha legami (*connections*) con la società.

La prassi di ricercare soluzioni alla crisi d'impresa senza l'intervento dell'Autorità Giudiziaria, si è talmente sviluppato e consolidato in Gran Bretagna fin dagli anni settanta da essere noto come *London Approach*²¹, esso non si basa su un codice formale, ma piuttosto sul consenso, la persuasione e la collegialità, dell'azione delle banche, al fine di contemperare gli interessi dei vari creditori dell'impresa in difficoltà. Il *London Approach*, si fonda dunque sull'azione coordinata delle banche che partecipano al salvataggio, le quali rinunciano all'esercizio individuale delle azioni esecutive, sul patrimonio del debitore, e partecipano insieme alle spese.

²⁰ FINCH, *Company Insolvency Law*, Cambridge, 2002, 211 e segg.

²¹ KENT, *The London Approach*, in, *Journ. Int. Law pract.*, 1993, 81; KENT, *Corporate workouts: a UK perspective*, in, *Int. Insolv. Rev.*, 1997, 165; BRITISH BANKER'S ASSOCIATION, *Description of the London Approach*, London 1996; e segg.; FLOOD, *Corporate recovery: the London Approach*, in, *Ins. Law practice*, 1995, 82; ARMOUR-DEAKIN, *Norms in private insolvency procedures: the "London Approach" to the resolution of financial distress*, in, *Journ., c. l.s.*, 2001, 21.

Nell'ambito della procedura, un ruolo di mediazione e coordinamento è svolto dalla *Bank of England*, che esercita anche una funzione di persuasione rispetto alle banche meno inclini ad aderire all'accordo. Il principale limite del *London Approach*, viene individuato nei costi elevati, derivanti dalla necessità di ricorrere a consulenti specializzati. Gli accordi conclusi con il *London Approach*, si fondano sulla *freedom of contract*, e ad essi si applica il principio di relatività degli effetti negoziali, per cui nessun creditore può essere pregiudicato senza il suo consenso dalla stipulazione di un accordo di risanamento, né può essere costretto ad acconsentirvi. Inoltre la conclusione dell'accordo di salvataggio non preclude ai creditori esclusi di intraprendere azioni esecutive individuali.

Il modello inglese si è imposto anche in alcuni paesi dell'estremo oriente, quali Hong Kong, Indonesia, Thailandia²².

VI) Negli Stati Uniti d'America la legge fallimentare è disciplinata dal *Title 11 Bankruptcy* dello *United States Code*. La procedura si caratterizza per aspetti peculiari a cominciare dal fatto che gli Stati Uniti sono presenti giudici specializzati in materia fallimentare: le *Bankruptcy Courts*. Particolarmente rilevante è la procedura di *Reorganization* (*Chapter 11*, del *Title 11*) che nel novantacinque per cento dei casi viene promossa su iniziativa del debitore al fine di superare delle difficoltà finanziarie, pertanto è sufficiente che questi provi di avere dei debiti, non essendo necessaria la sussistenza di un vero e proprio stato di insolvenza. Nell'ipotesi in cui siano i creditori a promuovere la procedura, per la verità rari, questi devono provare di non essere stati pagati dal debitore alla scadenza o che il patrimonio dell'impresa è stato sottoposto ad azioni esecutive o cautelari, nei centoventi giorni precedenti. Il Tribunale fallimentare ammette l'impresa alla procedura di *Reorganization* se la considera in grado di affrontare e superare la crisi senza pregiudicare le ragioni dei creditori. Il debitore ammesso alla procedura può continuare a gestire l'impresa nell'interesse dei creditori. Viene inoltre costituito il comitato dei creditori in rappresentanza degli interessi dei soli creditori chirografari. Durante la procedura si crea lo stato di *automatic stay*, ovvero la sospensione istantanea di tutte le azioni esecutive poste in essere dai creditori. Entro centoventi giorni dall'avvio della procedura il debitore predispone un piano che può prevedere anche operazioni societarie straordinarie come una fusione o la cessione di un ramo d'azienda o dell'intera impresa. I vari creditori vengono suddivisi in classi. Il piano di riorganizzazione viene divulgato e sottoposto alla votazione dei creditori. Il giudice valuta eventuali opposizioni e procede all'omologazione. Una caratteristica di questa procedura è la regola del *cram down*, secondo cui se c'è almeno una classe di creditori a favore dell'accordo, questo si impone anche ai creditori dissenzienti, purché questi non ricevano un trattamento inferiore a quanto potrebbero ricevere dalla liquidazione dell'azienda. L'omologazione comporta per il debitore l'obbligo di procedere al pagamento dei suoi debiti secondo quanto pattuito nel piano approvato. Sempre entro centoventi giorni dall'avvio della procedura il debitore deve predisporre una dichiarazione in cui spiega le cause della crisi e illustra le iniziative per superarla. In caso di *mala gestio*, il comitato dei creditori può richiedere al Tribunale la nomina di un *trustee* che vigila sull'operato degli amministratori.

²² Cfr. SEGAL, *Corporate recovery and rescue. Mastering the key strategies necessary for successful cross border workouts: part. 1*, in, *Insolv. Int.*, 2000, 17.

L'imprenditore americano considera la *Reorganization* una scelta strategica per affrontare una situazione di instabilità finanziaria e, di conseguenza, capita spesso che la procedura venga avviata prima ancora del verificarsi di uno stato d'insolvenza. Inoltre, gli accordi stragiudiziali hanno un'incidenza molto più elevata rispetto alle istanze fallimentari. Tutto ciò fa sì che spesso negli Stati Uniti, si cerchi di contenere i tempi in centoventi giorni e che ci siano casi in cui la procedura concorsuale si sia conclusa in meno di un mese. La procedura di *Reorganization*, può essere preceduta dalla stipulazione dei c.d. *prepetition agreements*²³, ovvero da accordi che precedono la richiesta di ammissione alla procedura di *Reorganization*, regolata dal *Chapter 11* dello *U.S.C.*, tale possibilità è espressamente riconosciuta dalla stessa disciplina positiva. L'utilità di questi accordi consiste nel procurarsi il preventivo consenso dei creditori più importanti alla conclusione del piano di riorganizzazione, e dunque di poter accedere alla procedura giudiziale prevista dal *Chapter 11*, con più alte possibilità di successo. I principali vantaggi dell'acquisizione preventiva del consenso dei creditori, rispetto all'ipotesi in cui viene richiesta prima l'ammissione alla procedura di *Reorganization*, per poi procedere alla negoziazione con i creditori, consiste nella possibilità di instaurare delle trattative con i creditori con la massima libertà di determinare modi e tempi di conclusione dell'accordo, nonché di semplificare l'assetto di interessi da raggiungere con gli stessi. Un controllo successivo della *Bankruptcy Court* è previsto dalla *section 1129*, la quale subordina la *confirmation*, alla sussistenza del requisito della proposizione in buona fede (*good faith*), nell'ipotesi in cui l'Autorità Giudiziaria rilevi la mancanza del requisito della buona fede, viene negato l'accesso alla procedura prevista dal *Chapter 11*, ed il debitore è assoggettato a fallimento. Si tratta in ogni caso di una procedura che valorizza molto l'autonomia privata, in quanto l'assetto finale degli interessi è il frutto della libera contrattazione tra il debitore e i suoi creditori.

VII) La legislazione argentina sulla crisi d'impresa, prevede l'istituto dell'*acuerdo preventivo extrajudicial*²⁴. Si tratta di un istituto giuridico il cui nucleo essenziale è rappresentato da un accordo di natura privatistica, ma suscettibile di ottenere l'omologazione da parte del giudice. L'accordo non necessariamente deve coinvolgere tutti i creditori, esso inoltre viene considerato valido ed efficace anche in mancanza dell'omologazione da parte del giudice. Nella determinazione del contenuto del contratto le parti godono della più ampia autonomia negoziale. La legge non disciplina gli effetti dell'accordo rispetto alle posizioni dei terzi: garanti e condebitori solidali. La legge argentina prevede che nell'ipotesi in cui, successivamente alla stipulazione dell'accordo, sia dichiarato il fallimento dell'imprenditore, non sia possibile contestare gli atti compiuti da quest'ultimo in conformità a quanto previsto nell'*acuerdo medesimo*. La disciplina prevista dalla legislazione argentina, per certi versi è ancora più liberale di quella americana, poiché diversamente da quest'ultima l'intero accordo si forma stragiudizialmente, prima del deposito dell'istanza di omologazione al giudice,

²³ KIRSCHENER, *Prepackaged bankruptcy, plans: the deleveraging tool of the '90 in the wake of OID and tax concerns*, in, *Seton Hall law rev.*, 1991, 660.

²⁴ Cfr. MOLINA SANDOVAL, *Acuerdo preventivo extrajudicial*, Buenos Aires, 2003, 77; ALEGRIA, *El Acuerdo preventivo extrajudicial no homologado*, in, *Derecho concursal argentino e iberoamericano*, I, Buenos Aires, 1997, 23 e segg.; BACQUET-HERBAUX, *Le règlement des difficultés des entreprises, en Argentine*, in, *Rev. Dr. Aff. Int.*, 2000, 240.

quest'ultima costituisce infatti soltanto una forma di controllo successivo. L'accordo una volta omologato è vincolante anche per i creditori dissenzienti.

1.4. Rapporti con altre ipotesi di ristrutturazione: premessa.

I termini “*ristrutturazione*” e “*risanamento*” vengono utilizzati dal legislatore italiano e dai giuristi, più volte e in diversi contesti, in particolare con riferimento ai concordati stragiudiziali, nel Concordato preventivo, negli Accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.fall. nell'ambito della disciplina dell'Amministrazione Straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (Dl.gs. 8 luglio 1999 n. 270) e della Ristrutturazione Industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza (L. 18 febbraio 2004 n. 347). E' opportuno pertanto evidenziarne gli elementi di somiglianza e di diversità, al fine di delineare il rapporto, complementare o alternativo tra gli accordi di ristrutturazione e le altre fattispecie di ristrutturazione disciplinate, e di individuare l'ambito di applicazione degli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis.

1.4.1. I limiti del concordato stragiudiziale.

L'accordo di salvataggio atipico, utilizzato dalla prassi già in epoca antecedente la riforma della legge fallimentare, si differenziava dall'attuale accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis l. fall) , in quanto²⁵, la sua disciplina era interamente plasmata dall'autonomia privata; il suo fine era quello di eliminare il presupposto per l'applicazione della procedura fallimentare, ovvero lo stato d'insolvenza, e veniva considerato in linea di massima, meritevole di tutela da parte dell'ordinamento²⁶ (art. 1322 comma 2 cod. civ.). In passato la giurisprudenza²⁷ ha sempre valutato con una certa diffidenza i concordati stragiudiziali, ritenendoli ammissibili, generalmente, solo per quelle situazioni di crisi reversibili, dunque insuscettibili di sfociare in un vero e proprio stato d'insolvenza; in questa prospettiva erano considerati leciti soltanto i concordati stragiudiziali proposti da un imprenditore non insolvente, che utilizzava tale soluzione per soddisfare i propri creditori attraverso pagamenti a saldo e stralcio o dilazionati.

In secondo luogo si riteneva che l'imprenditore commerciale in stato di insolvenza avesse l'onere di chiedere il proprio fallimento, per cui qualora questi, anziché sottoporsi ad uno dei procedimenti concorsuali legislativamente disciplinati, avesse tentato la via del concordato stragiudiziale, al quale poi fosse seguito un aggravamento, anziché l'eliminazione del dissesto, venivano ravvisati in tale condotta gli estremi del reato di bancarotta semplice di cui all'art. 217 n. 4 l. fall., con conseguente nullità del

²⁵ Sostengono la tesi della natura di procedura concorsuale autonoma, con caratteristiche proprie, soprattutto: E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo procedimento concorsuale*, Padova 2009, p. 36 e segg.; nonché L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2007, p. 345 e segg.

²⁶ Cfr. G. FAUCEGLIA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, commento sub. Art. 182 bis*, in, *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Ipsa, 2008, p. 1605 e segg.

²⁷ Cfr. Trib. Ferrara, 28 giugno 1980, in, *Giur. Comm.*, 1981, II, p. 306

concordato stragiudiziale ex art. 1418 cod. civ. per violazione di una norma imperativa. La giurisprudenza inoltre giungeva a ravvisare anche gli estremi del reato di bancarotta c.d. preferenziale, di cui all'art. 216 comma 3 l. fall., nelle ipotesi in cui il fallito, allo scopo di favorire, in danno dei creditori, qualcuno di essi, avesse eseguito pagamenti o simulato titoli di prelazione.

1.4.2. L'articolo 67 comma 3 lett. d): il piano di risanamento attestato.

Con la nuova legge fallimentare è stata introdotta nell'articolo 67 comma 3 lett. d) una ipotesi di esenzione dall'azione revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore, purchè posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria, la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nel Registro dei revisori e che abbia i requisiti previsti dall'art. 28 lett. a) e b) ai sensi dell'art. 2501 *bis* comma 4 cod. civ. Questo articolo costituisce l'unica norma dedicata al nuovo istituto, il cui fine economico è quello di avviare e consolidare un'efficace e virtuoso processo di ritorno al valore (*turnaround*).

E' stato evidenziato, come il profilo dell'esenzione dall'azione revocatoria sia stato l'aspetto principale preso in considerazione dal legislatore, per tutelare i creditori aderenti alle nuove soluzioni concordate della crisi d'impresa²⁸. In realtà rispetto agli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis) i piani attestati di risanamento ex art. 67 lett. d) l. fall. sono caratterizzati da un grado di autonomia dell'imprenditore in crisi, ancora maggiore, trattandosi di un atto predisposto da questi in maniera unilaterale, senza la necessità dell'adesione dei creditori e per il quale non è prevista alcuna forma di pubblicità preventiva o di controllo giudiziale. La stabilità degli effetti degli atti attuativi del piano di risanamento si ricollega dunque esclusivamente alla previsione dell'art. 67 lett. d) l. fall.. Secondo un autore, il piano attestato di risanamento sarebbe astrattamente utilizzabile, da qualsiasi imprenditore, anche se non soggetto alla legge fallimentare è ciò in considerazione della meritevolezza degli interessi perseguiti con lo stesso²⁹; è stato però evidenziato che l'esenzione introdotta dall'art. 67 comma 3 lett. d) l. fall. ha una sua giustificazione ed una sua rilevanza solo se rapportata ad un successivo eventuale fallimento dell'imprenditore³⁰.

La circostanza che non sia necessaria l'adesione dei creditori al piano di risanamento, ha fatto ritenere che il presupposto oggettivo per utilizzare questo strumento, consista in una mera difficoltà transitoria dell'impresa, di carattere finanziario sicuramente gestibile all'interno della stessa, senza la necessità dell'adesione dei creditori, in quanto

²⁸ Cfr. C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Trattato a cura di G. Fauceglia e L. Panzani, Utet, Milano, 2009, p. 1827.

²⁹ Così: FERRO, *Piano attestato di risanamento*, in, Ferro (a cura di) *Le insinuazioni al passivo*, I, Padova, 2005, p. 546.

³⁰ Così G.B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, p. 114.

comunque insuscettibile di sfociare in un vero e proprio stato d'insolvenza³¹. Per le ipotesi in cui, invece la crisi dell'impresa si manifesta in maniera più grave, rendendo necessaria l'adesione dei creditori, allora trova applicazione l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall..

In questa prospettiva, troverebbe una giustificazione la mancanza di una procedura di controllo giudiziario sull'impresa in crisi, per l'ipotesi del piano di risanamento, trattandosi in questo caso di ipotesi di difficoltà finanziaria meno gravi, caratterizzate dalla mancanza di ogni manifestazione esteriore; al contrario nell'ipotesi disciplinata dall'articolo 182 bis l. fall., la maggiore gravità dello stato di crisi, e l'esigenza di tutelare più intensamente i creditori dell'imprenditore insolvente, impongono un controllo giudiziale che si esplica attraverso l'omologazione.

E' stato affermato che secondo l'impianto della nuova legge fallimentare le soluzioni negoziate della crisi d'impresa che prevedono una forma di controllo giurisdizionale sono destinate a quelle situazioni di crisi più grave ed eventualmente prodromiche allo stato d'insolvenza.

Tuttavia l'art. 48 del D.L. 31 maggio 2010 n. 78 e la successiva legge di conversione con modificazioni del 30 luglio 2010 n. 122 in vigore dal 31/7/2010, hanno introdotto importanti modifiche nella disciplina dei piani attestati e degli accordi di ristrutturazione, in particolare quest'ultima ha introdotto un'ipotesi di esenzione dai reati di bancarotta, disponendo che le disposizioni di cui all'articolo 216 terzo comma l. fall. , riguardante la c.d. "bancarotta preferenziale"³², nonché l'art. 217 l. fall. relativo al reato di bancarotta semplice³³, non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo (art. 160 l. fall.), o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato (art. 182 bis l. fall.) ovvero del piano di risanamento di cui all'art. 67 comma 3 lett. d) l. fall.

In questo modo oltre all'aspetto relativo all'esenzione dall'azione revocatoria (art. 67 comma 3 lett. d), è stata introdotta un'ulteriore importante tutela per l'imprenditore, relativa ai possibili risvolti penali di un fallimento successivo, e sotto tale profilo il legislatore ha previsto, lo stesso livello di tutela sia per le soluzioni di definizione concordata della crisi che prevedono una forma di controllo giurisdizionale sugli accordi raggiunti con i creditori, come avviene nel concordato preventivo (art. 160 l. fall.) e negli accordi di ristrutturazione del debito (art. 182 bis l. fall.) sia per l'ipotesi in cui manchi completamente una forma di controllo giudiziario come avviene nel caso del piano di risanamento attestato (art. 67 comma 3 lett. d)³⁴, in cui il raggiungimento del

³¹ Cfr. C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Trattato a cura di G. Fauceglia e L. Panzani, Utet, Milano, 2009, p. 1829.

³² Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, leggi complementari, II, I reati fallimentari*, Milano, 2001, pagg. 84 e segg.

³³ Cfr. . F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, leggi complementari, II, I reati fallimentari*, Milano, 2001, pagg. 95 e segg.

³⁴ Prima che la Legge 122/2010, introducesse questa esenzione per i reati di bancarotta preferenziale e semplice, secondo l'opinione prevalente in dottrina, nell'ipotesi di accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, salva l'ipotesi di dolo non si sarebbero potuti contestare agli amministratori, responsabilità civili o penali, né per il ritardato fallimento, né per aver effettuato pagamenti preferenziali. Al contrario, nel caso del piano di risanamento attestato ex art. 67 comma 3, lett. d) l. fall. nell'ipotesi in

riequilibrio finanziario dell'impresa, è rimesso ad un piano di riorganizzazione elaborato dall'imprenditore e dai suoi consulenti.

Il piano di risanamento attestato presenta dunque maggiori problemi dal punto di vista della tutela degli interessi dei creditori, sfuggendo ad ogni controllo da parte di questi. Alla luce di queste considerazioni sarebbe illogico sostenere, che il contenuto del piano di risanamento ex art. 67 comma 3 lett. d) sia più ampio della ristrutturazione di cui all'art. 182 bis, perché soltanto nella prima ipotesi sarebbe possibile realizzare operazioni straordinarie, quali cessioni di *assets*, fusioni ecc., invero se la legge consente all'imprenditore di porre in essere queste operazioni in maniera unilaterale nell'ambito di un piano di risanamento attestato, a maggior ragione gli deve essere consentito nell'ambito di un accordo di ristrutturazione (art 182 bis) che necessariamente vede l'adesione di una parte qualificata del ceto creditorio ed è sottoposto ad una forma di controllo giurisdizionale attraverso l'omologazione.

1.4.3. Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione, tra alternative e complementarità.

Una parte minoritaria della dottrina³⁵ e della giurisprudenza³⁶ qualifica gli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis l.fall) come un'ipotesi semplificata di concordato preventivo, più snella in quanto priva delle fasi di ammissione e di votazione, sotto questo profilo è stato fatto un parallelo con il diritto concorsuale statunitense affermando che tra gli Accordi di ristrutturazione e il concordato Preventivo sussisterebbe lo stesso rapporto che intercorre tra la *Prepackaged bankruptcy*³⁷, e la *Corporate Reorganization*.

Per i fautori della tesi concordataria o pubblicistica dunque, la differenza tra i due istituti si tradurrebbe in un risparmio di tempo, in quanto mentre nel concordato l'accordo è raggiunto nel corso della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato, negli accordi di ristrutturazione, il tribunale omologa un accordo già perfezionato sul piano negoziale. Secondo tale prospettiva gli accordi sarebbero quindi un tipo di concordato caratterizzato da una accelerazione della sua fase iniziale, attuata attraverso

cui a questo fosse seguito il fallimento, e fosse stata dimostrata la non ragionevolezza del piano, si sarebbe potuto contestare sotto il profilo civile e penale l'aggravamento del dissesto.

³⁵ GASPARONI G. , *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Pratica fiscale professionale*, 2006, 12, p. 36; VALENSISE P., *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *La Riforma della Legge Fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Giappichelli, 2006, p. 1088 e segg.; D'AMORA S. , *Note esegetiche sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti*, in, *studi e ricerche, su www.tribunaledimilano.it*, 2005; FERRO. M, "Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti", in, *Il nuovo diritto delle società di capitali*, 2005, p. 48 e segg.; GROSSI M., *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006, , p. 333; VERNA G., *Sugli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.*, in, *Dir. Fall.*, 2005, I, p. 865;

³⁶ In giurisprudenza, Cfr. Trib. Milano 15 dicembre 2005 decr.

³⁷ Il *Prepackaged bankruptcy* consente al debitore, anche non insolvente di presentare un piano di riorganizzazione già al momento della domanda di ammissione alla procedura, ed è caratterizzato dal riconoscimento della prededuzione a chi eroga nuova finanza, dalla protezione dalle azioni esecutive individuali e concorsuali (*automatic stay*), dall'esonero da responsabilità penale per i protagonisti dell'accordo e dalla esenzione dall'azione revocatoria. Si tratta quindi di un piano già predisposto, sui quali poi sono chiamati ad esprimersi i creditori suddivisi per classi omogenee.

il superamento dei momenti dell'ammissione e della votazione per giungere immediatamente alla omologazione.

La tesi ad oggi prevalente in dottrina ed in giurisprudenza è invece quella c.d. autonomistica³⁸, che qualifica l'accordo come istituto distinto e separato dal concordato preventivo.

A fondamento di questa tesi vi sono motivazioni di ordine sistematico e teleologico. In particolare: (I) la rubrica del Titolo III "*Del Concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*", laddove la congiunzione "e" lascia intendere che si tratta di fattispecie distinte ed alternative; (II) la rubrica del Capo V, Titolo III, "*Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo. Degli accordi di ristrutturazione*", così novellata dal D.lgs. n. 5/2006 rispetto alla precedente rubrica contenuta nella l. n. 80/2005 "*Dell'omologazione del Concordato preventivo*". Il diverso titolo, e l'utilizzo del punto come segno di interpunzione che indica la fine del periodo, evidenziano che il legislatore in sede di attuazione della delega ha voluto precisare la separazione delle due procedure. (III) Dal combinato disposto degli artt. 67 comma 3° lett. e), 182 bis e 182 ter si ricostruisce una disciplina tendente a qualificare in maniera distinta e autonoma gli accordi di ristrutturazione. (IV) il mancato richiamo dell'art. 160 l. fall. (V) la previsione di un decreto di omologa dell'accordo che non sarebbe necessario se l'accordo fosse una *species* di concordato. (VI) E' statuita (art. 67 comma 3 lett. e) l'esclusione dalla revocabilità sia per gli atti posti in esecuzione del concordato che di quelli esecutivi dell'accordo omologato. (VII) E' sancita la sospensione e/o l'inibizione di azioni esecutive o cautelari di terzi senza alcun riferimento all'art. 168 l.fall.. (VIII) l'autonoma previsione contenuta nell'art. 182 ter, relativa alla possibilità di utilizzare la transazione fiscale anche nell'ambito di un accordo di ristrutturazione. (IX) Nel Concordato le forme processuali del giudizio di omologazione sono molto dettagliate, mentre negli Accordi il tribunale deve soltanto limitarsi a verificare l'idoneità dello stesso a consentire il regolare pagamento dei creditori estranei. (X) La rubrica del nuovo art. 182 quater introdotto dal D.L. 78/2010, nel disciplinare la prededucibilità dei crediti, menziona sia il concordato preventivo che gli accordi di ristrutturazione; (XI) La legge 122/2010 ha introdotto una forma di esenzione dai reati di bancarotta semplice (art. 217 l. fall.) e preferenziale (art. 216 comma 3 l. fall.) sia con riferimento al concordato preventivo (art. 160 l. fall.) che agli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis), oltre che con riguardo al piano di risanamento attestato (art. 67 comma 3 lett. d).

³⁸ Così M. FABIANI, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182 bis legge fallim.*, in *Foro It.*, 2006, fasc. 9, pt. 1, pagg. 2564 – 2568; G. LO CASCIO, *La Nuova Legge fallim.: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, p. 362; G. GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni in diritto*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, pag. 1156; L. PANZANI, *Il d.lgs. 35/2005 e la riforma del diritto fallimentare*, in *fallimento.ipsoa.it*, 13 aprile 2005, oppure in *Atti del Convegno sul <<La riforma del diritto fallimentare>>*, Ipsoa, Firenze, 6 luglio 2005, p. 10; in giurisprudenza cfr. Trib. Salerno, 3 giugno 2005, in *Fall.*, 2005, p. 1297; Tribunale Bari, 21 novembre 2005, in *Fall.* 2005, pag. 169 con nota di G. PRESTI, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, e in *Foro It.*, 2006, I, pag. 263, con nota di FABIANI, *con nota di FABIANI, l'incerta via alla reorganization*; oppure in *Dir. Fall.*, 2006, II, pag. 536, con nota di A. CAIAFA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione*; cfr. inoltre Trib. Brescia, 22 febbraio 2006 e Trib. Milano, 21 dicembre 2005, in *Fall.*, 2006, pag. 669 e segg., con nota di G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*.

All'interno della tesi c.d. "autonomistica", che vede nell'accordo di ristrutturazione (art. 182 bis) un istituto autonomo e distinto dal concordato preventivo, occorre inoltre distinguere la posizione di quegli autori che valorizzando la componente negoziale dell'accordo, lo assimilano ad un contratto di diritto privato, da quelli che invece esaltando la componente procedimentale, giungono a qualificare l'istituto, come un nuovo procedimento concorsuale con caratteristiche proprie³⁹.

Dalla contrapposizione tra queste due diverse visioni dell'accordo di ristrutturazione (art. 182 bis l. fall) deriva quale ulteriore corollario il problema di stabilire se il rapporto tra concordato preventivo e accordo di ristrutturazione si ponga sempre in termini di alternatività o eventualmente anche di complementarità, potendo in qualche modo prevedersi l'utilizzo degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis anche nell'ambito del concordato preventivo. Il problema dovrebbe essere risolto in maniera coerente con l'opzione interpretativa di fondo che si intenda accogliere a proposito della natura dell'Istituto di cui al 182 bis. Invero ammettere la possibilità di utilizzare l'accordo di ristrutturazione nell'ambito della procedura di concordato Preventivo, sembrerebbe possibile solo nell'ipotesi in cui questo fosse realmente un'ipotesi di concordato semplificato, con la funzione di acquisire preventivamente il consenso dei creditori intorno ad una possibile ipotesi "riorganizzativa", così da saltare la fase della ammissione e della votazione garantendo più ampie possibilità di successo alla conclusione della procedura di concordato. Nella prospettiva suggerita invece dall'interpretazione prevalente, che vede negli accordi di ristrutturazione un istituto autonomo, non si vede come possa essere possibile l'inserimento di un accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis nell'ambito della procedura di concordato preventivo, laddove eventualmente la "ristrutturazione dei debiti" espressamente disciplinata dall'art. 160 comma 1 lett.d) l.fall. potrà rientrare nel contenuto della proposta del concordato, ma sulla stessa il consenso dei creditori dovrà essere raggiunto necessariamente secondo le forme processuali previste dalle norme sul Concordato preventivo, e non in via preventiva secondo le modalità di cui al 182 bis l.fall.

1.4.4. La "ristrutturazione" nell'Amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi.

Il contenuto della nozione di "ristrutturazione" nell'ambito della procedura di Amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi si evince dal combinato disposto degli artt. 1 e 27 del D.lgs. n. 270/99 . L'amministrazione straordinaria viene definita come la procedura concorsuale della grande impresa commerciale insolvente, con finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali (art. 1 D.lgs. 270/99). Le imprese dichiarate insolventi sono ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio

³⁹ E' la tesi sostenuta da E. FRASCAROLI SANTI, in, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, p. 111; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*. Torino, 2007, pag. 345; S. AMBROSINI, *Il Concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Trattato di diritto commerciale diretto da G. Cottino*, Padova, 2008, pag. 157.

economico delle attività imprenditoriali. Tale risultato deve potersi realizzare in via alternativa: a) tramite la cessione dei complessi aziendali; b) tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni. Il criterio a cui comunque si deve ispirare il programma, che il commissario straordinario deve redigere sotto la vigilanza e secondo gli indirizzi di politica industriale dettati dal Ministro, è quello della salvaguardia dell'unità operativa dei complessi aziendali, tenuto conto degli interessi dei creditori (art. 55 comma 1°).

Dunque l'elemento qualificante che distingue l'amministrazione straordinaria da tutte le altre procedure concorsuali viene individuato nella "risanabilità dell'impresa", quale presupposto e scopo della procedura. In termine "risanamento" nell'amministrazione straordinaria comprende un'ampia e multiforme tipologia di misure organizzative, finanziarie e giuridiche che possono essere utilizzate per impostare tentativi di continuazione di imprese che versano in situazioni di difficoltà⁴⁰ Il programma deve essere particolarmente analitico e deve contenere non solo le previsioni relative alle dismissioni, ma anche le previsioni economiche e finanziarie connesse alla prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, nonché i fabbisogni finanziari con le relative modalità di copertura. Il programma dovrebbe altresì contenere: a) per il caso di previsione di cessioni del complesso aziendale, le modalità di cessione, l'indicazione delle offerte pervenute, le previsioni in ordine al soddisfacimento dei creditori; b) per il caso di ristrutturazione, le eventuali misure di ricapitalizzazione ed il mutamento degli assetti imprenditoriali, quali ad esempio l'ingresso di nuovi soci, nonché il tempo di soddisfacimento dei creditori anche sulla base di piani di modifica convenzionale delle scadenze dei debiti o di definizione mediante concordato. (Art. 56).

Tale previsione (art. 56 l. 277/1999) com'è stato evidenziato⁴¹, consente di perseguire nell'ambito dell'amministrazione straordinaria, soluzioni di composizione della crisi e di soddisfazione dei creditori del tutto svincolate dall'obbligo della soddisfazione unitaria e proporzionale di tutti i creditori (fatte salve le cause legittime di prelazione) poiché il tenore letterale della legge, lascia ampio spazio ai contenuti dei piani di modifica convenzionale delle scadenze dei debiti. Il riferimento ad eventuali "piani di modifica convenzionale delle scadenze dei debiti", sembrerebbe infatti lasciare aperta la possibilità di configurare un rapporto di complementarità tra Amministrazione Straordinaria e Accordi di Ristrutturazione, nel senso che il Commissario Straordinario, che volesse realizzare un Piano Industriale, per il ripristino dell'equilibrio economico e finanziario ben potrebbe inserirvi anche un accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis avvalendosi così dell'ulteriore possibilità di ristrutturare il passivo dell'impresa.

⁴⁰ M. G. BORTOLIN, *L'apertura della procedura di amministrazione straordinaria*, in, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza*, a cura di C. COSTA, Milano, 2008, pag. 153 e segg.; PACCHI PESUCCI, *Dalla meritevolezza dell'imprenditore, alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989, pag. 174 e segg.;

⁴¹ C. COPPOLA, *Gli effetti dell'amministrazione straordinaria per i creditori*, in, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza*, a cura di C. COSTA, Milano, 2008, pag. 360.

1.4.5. La Ristrutturazione dei debiti nell'art. 182 bis.

L'espressione <<ristrutturazione del debito>> di cui all'art. 182 bis, va interpretata estensivamente⁴², non limitandola, alla sola ristrutturazione dei debiti in senso stretto, ovvero alla modifica degli elementi strutturali debiti, quali la scadenza, gli interessi, la determinazione dell'importo e le garanzie, ma piuttosto, ricomprendendo in essa anche quelle operazioni di <<ristrutturazione>> in senso lato menzionate espressamente dall'art. 160 comma 1 lett. a), quali ad esempio la cessione di beni, l'accollo di debiti, operazioni societarie straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questa partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito, ed in genere quelle operazioni comunque strumentali al superamento della crisi d'impresa.

Il contenuto dell'accordo, cioè la sua sostanza economica, deve infatti considerarsi il più ampio possibile, in quanto nell'art. 182 bis, il legislatore ha inteso valorizzare l'autonomia privata nella gestione della crisi d'impresa, estendendo così l'utilizzo di soluzioni stragiudiziali già note nella gestione delle crisi dei gruppi di dimensioni medio – grandi, a tutte le imprese rientranti nell'ambito di applicabilità dell'art. 1 della f. fall.

Il legislatore lascia dunque ampia autonomia alle parti, che possono raggiungere accordi diversi in relazione alle specificità del singolo caso concreto.

L'Accordo può inoltre prevedere a titolo esemplificativo: il *consolidamento* del debito; la *rinegoziazione* del debito, con la quale ai debiti insoluti si sommano i debiti ancora a scadere prevedendo un nuovo piano di scadenze; la *postergazione* di alcuni creditori ad altri nel pagamento dei debiti; la *remissione parziale* del debito sia in relazione agli interessi che al capitale; *l'erogazione di nuovi finanziamenti* per consentire la prosecuzione dell'attività e il regolare pagamento dei creditori estranei; la *conversione dei debiti in capitale*, mediante l'attribuzione di azioni o quote ai creditori attraverso la procedura di aumento di capitale; la *compensazione* tra crediti e debiti; *datio in solutum*, la *rinegoziazione* dei tassi d'interesse; *l'emissione di prestiti obbligazionari*; la previsione di elementi accessori, quali garanzie, tipiche o atipiche; condizioni, rinunzie a chiedere il Fallimento o a promuovere o a proseguire azioni esecutive individuali; l'accollo di debiti; l'impegno a stipulare negozi attuativi del Piano di ristrutturazione; la costituzione di nuove società veicolo (*newco*) per realizzazione le finalità di cui parlerà in seguito; la rinegoziazione dei contratti di fornitura per ridurre i costi per l'approvvigionamento di materie prime e di servizi.

Dunque il fine principale perseguito nella ristrutturazione di cui all'art. 182 bis, è quello di superare lo stato d'insolvenza o comunque di crisi in cui versa l'impresa, tale obiettivo è raggiungibile attraverso una ristrutturazione del debito della stessa, consistente in una modifica degli elementi strutturali dei debiti, quali importi e scadenze, nel perseguimento di questo fine, può rendersi necessaria una più ampia

⁴² Di contrario avviso quella dottrina che ritiene che la ristrutturazione di cui all'art. 182 bis. riguardi la sola ristrutturazione dei debiti, ovvero la modifica degli elementi strutturali dei debiti, quali la scadenza, gli interessi, il *quantum* e le garanzie, attraverso nuove condizioni, la remissione di parte dei debiti, la concessione di dilazioni di pagamento ecc.

ristrutturazione societaria o aziendale che può eventualmente prevedere anche operazioni straordinarie.

1.4.6. Gli accordi di ristrutturazione nei gruppi di società.

La disciplina degli accordi di ristrutturazione, non prende in considerazione l'ipotesi in cui la crisi coinvolga più società appartenenti allo stesso gruppo.

In una situazione del genere, è evidente che la strategia di risanamento debba essere complessiva e coinvolgere il gruppo nel suo insieme⁴³.

L'autonoma soggettività giuridica di ciascuna società, impone tuttavia che ognuna predisponga il proprio accordo di ristrutturazione, ciascuno dei quali riceverà un'autonoma attestazione da parte del professionista.

Allo stesso tempo, nella complessiva strategia di ristrutturazione del gruppo, ogni società potrà utilizzare lo strumento di risanamento più confacente alle proprie esigenze, (es. accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis, piano di risanamento attestato ex art. 67 lett. d) l. fall., concordato preventivo, accordo di salvataggio atipico), pertanto non vi è in linea di principio nessun ostacolo all'utilizzo da parte delle varie società di strumenti di risanamento diversi.

E' inoltre opportuna la predisposizione di un piano complessivo di risanamento del gruppo⁴⁴, il quale potrà contemplare per alcune società l'utilizzo di strumenti di composizione negoziale della crisi d'impresa, (accordo di ristrutturazione o concordato preventivo, piano di risanamento attestato o accordo di salvataggio) e per altre l'assoggettamento ad una procedura fallimentare o l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria.

In questo caso è sicuramente opportuno che nella relazione che il professionista redige sull'attuabilità dell'accordo ed in particolare sull'idoneità dello stesso ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei, venga evidenziata anche la complessiva strategia di risanamento del gruppo, delineando i punti di condizionamento reciproco tra le società coinvolte.

Il professionista inoltre, potrebbe formulare un giudizio, che pur valutando la situazione di ciascuna società, prenda in considerazione anche aspetti legati alla ristrutturazione del gruppo nel suo complesso, ed in particolare relativi alla situazione della capogruppo, in quanto, in considerazione dei rapporti infragruppo, il superamento della crisi della holding, può generare talvolta delle risorse che possono essere utilmente impiegate, per il superamento della crisi delle controllate.

⁴³ Cfr. Trib. Milano, 10 novembre 2009, (decreto. ex art. 182 bis l. fall.), Pres. L. Lamanna, Rel. P. Pernotti, in, www.ilcaso.it e in, *Riv. Dir. Fall.*, n° 3-4 del 2010, pag. 343 e segg. con nota di M. GALARDO;

⁴⁴ Cfr. Trib. Milano 17 giugno 2009, (decreto ex art. 182 bis l. fall), Pres. Relatore Galioto – Dott. M. Vitiello – Dott. R. Nunnari;

Il questa prospettiva l'attività di direzione e coordinamento esercitata dalla *holding* svolge una funzione "nevralgica" nella pianificazione ed esecuzione della complessiva strategia di risanamento del gruppo, determinando in alcuni casi significative modifiche alla disciplina applicabile rispetto caso di società operanti in maniera autonoma⁴⁵.

Ad esempio la remissione del debito da parte della capogruppo a favore di una sua società controllata, non è tassabile come atto di liberalità, essendo la prima mossa da un proprio interesse patrimoniale, anche se mediato e indiretto, a ridurre il passivo della controllata per salvarla dal fallimento⁴⁶.

Le fideiussioni rilasciate da una società del gruppo a favore di altra società del medesimo gruppo non rappresentano atti estranei all'oggetto sociale della prima, perché <<preordinati ad un interesse sia pure mediato e indiretto della società, ma giuridicamente rilevante, e non possono pertanto, a causa della semplice mancanza di controprestazioni contrattualmente esigibili, essere considerati contrari o estranei al conseguimento dell'oggetto sociale della società che li ha compiuti>>⁴⁷.

La giurisprudenza ha altresì precisato che non costituisce atto di liberalità, come tale revocabile ai sensi dell'art. 64 l. fall, la cessione gratuita di crediti verso terzi da una società all'altra del medesimo gruppo, trattandosi di atto che <<ubbidisce ad una logica di gruppo>> ed è quindi espressione di una logica imprenditoriale volta al perseguimento di obiettivi che trascendono quelli delle singole società>>⁴⁸. Neppure è atto di liberalità, agli effetti dell'art. 64 l. fall., la fideiussione infragruppo, perché diretta a realizzare un interesse <<sia pure mediato e indiretto>> del fideiussore⁴⁹.

Attraverso l'utilizzo di accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis), tra loro collegati, che coinvolgono più società operanti in forma di gruppo, può attuarsi una complessiva operazione di risanamento del gruppo; potrebbero però pianificarsi anche operazioni societarie, tali da costituire fonte di danno, attuale o potenziale, per singole società del gruppo, si pensi alla cessione di *assets*, o addirittura alla decisione di cedere o liquidare alcune società controllate. Tuttavia i rapporti infragruppo, tra le società coinvolte nella ristrutturazione, possono essere tali da introdurre un elemento di compensazione del pregiudizio che alcune di esse, potranno eventualmente subire, nel perseguimento dell'obiettivo condiviso, di consentire il risanamento del gruppo.

Questo elemento di "compensazione", era stato individuato dalla giurisprudenza, già in epoca anteriore all'introduzione della disciplina in materia di direzione e coordinamento (art. 2497 e segg. cod. civ.); tale principio è esplicitato con riferimento all'influenza che la controllante esercita sulla controllata, la quale può comportare che la seconda compia atti a sé pregiudizievoli, tuttavia se tale pregiudizio viene "compensato", da vantaggi correlativi, esso non costituisce fonte di responsabilità.

Con la riforma del diritto societario introdotta con il D.Lgs. n. 6/2003 il concetto di "interesse di gruppo" è stato inserito nel codice civile, in tal modo è stato evidenziato che la collocazione all'interno di un gruppo, muta le condizioni di esercizio

⁴⁵Cfr. F. GALGANO, *Il Nuovo Diritto Societario*, Tomo I, Seconda Ed., Padova, 2004, pag. 168.

⁴⁶ Cass. 20 marzo 1968, n. 2215, in, *Riv. Legisl. Fiscale*, 1969, 263; Cass. 2 aprile 1969, n. 1693, *ivi*, 1969, 1948; Cass. 20 ottobre 1969 n. 907, *ivi*, 1970, 1853.

⁴⁷ Cass. 14 settembre 1976, n. 3150, in, *Riv. Dir. Comm.*, 1978, II, 220, con nota adesiva di G. FERRI.

⁴⁸ Cass. 11 marzo 1996, n. 2001, in, *Foto It.*, I, 1222.

⁴⁹ Cass. 29 settembre 1997, n. 9532, in, *Fallimento*, 1998, 1041; Trib. Milano, 4 luglio 1991, in, *Giur. Comm.*, 1992, II, 1019.

dell'impresa, nel senso che il quadro economico e di riferimento, e talvolta la stessa possibilità di esistenza dell'impresa, variano notevolmente, a seconda che essa sia organicamente inserita o meno in un gruppo.

Pertanto ai sensi dell'art. 2497 *ter* <<le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione>>.

Nel caso di ristrutturazione del debito di società operanti in forma di gruppo, la presenza di un interesse riconducibile allo stesso, può essere dimostrata, valutando l'interesse sociale al risanamento, non solo con riferimento alla singola operazione riorganizzativa, che si inserisce all'interno della ristrutturazione come elemento non autosufficiente dell'insieme, ma piuttosto con riferimento al quadro generale, industriale, finanziario e economico, nell'ambito del quale il gruppo opera come entità economica unitaria, anche se scomposta in autonomi centri di imputazione giuridica.

Una conferma di questa prospettiva, si rinviene nel disposto dell'art. 2497 comma 1 che esclude la responsabilità della controllante per la lesione dei diritti dei soci o dei creditori della controllata, quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette.

CAPITOLO II

CARATTERISTICHE E FINALITA' DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

SOMMARIO: 2.1. La fattispecie di cui all'art. 182 bis e le innovazioni introdotte dal D. Lgs. 169/2007; 2.2.0 Le modifiche apportate all'art. 182 bis, dall'art. 48 del D.L. 31 maggio 2010 n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010 n. 122; 2.2.1. L'art. 182 bis comma VI: l'istanza sospensione delle azioni cautelari ed esecutive durante le trattative e il divieto di acquisire titoli di prelazioni non concordati; 2.2.2. L'art. 182 bis comma VII, la valutazione del tribunale sull'istanza di sospensione; 2.3. La legittimazione alla proposizione dell'accordo; 2.4. L'adesione dei creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti; 2.5. Il computo della percentuale di adesione, negli accordi di ristrutturazione proposti da società appartenenti allo stesso gruppo; 2.6. Lo stato di crisi; 2.7. Il regolare pagamento dei creditori estranei; 2.8.0 La negoziazione dell'accordo e la formazione del consenso; 2.8.1. La formazione del consenso: premessa; 2.8.2. Dovere dell'imprenditore di informativa sullo stato di crisi; 2.8.3. Comportamento del creditore secondo buona fede e utilizzo delle informazioni ricevute.

2.1. La fattispecie di cui all'art. 182 bis e le innovazioni introdotte dal D. Lgs. 169/2007.

L'introduzione di un sistema di soluzioni stragiudiziali, la cui efficacia fosse garantita da un provvedimento di omologazione del giudice ha rappresentato, nelle intenzioni del legislatore, la principale risposta all'esigenza di valorizzare l'autonomia privata nella gestione della crisi d'impresa. Con la legge n. 80/2005, il tessuto normativo della legge fallimentare si è arricchito così, di due nuovi strumenti: gli accordi di ristrutturazione dei debiti, di cui all'art. 182 bis. ed il piano di risanamento attestato di cui all'art. 67 comma 3 lett. d) l. fall.

E' stato affermato che lo Stato, con la riforma della legge fallimentare, ha perso il monopolio nella gestione della crisi di impresa consentendo anche all'autonomia privata di regolarla⁵⁰. Nell'art. 182 bis viene prevista una regolamentazione legale degli accordi di ristrutturazione dei debiti, inoltre l'art. 160 l. fall lett. a) fornisce anche una nozione di <<ristrutturazione dei debiti>>, che sembra tradursi in un accordo modificativo dei rapporti obbligatori preesistenti:<<attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione di beni, accollo o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questa partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito>>.

Tali accordi per la cui conclusione il legislatore ha ritenuto sufficiente l'adesione dei creditori che rappresentano una percentuale non inferiore al sessanta per cento dei crediti, devono essere idonei ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Inizialmente questa disciplina era caratterizzata da una certa approssimazione: i punti più controversi riguardavano la natura giuridica degli stessi, in quanto non ne veniva specificata l'autonomia o meno, dal concordato preventivo, il presupposto soggettivo e oggettivo, stante il riferimento alla generica figura del debitore, nonché il trattamento da

⁵⁰ Così V. GRECO, *Gli accordi di ristrutturazione come negozi fallimentari di utilità sociale*, in, *Riv. Dir. Fall.*, n. 5/2008, p. 640 e segg.

riservare ai creditori non aderenti all'accordo ed il momento rilevante ai fini del raggiungimento del sessanta per cento delle adesioni.

Tali lacune, davano origine a diversi e a volte contrapposti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza volti a fare chiarezza sui dubbi interpretativi e a colmare le lacune normative.

In particolare, sotto il profilo della concreta attuabilità dell'accordo, l'aspetto più importante che il legislatore inizialmente aveva ommesso di disciplinare era quello relativo alla protezione del patrimonio del debitore rispetto alle iniziative individuali di autotutela da parte dei creditori estranei all'accordo, nelle more del procedimento di omologazione.

Al fine di superare i dubbi interpretativi emersi, il legislatore con il d.lgs. 169 del 12 settembre 2007 (decreto correttivo) ha apportato diverse integrazioni e modifiche al testo originario dell'art. 182 bis., chiarendo così alcuni aspetti controversi ed effettuando diverse precisazioni.

E' stato così individuato in maniera più chiara il presupposto soggettivo, con la previsione che il soggetto che può avere accesso alla procedura è <<l'imprenditore in stato di crisi>>; è stato poi precisato che il soggetto chiamato ad effettuare la relazione dev'essere un <<professionista>> e non più un generico esperto, iscritto nel registro dei revisori contabili; è stato inoltre previsto che al piano di ristrutturazione dei debiti debba essere allegata la documentazione di cui all'art. 161 l. fall., operando così un raccordo con la disciplina del concordato preventivo.

Le novità più rilevanti sono due: la prima è l'introduzione della previsione secondo cui dalla data di pubblicazione dell'accordo e per i sessanta giorni successivi, i creditori per titolo o causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore; la seconda è l'estensione dell'istituto della transazione fiscale (art. 182 ter l. fall.) all'accordo di ristrutturazione, attraverso la previsione contenuta nell'art. 182 ter, ultimo comma, che consente all'imprenditore di effettuare la proposta di transazione fiscale anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipula degli accordi di ristrutturazione, raggiungendo così una intesa anche sui debiti tributari, così consentendo all'imprenditore di mettersi al riparo dalle azioni esecutive di uno dei suoi creditori più importanti⁵¹.

E' stato così introdotto nel nostro sistema un istituto che pur caratterizzandosi nella sostanza come contratto di diritto privato, presenta anche un profilo pubblicistico, tipico di tutti i procedimenti concorsuali, essendo prevista una forma di controllo da parte dell'Autorità Giudiziaria, che ne decreta l'omologazione solo dopo aver verificato il rispetto di tutte le condizioni di legge.

Parte della dottrina tende a negare la natura di procedimento concorsuale agli accordi di ristrutturazione valorizzando la componente negoziale degli stessi⁵².

⁵¹ F. INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, in, *Riv. Dir. Fall.*, n. 6/2007, p. 918 e segg.

⁵² FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla "reorganization"*, in, *Foro It.* 2006, I, pag. 264.

In senso contrario altra parte della dottrina⁵³ evidenzia che questi accordi, anche se raggiunti stragiudizialmente, si inseriscono nell'ambito di un procedimento che presenta le caratteristiche formali di un procedimento concorsuale autonomo, con caratteristiche proprie.

Anche qui è presente infatti una fase di controllo giurisdizionale volto a verificare la legittimità dell'accordo, inoltre il concorso dei creditori, che rappresenta l'aspetto qualificante di ogni procedimento concorsuale è presente, anche se con caratteristiche peculiari anche negli accordi di ristrutturazione dei debiti, e si manifesta ad esempio con:

- 1) il divieto di azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore, da parte dei creditori anteriori, operante per la durata di sessanta giorni dalla pubblicazione dell'accordo;
- 2) la possibilità data a tutti i creditori di opporsi all'omologazione;
- 3) la previsione di una percentuale minima di partecipazione dei creditori, i quali devono rappresentare almeno il sessanta per cento dei crediti;
- 4) la necessità di procedere comunque al regolare pagamento dei creditori estranei;
- 5) l'esenzione in caso di successivo fallimento dalla revocatoria per gli atti compiuti in esecuzione dell'accordo, analogamente a quanto previsto per gli atti posti in essere in esecuzione di un concordato preventivo (art. 67 comma 3 lett. e).

Oggi in seguito alle modifiche introdotte dal D.L. 78/2010 e dalla legge di conversione 122/2010, potrebbe aggiungersi il carattere della prededucibilità dei finanziamenti erogati in esecuzione, o in funzione dell'omologazione dell'accordo (art. 182 quater).

Viene evidenziato in particolare, che negli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis) il diverso atteggiarsi della *par condicio creditorum* rispetto a quanto previsto nell'ambito della procedura fallimentare non costituirebbe un argomento sufficiente per escludere la natura di procedimento concorsuale degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis); in quanto anche nel concordato preventivo è possibile prevedere trattamenti differenziati nel rispetto della legge (art. 160 l. fall) eppure non si ritiene che il concordato preventivo violi il principio del concorso.

In realtà non sembra possa parlarsi di *par condicio creditorum*, con riferimento agli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis), infatti nell'ambito del concordato preventivo, anche qualora l'imprenditore proponente decida di suddividere i creditori in classi, nel rispetto dei criteri della posizione giuridica e dell'omogeneità degli interessi economici (art. 160 l. fall) ciò non comporta il venir meno della *par condicio creditorum*, né può parlarsi di *par condicio* "affievolita" o "attenuata", infatti ciò che si verifica è soltanto l'applicazione di una norma eccezionale, dettata per il concordato preventivo che deroga parzialmente alle norme generali sul concorso dei creditori, ma ciò non significa che la *par condicio creditorum*, nel concordato preventivo sia venuta meno o sia stata svalutata.

⁵³ Così soprattutto E. FASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo procedimento concorsuale*, Padova 2009, p. 81 e segg.; Cfr. anche L. GUGLIEMUCCI, *Diritto Fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2007, p. 345 e segg.

Così non è invece negli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis), nei quali è possibile invece un trattamento differenziato anche tra creditori aventi le stesse caratteristiche. Anche negli accordi (art. 182 bis) nulla vieta di attuare un piano di ristrutturazione che preveda una suddivisione dei creditori in classi, tuttavia ciò costituisce soltanto una facoltà, che può tra l'altro essere esercitata nella massima libertà, senza l'obbligo di rispettare i criteri della "posizione giuridica" e "dell'omogeneità degli interessi economici", potendo rispondere, la formazione delle classi, anche a criteri diversi. Inoltre al momento della conclusione degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis) l'imprenditore potrà anche discostarsi, rispetto alle percentuali di soddisfacimento "programmate" all'inizio del piano, laddove ciò si renda necessario o opportuno, per superare le resistenze, anche psicologiche di qualche creditore. Gli unici presupposti che non potranno mai mancare, sono rappresentati dall'adesione di un numero di creditori che rappresenti complessivamente almeno il 60% dell'esposizione debitoria dell'imprenditore, e dalla sussistenza dei requisiti per procedere all'integrale pagamento dei creditori estranei all'intesa.

Tale nuovo procedimento (art. 182 bis) resta dunque distinto dal concordato preventivo, del quale non costituisce una sottospecie semplificata, salva comunque la possibilità di applicare la disciplina del concordato preventivo in via diretta, allorché vi sia un rinvio espresso.

Neanche sembra possibile qualificare gli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis) come nuovo procedimento concorsuale con caratteristiche proprie⁵⁴, in quanto pur presentando alcuni caratteri che lo accomunano alle procedure concorsuali, sopra descritti, ne mancano altri, quali l'obbligo di rispettare la *par condicio creditorum*, e l'officiosità⁵⁵ della procedura, a meno che non si decida di "rivedere" la stessa nozione di "procedura concorsuale" ritenendo che tali caratteri non siano più essenziali alla qualificazione della fattispecie.

In ogni caso pur trattandosi di un istituto caratterizzato da una prevalente <<componente negoziale>>, la fase giudiziale del procedimento di formazione dell'accordo di ristrutturazione, che si conclude con l'omologazione, non può comunque essere svalutata, comportando la produzione degli effetti caratteristici della fattispecie, che la qualificano e distinguono rispetto ai concordati stragiudiziali utilizzati dalla prassi in passato.

2.2.0 Le modifiche apportate all'art. 182 bis, dall'art. 48 del D.L. 31 maggio 2010 n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010 n. 122.

2.2.1. L'art. 182 bis comma VI: l'istanza sospensione delle azioni cautelari ed esecutive durante le trattative e il divieto di acquisire titoli di prelazioni non concordati.

⁵⁴ In tale senso E. FASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo procedimento concorsuale*, Padova 2009, p. 81

⁵⁵ Il carattere della "officiosità" sta ad indicare secondo l'insegnamento tradizionale che la procedura viene disposta con un provvedimento di un organo pubblico (giudiziale o amministrativo) e che poi viene condotta e gestita a cura dello stesso, Così M. SANDULLI, in, AA.VV., *Manuale di Diritto Commerciale*, a cura di V. Buonocore, 2007, pag. 1137.

La disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis l. fall.) è stata ulteriormente valorizzata dalle recenti modifiche introdotte dall'art. 48 del D.L. 31 maggio 2010 n. 78, successivamente convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010 n. 122.

L'intervento del legislatore ha rappresentato il recepimento di importanti istanze evidenziate dalla dottrina con riferimento ad alcuni aspetti della disciplina degli accordi che presentano evidenti lacune.

La prima modifica ha riguardato nuovamente l'art. 182 bis, al quale sono stati aggiunti altri quattro commi, con i quali è stata introdotta la possibilità per l'imprenditore di ottenere la sospensione delle azioni esecutive e cautelari sul proprio patrimonio già nella fase stragiudiziale, riguardante le trattative prodromiche alla conclusione dell'accordo.

Viene così disciplinato un sub-procedimento, finalizzato ad ottenere dall'autorità giudiziaria un decreto di sospensione di eventuali azioni cautelari ed esecutive, nonché il divieto per i creditori di acquisire titoli di prelazione non concordati, in un momento fondamentale per la buona riuscita delle trattative che condurranno alla formalizzazione dell'accordo di ristrutturazione.

L'imprenditore in stato di crisi dovrà depositare l'istanza, presso il tribunale competente ai sensi dell'art. 9 l. fall ovvero quello del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa.

Tale previsione pone una serie di problemi di coordinamento con il procedimento di omologazione dell'accordo, invero già in passato si era posto il problema dell'individuazione del tribunale competente per l'omologazione dell'accordo, e cioè se questo dovesse essere quello della sede legale dell'impresa o invece quello della sede principale di cui all'art 9 l. fall. che individua la competenza per la dichiarazione di fallimento. Nel silenzio della legge, l'interpretazione prevalente in dottrina, nonché quella assolutamente costante della giurisprudenza è stata nel senso di ritenere competente per l'omologazione dell'accordo il tribunale del luogo in cui l'impresa ha la sede legale, ciò anche per ragioni di opportunità oltre che di logica, in quanto la pubblicazione dell'accordo e degli allegati dovrà comunque avvenire presso il registro delle imprese del luogo in cui l'impresa ha la sede legale.

Orbene, l'introduzione di questa specifica previsione riguardo l'individuazione del giudice competente per la pronuncia sull'istanza di sospensione, sembrerebbe evidenziare la preferenza del legislatore per la competenza del tribunale della sede principale dell'impresa, ciò potrebbe comportare in futuro l'attrazione dell'intera procedura e dunque anche di quella di omologa presso il tribunale della sede principale dell'impresa, così determinando il superamento dell'attuale orientamento giurisprudenziale che individua il tribunale competente in quello della sede legale.

Invero, la previsione della competenza del tribunale della sede principale, se da un lato può apparire incoerente laddove si consideri che la pubblicazione dell'accordo e degli allegati dovrà comunque avvenire presso il registro delle imprese del luogo in cui l'impresa ha la sede legale, al contempo appare più coerente qualora si prenda in

considerazione l'ipotesi, realmente verificatasi nella prassi⁵⁶, in cui il deposito del ricorso per l'omologazione dell'accordo sia stata preceduta dal deposito di uno o più ricorsi per la dichiarazione di fallimento. In un caso del genere infatti, il tribunale ha ritenuto di dover esaminare, previa riunione dei procedimenti, anche le considerazioni critiche svolte dal pubblico ministero che richiedeva il fallimento, valutando in un unico contesto l'uno e l'altro tipo di procedimento, nell'ambito di una struttura articolata, in entrambi i casi in senso camerale, ma nel rispetto di un rapporto di pregiudizialità logica e funzionale, valutando prioritariamente se fossero omologabili gli accordi di ristrutturazione e solo in caso di risposta negativa a detto quesito, se sussistessero i presupposti per la declaratoria di fallimento.

E' evidente dunque che la necessità di una valutazione contestuale dell'omologabilità degli accordi o in mancanza e in via subordinata della sussistenza dei presupposti per procedere alla dichiarazione di fallimento, rende opportuno l'individuazione del giudice competente in quello della sede principale dell'impresa, in quanto competente anche per la dichiarazione di fallimento, oltre che per l'istanza di sospensione concernente le azioni esecutive, cautelari e l'acquisizione di titoli di prelazione non concordati.

L'istanza di sospensione, da presentarsi nella forma del ricorso dev'essere corredata dalla documentazione di cui all'art. 161 commi 1 e 2, nonché da 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'art. 67 terzo comma lett. d), circa l'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.

Tale ultima previsione appare eccessiva, in quanto presuppone che l'istanza di sospensione venga depositata quando le trattative sono pervenute quasi al termine, inoltre appare poco adatta alla struttura degli accordi di ristrutturazione, i quali non si basano su una proposta imm modificabile per cui l'assetto di interessi finale, risultante dall'accordo omologato potrebbe essere diverso da quello prospettato nella proposta depositata al fine di ottenere il decreto di sospensione.

L'istanza di sospensione è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto di inizio o di prosecuzione delle azioni esecutive o cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione.

2.2.2. L'art. 182 bis comma VII, la valutazione del tribunale sull'istanza di sospensione.

Il comma VII dell'art. 182 bis, inserito con l'art. 48 del D.L. 78/2010 appare davvero oscuro e difficile da coordinare con la restante disciplina degli accordi.

Innanzitutto vi è un difetto di coordinamento tra l'ultima parte del sesto comma dell'art. 182 bis laddove si prevede che <<l'istanza di sospensione di cui al presente comma è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto di inizio o

⁵⁶ Trib. Milano, 10 novembre 2009, (decreto ex art. 182 bis l. fall), Pres. L. Lamanna, Rel. P. Perrotti, in, *Riv. Dir. Fall.*, n° 3-4 del 2010, pag. 343 e segg. con nota di M. GALARDO.

prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari , nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione se non concordati dalla pubblicazione>>e il comma VII in cui invece si prevede che il giudice <<dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari ed 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>>.

Non appare chiaro infatti, dal raffronto dei due commi se l'effetto sospensivo debba ricollegarsi alla semplice pubblicazione dell'istanza di sospensione nel registro delle imprese, avendo il decreto del giudice la funzione di confermare o revocare la sospensione, o se invece l'effetto sospensivo debba necessariamente ricollegarsi al decreto motivato del giudice.

Sotto tale profilo, occorre evidenziare che nella formulazione prevista dal D.L. 78/2010, era prevista la pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese e l'effetto sospensivo si ricollegava unicamente al decreto del giudice. La legge di conversione n. 122/2010 è intervenuta sul nuovo comma VI dell'art. 182 bis, aggiungendo alle parole <<pubblicata nel registro delle imprese>>, le seguenti <<e produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione>>, così ingenerando confusione, circa l'individuazione del momento al quale deve ricollegarsi l'effetto sospensivo.

Sembrerebbe in ogni caso preferibile ricollegare il prodursi dell'effetto sospensivo alla pubblicazione presso il registro delle imprese.

Inoltre non ha alcun senso, il riferimento della norma alla necessità di subordinare l'emissione del decreto di sospensione, al positivo riscontro da parte del giudice della <<sussistenza dei presupposti per pervenire ad 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 sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare>>.

Questo tipo di valutazione infatti non si limita alla verifica della sussistenza dei presupposti cautelari, *fumus boni juris e periculum in mora*, per l'emissione del decreto di sospensione, in quanto finisce per avere sostanzialmente lo stesso contenuto e gli stessi caratteri del giudizio di omologazione.

Ciò non è assolutamente corretto, in quanto non ha senso chiedere al giudice già in fase di trattative stragiudiziali, di verificare il raggiungimento dei presupposti per la conclusione dell'accordo, in quanto questi si verificheranno verosimilmente soltanto al termine delle trattative stragiudiziali.

Invero l'utilità di un provvedimento cautelare di sospensione è proprio quello di consentire all'imprenditore di concludere le trattative stragiudiziali ponendosi al riparo da azioni di disturbo.

Il Tribunale, verificata la completezza della documentazione depositata, fissa con decreto l'udienza entro il termine di trenta giorni dal deposito dell'istanza di sospensione, disponendo la trasmissione ai creditori della documentazione stessa.

Con il decreto con cui il Tribunale decide sulla sospensione viene assegnato il termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della documentazione redatta dal professionista a norma del primo comma. Pertanto tenendo conto dell'ulteriore periodo di sospensione di sessanta giorni previsto dal comma III e decorrente dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, il periodo complessivo durante il quale sono precluse iniziative individuali volte al recupero del credito e a rafforzare la propria posizione creditoria si allunga a centoventi giorni

2.3. La legittimazione alla proposizione dell'accordo.

Sotto il profilo della legittimazione alla proposizione di un accordo di ristrutturazione, l'art. 182 bis nella sua formulazione originaria, introdotta dalla l. 80/2005 utilizzando l'espressione generica "debitore" aveva ingenerato il dubbio che tutti i debitori, imprenditori commerciali, agricoli, piccoli imprenditori, insolventi civili, imprenditori soggetti a liquidazione coatta amministrativa, enti non commerciali ed esercenti professioni intellettuali, potessero ricorrere a questo istituto. Tuttavia la dottrina prevalente riteneva legittimato soltanto l'imprenditore commerciale che avesse i requisiti dimensionali previsti dall'art. 1 l. fall., in quanto il riferimento all'iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese, così come il beneficio dell'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare ed il rinvio all'art. 161 l.fall., nel quale si fa riferimento alla sede dell'impresa, al fine di individuare la competenza territoriale, avrebbero escluso la legittimazione di altri soggetti. Riguardo alle imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa⁵⁷ le disposizioni speciali del Testo Unico Bancario, del Testo Unico della Finanza e del nuovo codice delle Assicurazioni Private e l'art. 238 r.d. 267/42 escluderebbero l'accesso al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione per le banche e gli intermediari finanziari non bancari. In seguito alle modifiche introdotte con il decreto correttivo D.Lgs 169/2007 la parola "debitore" è stata sostituita con quella di "imprenditore", così rafforzando la tesi della dottrina prevalente secondo cui l'accesso allo strumento degli accordi di ristrutturazione sarebbe consentito soltanto all'imprenditore commerciale⁵⁸.

2.4. L'adesione dei creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti.

Sotto il profilo negoziale, un accordo di salvataggio stragiudiziale, in quanto contratto di diritto privato, potrebbe essere concluso tra il debitore e uno o più dei suoi creditori, senza bisogno di informare gli altri e quindi in teoria con i creditori che rappresentano

⁵⁷ Banche, S.I.M., S.g.r., S.i.c.a.v. e Assicurazioni.

⁵⁸ Cfr. G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, (AA.VV.) *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. Ambrosini, Zanichelli, 2006, p. 394.

una qualsiasi frazione dell'esposizione debitoria complessiva dell'imprenditore in crisi. Tuttavia sotto questo profilo, dal combinato disposto degli articoli 182 bis, 67 comma 3 lett. e) l. fall., 182 quater, e 217 bis l. fall. , si evince che se questo accordo è concluso con uno o più creditori che rappresentano una parte significativa dell'esposizione debitoria complessiva, pari almeno al sessanta per cento del totale, si producono degli effetti ulteriori. Nella fattispecie di cui all'art. 182 bis infatti atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione, sono soggetti ad una disciplina particolare, non essendo soggetti, nè all'azione revocatoria fallimentare(art. 67 comma 3 lett. e), nè alla disciplina penale in tema di bancarotta semplice e preferenziale (art. 217 bis l. fall) inoltre i finanziamenti erogati "in esecuzione" o "in funzione" dell'accordo, saranno assoggettati al regime della prededucibilità⁵⁹; tutto ciò a condizione che l'accordo, considerato attuabile e idoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei, sia omologato⁶⁰.

Un' importante differenza rispetto al concordato preventivo, risiede nella circostanza, che la soglia del 60% che la norma individua, non fa riferimento ad una maggioranza in grado di imporre l'assetto contrattuale raggiunto, ad un eventuale minoranza dissenziente, al contrario, qui il meccanismo di approvazione dell'accordo è inverso rispetto al concordato, in quanto i creditori non aderenti andranno comunque soddisfatti integralmente, si tratta pertanto soltanto di un requisito necessario affinché gli accordi possano essere omologati e usufruire così del trattamento di favore previsto dagli artt. 182 bis, 67 comma 3 lett. e), 182 quater e 217 bis l. fall.

Ai fini del computo della percentuale del 60% dei crediti, l'ultimo comma del nuovo art. 182 quater, inserito nella legge fallimentare dal D.L. 78/2010, ha previsto che i crediti derivanti da finanziamenti erogati banche e altri intermediari finanziari in funzione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 quater comma 2), nonché quelli derivanti da finanziamenti effettuati dai soci (art. 182 quater comma 3), e quelli spettanti al professionista incaricato di redigere la relazione sulla fattibilità dell'accordo (art. 182 quater comma 4), sono esclusi dal computo della percentuale del 60% dei crediti, richiesta dall'art. 182 bis primo comma, ai fini dell'omologazione dell'accordo, nonché dall'art. 182 bis comma 6, ai fini dell'istanza di sospensione depositata nel corso delle trattative stragiudiziali.

Il legislatore dunque ha ritenuto di valorizzare l'autonomia privata nella composizione della crisi d'impresa, prevedendo l'esenzione dall'azione revocatoria, la prededucibilità dei finanziamenti teleologicamente diretti all'attuazione degli stessi, e l'esenzione dai reati di bancarotta semplice e preferenziale, per quegli accordi di ristrutturazione, volti a rimuovere lo stato di insolvenza o comunque di crisi, a condizione che questi siano idonei ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei e che raccolgano una soglia minima di adesioni.

La giurisprudenza ha precisato che il raggiungimento della percentuale minima di adesioni del sessanta per cento, non è un presupposto di ammissibilità dell'accordo di

⁵⁹ Le esenzioni in tema di bancarotta (art. 217 bis) e la previsione della prededucibilità (art. 182 quater) sono state introdotte ad opera del D.L. 78/2010 e della legge di conversione n. 122/2010.

⁶⁰ Così G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, (AA.VV.) *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. Ambrosini, Zanichelli, 2006, p. 379 e segg.

ristrutturazione, ma condizione dell'omologazione, pertanto è sufficiente che essa sussista al momento dell'omologazione medesima⁶¹ e va calcolata sul totale comprendente oltre che i creditori dissenzienti ed estranei, anche quelli privilegiati⁶².

Tale orientamento sembra condivisibile, pertanto appare assolutamente ingiustificata l'attuale formulazione del nuovo comma 7 dell'art. 182 bis, introdotto dal D.L. 78/2010 convertito con la legge 122/2010, il quale, con riferimento alla valutazione del giudice circa l'istanza di sospensione delle azioni cautelari ed esecutive, e il divieto di acquisire titoli di prelazione non concordati, prevede già in questa fase procedimentale "eventuale" e "anticipatoria" che può svolgersi durante le trattative stragiudiziali, che condurranno solo successivamente alla formalizzazione definitiva dell'accordo, la positiva verifica, da parte del tribunale, dell'avvenuto raggiungimento della percentuale del 60% del crediti, la cui sussistenza andrebbe invece valutata soltanto nell'ambito del giudizio di omologazione.

In realtà il legislatore stabilendo che l'accordo debba coinvolgere almeno il sessanta per cento della massa dei crediti, ha voluto individuare, in questa percentuale minima di adesione un requisito di serietà della proposta.

L'esperienza insegna infatti che affinché l'operazione di ristrutturazione sia credibile e concretamente attuabile è indispensabile raggiungere un livello minimo di adesioni; statistiche dimostrano infatti che destinati ad avere successo, sono gli accordi di ristrutturazione che riescono a calamitare le adesioni della maggioranza dei creditori mentre difficilmente si riescono ad attuare piani che prevedono un numero di adesioni inferiori⁶³.

L'aliquota del sessanta per cento non indica dunque una maggioranza per la validità dell'accordo, che nella sua componente negoziale, si fonda non sul principio della maggioranza, ma su quello dell'unanimità del consenso delle parti contraenti.

Esso costituisce invece un requisito ulteriore che non inficia la validità dell'accordo sul piano degli effetti negoziali, ma è indispensabile per accedere al successivo procedimento di omologazione disciplinato dall'art. 182 bis e ottenere così l'effetto dell'esenzione dall'azione revocatoria di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato e gli altri effetti previsti dall'art. 182 quater e 217 bis l. fall. E' evidente poi, che il buon fine dell'accordo di ristrutturazione potrà essere più facilmente raggiunto quanto maggiore sarà il numero dei creditori aderenti.

- Si riportano di seguito alcuni schemi volti ad evidenziare il diverso meccanismo di approvazione e di funzionamento dell'accordo di ristrutturazione, rispetto al concordato preventivo.

⁶¹ Così Trib. Milano, sez. II, 23 gennaio 2007 (decr.), in, *Riv. Dir. Fall.*, n. 2/2008, p. 136 e segg., con nota di R. PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, e in *Il Fall.*, n. 6/2007, p. 701 e segg., con nota di F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la <<meno incerta>> via italiana alla <<reorganization>>*.

⁶² Così Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, (decr.) , in, *Il Fall.*, n. 6/2006, p. 669, con nota di G.B. NARDECCHIA.

⁶³ L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia*, Il Mulino, 2007, p. 319.

I) Schema n.1: ipotesi di accordo di ristrutturazione dei debiti con transazione fiscale ex artt. 182 bis e 182 ter ult. comma L.F.

<i>Tipologia di creditori</i>	<i>Creditori</i>	<i>Natura del debito ed eventuali cause di prelazione</i>	<i>Percentuale del credito vantato in rapporto al totale dell'esposizione debitoria</i>	<i>Valore del credito vantato</i>	<i>Percentuale del credito di cui si offre il pagamento</i>	<i>Valore del credito di cui si offre il pagamento</i>	<i>Modalità di pagamento</i>	
Creditori "aderenti" <i>- pari almeno al 60% del totale dell'esposizione debitoria -</i>	Fisco	Iva			100%		Solo dilazione	
		Ires					Stralcio e/o dilazione	
		Irap					Stralcio e/o dilazione	
	- Inps - e in genere	(Enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie)	Crediti cartolarizzati			100% <i>D.M. 4/8/2009</i>		<i>Esclusi ai sensi del D.M. 4/8/2009 (vanno pagati integralmente e senza dilazione)</i>
			Crediti privilegiati ex art. 2778 comma 1 c.c. e crediti per premi			100% <i>D.M. 4/8/2009</i>		Stralcio in unica soluzione o eventuale dilazione, non superiore alle 60 rate mensili.
			Crediti privilegiati di cui al n° 8 del primo comma dell'art. 2778 c.c.			Non inferiore al 40% <i>D.M. 4/8/2009</i>		Stralcio in unica soluzione o eventuale dilazione, non superiore alle 60 rate mensili.
			Crediti chirografari			Non inferiore al 30% <i>D.M. 4/8/2009</i>		Stralcio in unica soluzione o eventuale dilazione non superiore alle 60 rate mensili
	Banca Alfa	Mutuo fondiario n°						
		Mutuo chirografario n°						

		C/C n°					
	Fornitore A						
	Fornitore B						
Totale creditori aderenti							

Creditori "estranei" - da pagare integralmente -	Fornitore Alfa				100%		Secondo quanto previsto nel titolo costitutivo dell'obbligazione originaria.
Totale creditori estranei							
Totale complessivo							

II) Schema n. 2: meccanismo di formazione della maggioranza nel concordato preventivo con suddivisione dei creditori in classi "secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei" ex art. 160 comma 1 let. c) l. fall.

Schema n. 2/A

<i>Tipologia di creditori</i>	<i>Creditori secondo la graduazione delle cause di prelazione</i>	<i>Valore del credito</i>	<i>Classe di appartenenza</i> "secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei" e nel "rispetto delle cause legittime di prelazione"
Creditori con diritto di prelazione			I
			II
			III

Creditori chirografari			
------------------------	--	--	--

Schema n. 2/B

<i>Classi</i>	<i>Creditori secondo la graduazione delle cause di prelazione</i>	<i>Valore del credito</i>	<i>Percentuale del credito di cui si propone il pagamento</i>	<i>Valore del credito di cui si propone il pagamento</i>	<i>Percentuale del credito ammesso al voto</i>	<i>Valore del credito ammesso al voto</i>	<i>Totale nella classe</i>
I							
II							
III							
IV							
Totale complessivo							<i>N.B. La maggioranza vincola la minoranza</i>

2.5. Il computo della percentuale di adesione, negli accordi di ristrutturazione proposti da società appartenenti al un gruppo.

Problemi particolari, nella determinazione della percentuali di adesione all'accordo, si pongono laddove la ristrutturazione veda all'interno dello stesso gruppo societario, alcune società quali proponenti l'accordo e altre nella veste di creditori aderenti.

Di recente questa problematica è stata portata all'attenzione del Tribunale di Milano⁶⁴, nell'ambito della procedura di omologa di alcuni accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis), depositati da nove società proponenti, appartenenti a due distinti gruppi societari: il "gruppo Risanamento S.p.a." e il "gruppo Zunino S.p.a.", a loro volta collegati fra loro, ciascuno composto da decine di società.

Nel caso di specie infatti, gli accordi di ristrutturazione hanno coinvolto, nella veste di creditori aderenti anche numerose società appartenenti ai due gruppi, pertanto un profilo problematico, che la struttura di gruppo in cui erano organizzate le società proponenti, ha fatto emergere, è stato quello di determinare i criteri di calcolo della percentuale minima del sessanta per cento dei crediti, laddove ad aderire agli accordi siano anche

⁶⁴ Cfr. Trib. Milano, 10 Novembre 2009 (Decr.): Pres. Lamanna, Rel. Pernotti, in, *Riv. Dir. Fall.*, n° 3-4 del 2010, pag. 343 e segg. con nota di M. GALARDO.

altre società dello stesso gruppo e sussistano rapporto credito/debito in senso inverso, tra la società proponente e quella aderente.

Nel corso del procedimento di omologazione infatti, il Pubblico Ministero aveva contestato la correttezza dei criteri adottati per il computo di dette percentuali, ritenendo che con riguardo alle adesioni provenienti da altre società, controllate, controllanti o collegate, del medesimo gruppo, si dovesse procedere alla preventiva compensazione dei rapporti debito/credito maturati infragruppo.

Il Tribunale Milano, nel discostarsi da tale interpretazione, ha evidenziato invece, l'inapplicabilità, anche analogica dell'art. 127 l. fall., che in tema di concordato fallimentare esclude dal computo delle maggioranze i crediti delle società controllanti, controllate o sottoposte a comune controllo.

Quest'ultima opzione interpretativa è sicuramente preferibile, in quanto più aderente alla natura giuridica di questo istituto⁶⁵.

L'esclusione dell'applicabilità analogica dell'art. 127 l.fall. consegue infatti al riconoscimento della fisionomia autonoma degli accordi di ristrutturazione rispetto, ai concordati di matrice giudiziale, in quanto oggetto di una disciplina eccezionale e come tale non suscettibile di estensione analogica.

Deve infatti evidenziarsi la assoluta diversità strutturale delle posizioni obbligatorie nelle due discipline.

L'adesione dei creditori negli accordi di ristrutturazione, rappresenta infatti una manifestazione di volontà di tipo negoziale⁶⁶, traducendosi in un impegno diretto di natura sostanziale, finalizzato all'assunzione di un vincolo contrattuale, al quale si applicherà il principio di relatività degli effetti negoziali (art. 1372 comma 2 cod. civ.).

Al contrario, il voto nell'ambito del concordato, è un elemento che concorre al perfezionamento di una fattispecie articolata in senso procedimentale, nell'ambito della quale il voto serve solo ad esprimere il consenso in ordine all'ipotesi soddisfattiva prospettata.

Inoltre nel concordato la volontà della maggioranza vincola anche i dissenzienti, e in ciò risiederebbe la *ratio* della limitazione introdotta dal legislatore nell'art. 127 l. fall. con riferimento al voto espresso da società creditrici, appartenenti al medesimo gruppo, essa risponderebbe cioè all'esigenza di limitare gli effetti della manifestazione di volontà di questa maggioranza. Limitazione peraltro prevista soltanto con riguardo alla disciplina del cordato fallimentare e non anche in tema di concordato preventivo.

Occorre tuttavia evidenziare, che ai sensi del nuovo art. 182 quater commi 7 e 3, sono esclusi dal computo della percentuale del 60% prevista dall'art. 182 bis comma 1, nonché da quella prevista dall'art. 182 bis comma 6 per la pronuncia sull'istanza di sospensione, i crediti vantati da società, socie di quella proponente l'accordo, e derivanti

⁶⁵ Trib. Milano, 23 gennaio 2007, (decr.).

⁶⁶ Così G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, (commento sub art. 182 bis l. fall.)*, in, *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Ipsa, 2008, pag. 1614.

da finanziamenti erogati alla stessa. Tale limitazione introdotta resta però circoscritta all'ipotesi in cui il credito del socio nei confronti della società proponente, derivi da un contratto di finanziamento, con esclusione dunque dei crediti derivanti da altri rapporti giuridici, ad esempio contratti fornitura, per i quali non è prevista la "prededucibilità".

2.6. Lo stato di crisi.

La composizione negoziata dell'insolvenza, già nota alla prassi attraverso l'utilizzo dei concordati stragiudiziali, ha trovato dunque il suo punto di emersione e di autonoma disciplina normativa all'art. 182 bis. l. fall. rubricato "*Accordi di ristrutturazione dei debiti*". Con questo nuovo istituto si consente ai privati di intervenire nella gestione della crisi, modificando i rapporti obbligatori con un atto di autonomia contrattuale, al quale possono partecipare anche soggetti terzi (non creditori) ad esempio erogando nuova finanza o effettuando operazioni di acquisto collegate all'accordo e funzionali alla sua esecuzione.

E' stato efficacemente evidenziato che la circostanza per cui l'impresa insolvente e non tutti i suoi creditori, ma una parte di essi vengono autorizzati e quasi incoraggiati dall'ordinamento a porre in essere delle attività negoziali con l'imprenditore insolvente, pare smentire un dogma che sembrava cristallizzato nella legislazione anteriore: quello della indisponibilità dell'insolvenza⁶⁷.

In tale prospettiva dunque, l'accordo di ristrutturazione è in grado di trasformare una situazione finanziaria che sarebbe da qualificare come insolvenza, ripristinando la solvibilità dell'impresa.

L'istituto degli accordi di ristrutturazione è riservato infatti all'imprenditore in stato di crisi e per tale si intende, ai sensi dell'ultimo comma del novellato articolo 160 l. fall. anche lo stato di insolvenza. Anche per tale ragione l'espressione "*Diritto della crisi d'impresa*" riflette un diverso modo di concepire l'impianto della legge fallimentare riformata.

La disciplina positiva non offre nessuna definizione normativa dello stato di crisi, sarebbe stata invece auspicabile una individuazione normativa della soglia minima di crisi, al fine superare una situazione di inevitabile incertezza, che potrebbe spesso non consentire all'imprenditore di cogliere la reale situazione in cui versa l'impresa, e soprattutto non rendere percepibile quella linea di confine che separa lo stato di crisi reversibile dall'insolvenza vera e propria.

⁶⁷ Cfr. L. ROVELLI, *Il ruolo del trust, nella composizione negoziata dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis. l. fall.*, in, *Il Fall.*, n. 5/2007, p. 595: <<Quest'ultima acquisterebbe così il carattere della <<relatività>>, diventando un concetto "relazionale", da rapportarsi al comportamento dei creditori, sottraendo così l'insolvenza ad un <<rigoroso statuto di indisponibilità per riconsegnarla, in larga misura alla sfera dell'autonomia privata>>

La nozione di stato di crisi è ancor più difficilmente definibile e verificabile dall'esterno, proprio perchè suscettibile di valutazioni discrezionali da parte dell'imprenditore⁶⁸.

In mancanza di una definizione normativa dello stato di crisi occorre far riferimento ai criteri elaborati dalla scienza aziendalistica, la quale nell'individuare le ragioni della crisi d'impresa,⁶⁹ distingue tra fattori interni e fattori esterni della stessa.

Tra i primi si possono annoverare la scarsa efficienza del controllo finanziario interno, l'inadeguatezza del *management*, una organizzazione amministrativa carente, l'acquisizione di partecipazioni in altre imprese non sufficientemente redditizie, ecc. si tratterebbe comunque di fattori in buona parte controllabili e dunque modificabili da parte dell'imprenditore.

Vengono invece ricompresi tra i fattori esterni gli eccessivi e improvvisi aumenti dei prezzi delle materie prime o semilavorate, le invenzioni tecnologiche, la localizzazione di imprese concorrenti in paesi con un minor costo del lavoro, l'insufficienza delle infrastrutture del paese ospitante, il cambiamento della domanda ecc., cioè di fattori che almeno in parte sfuggono al dominio dell'imprenditore.

La distinzione appena evidenziata è rilevante perché dimostra come in taluni casi per giungere alla ristrutturazione di una impresa in crisi, potrebbe non essere sufficiente un cambiamento dell'assetto organizzativo interno alla stessa, rendendosi al contempo necessario un cambiamento di elementi esterni.

Con riferimento alle cause della crisi d'impresa si suole distinguere invece tra: "crisi da inefficienza", conseguente ad un minor rendimento di uno o più settori produttivi rispetto alla media dei concorrenti; "crisi da rigidità" derivante dalla mancanza di flessibilità nell'organizzazione aziendale e nell'azione imprenditoriale; "crisi da decadimento dei prodotti"; "crisi da carenza di programmazione e innovazione".

Sotto il profilo invece degli effetti prodotti dalla crisi, si suole distinguere tra: "crisi finanziaria", che si traduce in uno squilibrio finanziario, ovvero nell'incapacità dell'imprenditore di procurarsi mezzi finanziari idonei a soddisfare le esigenze dell'impresa anche nell'ambito di una gestione economicamente equilibrata; "crisi economica", che determina invece uno squilibrio economico, dovuto all'incapacità di mantenere un adeguato livello reddituale, a causa degli alti costi di produzione o alla diminuzione della domanda; "crisi economico finanziaria", quando gli oneri finanziari e dunque l'indebitamento complessivo condizionano in maniera incisiva la capacità dell'impresa di generare reddito.

La dottrina aziendalistica⁷⁰ distingue inoltre la nozione di "declino" da quella di "crisi". Il declino consegue a risultati imprenditoriali negativi e si traduce nella distruzione di parte del patrimonio, con conseguente perdita di valore nel tempo.

⁶⁸ Cfr. G. PRESTI, *Rigore è quando arbitro fischia?*, in, *Il Fall.* n. 1/2009, (Allegato), p. 25 e segg.

⁶⁹ Cfr. BNP- PARIBAS- PRICE WATER HOUSE COOPERS, *Finanza d'impresa*, Milano, 2002, 87 e segg.

⁷⁰ Cfr. L. GUATRI, *Turnround: declino, crisi e ritorno al valore*, Egea, 1995, p. 110 e segg.

La crisi vera e propria rappresenta invece uno stato degenerativo ulteriore, rispetto al declino che si traduce in una instabilità nella redditività con conseguenti perdite economiche che incidono in maniera rovinosa sul capitale sociale, sui flussi finanziari, sulla capacità di accedere al credito bancario, ed in una generale perdita di fiducia da parte della comunità finanziaria e nei fornitori.

Una definizione normativa delle diverse fasi della crisi d'impresa sarebbe estremamente utile, non solo per individuare in maniera netta, il presupposto oggettivo minimo per poter accedere alla procedura ristrutturativa (art. 182 bis), ma anche per predisporre un accordo di ristrutturazione, che tenga conto, nel suo complesso, delle specificità e del livello di gravità in cui la crisi è giunta.

Sotto questo profilo la dottrina⁷¹ individua quattro fasi del processo patologico costituito dalla crisi d'impresa.

La prima fase è definita “incubazione del declino” ed è caratterizzata dai primi segnali di squilibrio o di decadimento spesso non facilmente percepibili.

La seconda fase è quella della “maturazione del declino” che si manifesta con perdite di valore del capitale e con la diminuzione dei flussi reddituali. Si tratta di una situazione rimediabile agendo tempestivamente, prima che venga compromessa più seriamente la situazione patrimoniale e finanziaria.

La terza fase, cui può addivenirsi rapidamente in mancanza di contromisure tempestive è quella delle “ripercussioni delle perdite” sui flussi finanziari, sull'immagine e la fiducia dell'impresa sul mercato. Si tratta del primo segnale esterno della crisi e si manifesta con un forte squilibrio economico, implicando una carenza di liquidità che si riflette sull'equilibrio finanziario e patrimoniale dell'impresa. Si cominciano ad assottigliare le riserve e il capitale sociale viene progressivamente eroso; tutto ciò deteriora l'immagine finanziaria dell'impresa condizionando in maniera significativa le possibilità di accesso al credito. In questa situazione la crisi è da considerarsi ancora reversibile, in quanto esiste ancora un potenziale aziendale che potrebbe essere recuperato o riconvertito.

La quarta fase è quella in cui la crisi è ormai conclamata e si manifesta all'esterno in tutta la sua gravità, manifestandosi nelle due forme dell'insolvenza o del dissesto.

Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (art. 5 comma 2 l. fall). L'intera struttura aziendale viene sconvolta sotto i tutti gli aspetti: le banche cessano di concedere affidamenti e possono imporre rientri immediati con riferimento a quelli già concessi in precedenza; tra i fornitori si diffondono notizie circa il rischio di mancato pagamento e ciò potrebbe condizionare la regolarità degli approvvigionamenti; anche i dipendenti, i clienti ed i terzi in genere cominciano a perdere la fiducia nell'impresa.

⁷¹ M. ROMANO – C. FAVINO, *Individuazione della crisi d'impresa e profili di informativa economica nel nuovo concordato preventivo, (I parte)*, in, *Fall.*, 2006, 8, pag. 985; L. GUATRI, *Turnround: declino, crisi e ritorno al valore*, Egea, 1995, p. 110 e segg.; L. GUATRI, *All'origine delle crisi aziendali: cause reali e cause apparenti*, in, *Finanza, Marketing e Produzione*, 1985, 3, p. 11 e segg.

Lo stadio dell'insolvenza viene considerato una fase in cui la ristrutturazione dell'impresa appare ancora possibile, anche se problematica e con scarse possibilità di successo.

Con il "dissesto" invece l'impresa attraversa la fase terminale della sua crisi caratterizzata da un permanente squilibrio economico, finanziario e patrimoniale, per cui la disgregazione del complesso aziendale diviene una conseguenza inevitabile e nessun intervento di ristrutturazione può essere intrapreso.

Sarebbe pertanto opportuno oltre al riconoscimento normativo, delle varie fasi della crisi d'impresa, anche la diffusione di una cultura della crisi d'impresa, al fine di accrescere la sensibilità dell'imprenditore nella percezione dei segnali iniziali della stessa⁷².

2.7. Il regolare pagamento dei creditori estranei.

L'art. 182 bis dispone che ai fini dell'attuabilità dell'accordo, lo stesso deve essere idoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei; tale elemento costituisce l'oggetto principale della relazione sull'attuabilità dell'accordo che il professionista dovrà predisporre.

Occorre chiedersi allora cosa indichi l'espressione <<regolare pagamento>>.

A tal proposito, un orientamento, ad oggi minoritario, interpreta il termine <<regolare>> nel significato di <<pagamento secondo la medesima percentuale e alle medesime condizioni fissate nell'accordo raggiunto con i creditori aderenti>>, in questa prospettiva si sostiene che <<regolare>> vada letto nel senso che anche i creditori estranei dovranno <<regolarmente>> ricevere lo stesso trattamento della maggioranza dei creditori⁷³.

In senso contrario, sembra preferibile invece l'orientamento, oggi ampiamente prevalente⁷⁴, che interpreta l'inciso <<regolare pagamento>> come <<esatto

⁷² Tra i metodi utilizzati per individuare possibili stati di criticità dell'attività imprenditoriale vi sono: 1) l'osservazione e la successiva analisi delle singole voci che compongono il bilancio d'esercizio; 2) l'utilizzo di strumenti avanzati di contabilità analitica, *budgeting*, sistemi di *reporting*; 3) la predisposizione di modelli di previsione delle insolvenze.

⁷³ Cfr. Trib. Milano, 15 dicembre 2005, in *Dir. Fall.*, 2006, II, p. 674 e segg. Con nota di A. PEZZANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis legge fall.: una occasione da non perdere*; nello stesso senso in dottrina cfr. M. FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza*, p. 587 e segg.; cfr. inoltre G. VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.*, p. 865.

⁷⁴ Così M. FABIANI, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182 bis legge fallim.*, in *Foro It.*, 2006, fasc. 9, pt. 1, pagg. 2564 – 2568; G. LO CASCIO, *La Nuova Legge fallim.: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, p. 362; G. GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni in diritto*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, pag. 1156; L. PANZANI, *Il d.lgs. 35/2005 e la riforma del diritto fallimentare*, in *fallimento.ipsoa.it*, 13 aprile 2005, oppure in *Atti del Convegno sul <<La riforma del diritto fallimentare>>*, Ipsoa, Firenze, 6 luglio 2005, p. 10; in giurisprudenza cfr. Trib. Salerno, 3 giugno 2005, in *Fall.*, 2005, p. 1297; Tribunale Bari, 21 novembre 2005, p. 169 e segg., con nota di G. PRESTI, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, e in *Foro It.*, 2006, I, pag. 263, con nota di FABIANI, *con nota di FABIANI, l'incerta via alla reorganization*; oppure in *Dir. Fall.*, 2006, II, pag. 536, con nota di A. CAIAFA, *Accordi di*

adempimento>> ovvero integrale e alle scadenze pattuite, secondo quanto stabilito nel titolo costitutivo dell'obbligazione, in quanto i creditori non aderenti, mantengono la piena titolarità del loro diritto, sia dal punto di vista sostanziale che processuale e pertanto devono essere pagati integralmente, siano o meno creditori muniti di cause di prelazione.

Negli accordi di ristrutturazione non è prevista espressamente la suddivisione dei creditori in classi, a differenza di quanto si legge nell'art. 160, comma 1, lett. c) con riguardo alle condizioni per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, omissione probabilmente dovuta al fatto che nell'ambito di una fase stragiudiziale, in cui avviene la rinegoziazione dell'esposizione debitoria dell'obbligato, egli ha comunque la massima libertà, limitata solo qualora egli si avvalga della transazione fiscale, in ordine alla individuazione delle modalità di definizione delle proprie obbligazioni, al fine di ottenere un numero sufficiente di consensi⁷⁵.

Il debitore dovrà comunque assicurare il regolare pagamento di tutti i creditori estranei, a prescindere dalla natura o collocazione dei loro crediti e della distinzione tra chirografari e privilegiati. Un ulteriore dubbio che fa sorgere l'utilizzo dell'espressione <<regolare pagamento>>, in ciò individuandosi un'ulteriore probabile differenza rispetto al concordato preventivo, si pone in relazione, alla circostanza che mentre per il concordato, l'art. 160 primo comma lett. a) prevede la possibilità di <<soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma>>, ciò per gli accordi di ristrutturazione, secondo alcuni sarebbe possibile solo rispetto ai creditori aderenti, mentre per i non aderenti la necessità di pagamento <<regolare>> precluderebbe la possibilità di ricorrere a mezzi di adempimento diversi dal denaro, quali ad es. *datio in solutum* mediante cessione di beni, ecc. .

In effetti sembra preferibile ritenere che i creditori estranei all'intesa debbano essere soddisfatti comunque secondo i termini e le modalità convenute del titolo costitutivo del loro diritto.

La posizione dei creditori estranei deve essere esaminata anche alla luce della possibilità di proporre opposizione all'accordo, ai sensi di quanto disposto dal quarto comma dell'art. 182 *bis* .

Per quanto concerne i soggetti legittimati a proporre opposizione, occorre evidenziare la legittimazione oltre che dei creditori estranei anche di <<ogni altro interessato>>, espressione che individua coloro i quali sono portatori di un interesse giuridicamente tutelabile e quindi in grado, attraverso l'accoglimento dell'opposizione di perseguire un vantaggio⁷⁶ .

Sembra preferibile ritenere che tra i creditori che possono proporre opposizione debbano essere compresi anche i creditori che abbiano aderito all'intesa, poichè tutti i

ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione; cfr. inoltre Trib. Brescia, 22 febbraio 2006 e Trib. Milano, 21 dicembre 2005, in, *Fall.*, 2006, pag. 669 e segg., con nota di G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*.

⁷⁵ L'estraneità al concordato stragiudiziale del principio della *par condicio*, è stato affermato anche da risalenti pronunce giurisprudenziali: cfr. Cass. 20 maggio 1938; Trib. Salerno 4 luglio 1951.

⁷⁶ Così P. VALENSISE, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, Commento sub. Art. 182 bis.*, in, *La Riforma della Legge Fallimentare*, a cura di M. Nigro e M. Sandulli, Torino, 2006, p. 1099. GUGLIELMUCCI L., *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, p. 133; G. CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in, *Le nuove norme processuali e fallimentari*, a cura di C. Punzi e E. F. Ricci, Padova, 2005, p. 220.

documenti da allegare al ricorso per omologa, vengono depositati in tribunale e pubblicati nel registro delle imprese quando l'accordo è già stato raggiunto; pertanto dopo l'adesione e sulla base delle notizie così acquisite, può sorgere per un creditore aderente, l'interesse ad opporsi all'omologa⁷⁷.

Ciò sembra trovare ulteriore conferma nell'ampiezza di questo diritto di opposizione che la norma riconosce non solo in favore dei creditori, ma anche genericamente, ad ogni altro interessato (art. 182 bis comma 4).

Occorre chiedersi inoltre se i creditori non aderenti debbano attendere la definizione della fase giudiziale dell'accordo di ristrutturazione, oppure possano pretendere dal debitore di essere pagati in qualsiasi momento.

Sembra preferibile la prima soluzione anche perché proprio con l'omologazione il Tribunale, sulla base delle valutazioni svolte dall'esperto, effettuerà il controllo sull'idoneità dell'accordo, ad assicurare il soddisfacimento dei creditori estranei.

Inoltre il limite posto dalla norma, secondo cui dalla data di pubblicazione dell'accordo e per i sessanta giorni successivi, i creditori per titolo o causa anteriore a tale data, non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore (art. 182 bis comma 3), nonché quello introdotto con l'D.L. 78/2010, relativo alla possibilità di ottenere la sospensione delle azioni esecutive e cautelari, già durante le trattative, nonché il divieto di acquisire titoli di prelazione non concordati, devono intendersi riferiti sia ai creditori aderenti che a quelli estranei all'intesa, in quanto con tali disposizioni il legislatore ha voluto introdurre degli ombrelli protettivi, volti a facilitare il perfezionamento dell'accordo con l'omologazione.

2.8.0 La negoziazione dell'accordo e la formazione del consenso.

2.8.1. La formazione del consenso: premessa.

L'art. 182 bis non disciplina il contenuto degli accordi ma soltanto il procedimento per la produzione dei loro effetti.

La fattispecie si caratterizza infatti per la presenza di due fasi necessarie, la prima stragiudiziale, in cui si manifesta l'autonomia privata delle parti e la seconda giudiziale diretta all'omologazione dell'accordo da parte del giudice.

Nell'ambito della prima fase stragiudiziale, può oggi, in seguito alle modifiche introdotte con il D.L. 78/2010 innestarsi un'ulteriore eventuale fase giudiziale nell'ambito della quale può ottenersi un decreto di sospensione delle azioni delle azioni esecutive e cautelari, nonché il divieto di acquisire titoli di prelazione non concordati.

La prima fase diretta innanzitutto alla formazione del consenso nella conclusione di un accordo, richiede normalmente l'acquisizione di un certo numero di manifestazioni di volontà. Ciò può in teoria avvenire in un unico momento, trasfondendo le diverse dichiarazioni di adesione raccolte nel medesimo documento, o più frequentemente attraverso la sottoscrizione di distinti documenti in più momenti successivi.

⁷⁷ Così C. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Il Fall.*, n. 2/2006, p. 134.

Un elemento importante, per il buon fine di un accordo di ristrutturazione risiede nella fiducia dei creditori nell'iniziativa di risanamento. Sotto tale profilo è essenziale un costante e credibile scambio di informazioni tra l'imprenditore in stato di crisi e i suoi creditori, in quanto solo se questi confidano nella correttezza e nella completezza delle informazioni messe a loro disposizione, risulterà possibile che accettino volontariamente dei sacrifici delle posizioni pregresse e addirittura l'assunzione di nuovi rischi, sotto forma di ulteriori forniture di beni, servizi e credito.

Pertanto sin dal momento delle prime consultazioni con i creditori, soprattutto con quelli bancari, è opportuno che l'imprenditore in crisi e i suoi consulenti, segnalino la disponibilità a regolare secondo un eventuale modello procedurale di gradimento per i creditori, i successivi passi dell'iniziativa di ristrutturazione, manifestando così un elevato grado di trasparenza. Tale disponibilità potrà essere recepita negli accordi di ristrutturazione attraverso clausole che prevedano obblighi di comunicazione di determinate informazioni a cadenze temporali prefissate; si tratterà in particolare della redazione e della trasmissione di situazioni patrimoniali, relazioni ed altri documenti informativi.

2.8.2. Dovere dell'imprenditore di informativa sullo stato di crisi.

L'iniziativa nella stipulazione degli accordi di ristrutturazione, sarà presa dall'imprenditore in stato di crisi, che dovrà rendere conoscibile ai creditori l'esistenza della situazione di difficoltà che attraversa la propria impresa.

Sotto tale profilo è stata evidenziata⁷⁸ l'opportunità di introdurre degli strumenti di allerta volti a favorire l'esteriorizzazione della crisi d'impresa, sia nell'interesse dell'imprenditore che del ceto creditorio, al fine di evitare che un'emersione tardiva della crisi, renda inevitabile, l'apertura della procedura fallimentare.

L'inizio delle trattative potrà essere eventualmente preceduto dall'invio da parte dell'imprenditore in crisi di una lettera d'intenti, generalmente molto generica con cui può eventualmente procedersi alla convocazione dei creditori al fine di illustrare il piano di ristrutturazione predisposto dalla stessa⁷⁹, di solito contenuto in documento denominato *infomemorandum* o *termsheet*.

Questo documento normalmente contiene una premessa sulla storia dell'impresa, sulle cause principali della crisi, sulle prospettive di continuazione dell'attività o le previsioni dei ricavi conseguenti alla vendita di alcuni o tutti gli *assets*, l'esposizione debitoria complessiva con l'indicazione dei vari creditori, nonché l'indicazione dei tempi necessari per il completamento dell'operazione che potrà essere di risanamento o di liquidazione.

Si tratta di una fase delicatissima, che segna l'inizio di quelle trattative stragiudiziali che dovrebbero condurre alla formalizzazione dell'accordo.

⁷⁸ Così, G. FAUCEGLIA, *L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future – Atti del Convegno di Milano del 21.10.2008*, in, *Il Fall.* n.1/2009, (Allegato), p. 14 e segg.

⁷⁹ M. ARATO, *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, in, *Il Fall.*, n. 11/2008, p. 1237 e segg.

Questo momento è caratterizzato da una forte asimmetria informativa, che si manifesta non solo tra il debitore e i suoi creditori, ma anche all'interno delle diverse categorie di creditori.

L'imprenditore in crisi è infatti il soggetto che ha la cognizione più completa della situazione economica della propria impresa, mentre le conoscenze che i creditori normalmente hanno delle condizioni economiche del proprio obbligato sono molto più limitate, inoltre, anche da questo punto vista all'interno del ceto creditorio, normalmente esistono delle differenze, si pensi ad esempio alla posizione privilegiata delle banche, che in virtù degli strumenti che hanno a disposizione⁸⁰, potrebbero essere in grado di valutare la situazione dell'impresa sia in relazione al singolo rapporto intrattenuto con la stessa, sia nell'ambito del complesso dei rapporti intrattenuti con il mondo bancario.

Anche i lavoratori, soprattutto se assistiti nel loro insieme da organizzazioni sindacali potrebbero avere una percezione più immediata della difficoltà dell'impresa, in ragione di un mutato utilizzo dei fattori della produzione.

I fornitori invece, percepiscono, in genere, in ritardo la situazione di crisi del proprio acquirente e ciò anche in considerazione della prassi dei tempi dilazionati per il pagamento dei debiti aziendali.

A ciò occorre aggiungere, che all'interno di ciascuna categoria di creditori, è possibile trovare creditori più o meno informati, ad esempio a seconda della maggiore o minore frequenza e rilevanza economica dei rapporti commerciali con il debitore.

La diversa prospettiva dalla quale ciascuna categoria di creditori, e all'interno della stessa ciascun creditore osservano l'impresa in crisi, determina un diverso livello di informazione del singolo, rispetto alla reale situazione economico-finanziaria dell'impresa medesima.

Il riequilibrio di questa situazione di asimmetria informativa, durante la fase di negoziazione dell'accordo, si impone alla luce dei principi di buona fede e correttezza (art. 1375 e 1175 cod. civ.) nonché alla luce dei principi di eguaglianza e di libertà di iniziativa economica (art. 3 e 41 Cost.)

A seconda delle dimensioni dell'impresa in crisi, dell'attività esercitata, del contenuto del possibile accordo di ristrutturazione, può variare il contenuto delle comunicazioni da rivolgere ai creditori. Questi possono essere messi in condizione di valutare in maniera ponderata non solo le rinunzie e le clausole che dovranno sottoscrivere al momento della stipulazione dell'accordo, ma anche quelle che dovranno sottoscrivere gli altri creditori, infatti un elemento che può influenzare il giudizio di questi in ordine all'accettabilità della proposta è la consapevolezza della condivisione del sacrificio economico con tutti o parte degli altri creditori. Infatti la possibilità per il debitore di derogare in questa situazione alla regola della *par condicio creditorum*, non preclude ai creditori di condizionare l'accettazione della proposta ad un sacrificio più o meno uguale delle altre situazioni giuridiche.

Il riequilibrio di questa situazione di asimmetria informativa, viene attuato poi, nella fase successiva alla negoziazione, attraverso la previsione legislativa che impone la

⁸⁰ A titolo di esempio si può pensare alla Centrale Rischi presso la Banca d'Italia.

pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione nel registro delle imprese (art. 182 bis). In seguito alla presentazione del Programma di ristrutturazione⁸¹, l'impresa supportata dai propri consulenti, valutate le reazioni dei creditori, d'intesa con questi ultimi, soprattutto ove questi siano rappresentati in prevalenza da banche o altre istituzioni finanziarie, deciderà se ricorrere ad un accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall., o ad un Piano di risanamento attestato ex art. 67 l. fall. comma 3 lett. d) l.fall, o eventualmente ad un accordo di salvataggio atipico, scelta che dipenderà anche dalle condizioni dell'impresa e dall'esame delle cause che hanno determinato la crisi.

E' evidente che se lo scopo dell'impresa è quello di pervenire alla ristrutturazione del debito attraverso la liquidazione totale delle sue attività, si dovrà ricorrere ad un accordo di ristrutturazione e non al piano di risanamento attestato, giacchè quest'ultimo presuppone, la continuazione dell'attività imprenditoriale, attraverso la riduzione dell'esposizione debitoria e il riequilibrio della situazione finanziaria⁸².

2.8.3. Comportamento del creditore secondo buona fede e utilizzo delle informazioni ricevute.

Il principio di buona fede (art. 1375 cod. civ.) deve orientare anche il comportamento del creditore nella fase di negoziazione dell'accordo, potendo questi in virtù di una iniziale valutazione ritenere preferibile tentare la strada del recupero individuale del credito. Inoltre il creditore non può ritenersi legittimato a trasmettere a terzi le informazioni ricevute dall'imprenditore, in merito alla situazione di difficoltà che attraversa l'impresa, proprio perché il principio di buona fede impone in questa situazione l'esigenza di rispettare la riservatezza delle informazioni ricevute, in considerazione delle conseguenze pregiudizievoli che una loro divulgazione potrebbe comportare per l'impresa in crisi.

La divulgazione di queste notizie, potrebbe infatti provocare una serie di azioni individuali di recupero da parte degli altri creditori, restandone così pregiudicata la reale attuabilità del piano. Per tale ragione, la prassi evidenzia che la prima comunicazione inviata dal debitore è sempre estremamente generica e non contiene informazioni riservate sulla situazione finanziaria dell'azienda, essendo piuttosto diretta a verificare con i creditori le condizioni per attuare una modifica dei rapporti giuridici pendenti anche attraverso una complessiva riorganizzazione aziendale che preveda la cessione dell'azienda o di uno o più rami della stessa.

Deve ritenersi pertanto che in questa delicatissima fase non sia consentita ai creditori la divulgazione di quelle informazioni sulla situazione economico-finanziaria dell'impresa che non siano di dominio pubblico, e che se divulgate sono idonee a causare un pregiudizio all'imprenditore. Saranno invece divulgabili quelle risultanti ad esempio dal

⁸¹ M. ARATO, *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, in, *Il Fall.*, n. 11/2008, p. 1239.

⁸² M. FERRO, *Il piano attestato di risanamento*, in, *Il Fall.*, 2005, 1360; L. ABETE, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in, *Il Fall.*, 2007, 625.

bilancio della società, se e in quanto regolarmente depositato al registro delle imprese. In genere nella prima comunicazione l'obbligato oltre ad evidenziare la volontà di rinegoziare le proprie obbligazioni, chiede anche ai creditori di precisare l'ammontare del loro credito, invitandoli al contempo a voler evitare per un certo periodo tempo ogni iniziativa volta ad ostacolare il tentativo di ristrutturazione.

Ci si potrebbe chiedere se possa configurarsi un obbligo a carico di creditore di accettare la rinegoziazione delle obbligazione del proprio debitore, a tal riguardo il c.d. codice di comportamento⁸³ predisposto dall'ABI, relativo ai processi di ristrutturazione per il superamento delle crisi d'impresa, prevede, tra l'altro, all'art. 4 l'obbligo delle banche di partecipare alla prima riunione della procedura di concertazione e a parteciparvi con funzionari dotati di un adeguato potere decisionale, prevedendosi così un obbligo per le banche di partecipazione alla prima fase della trattativa, diretta alla eventuale formulazione di un piano di risanamento dell'impresa. Tuttavia al di là di questa situazione specifica e prescindendo da ciò che è previsto nell'ambito dell'ordinamento bancario, deve escludersi l'insorgere in capo al creditore di un dovere di rinegoziazione degli originari accordi, in seguito alla proposta formulata dal debitore, in quanto l'esigenza di osservare il dovere di buona fede (1375 cod. civ.) non può considerarsi nel caso di specie tanto stringente da tramutarsi in un vero e proprio obbligo a contrarre. Invero ciascun contraente può consentire quelle modifiche contrattuali che siano funzionali alla migliore realizzazione degli interessi della controparte, compatibilmente con la tutela dei propri interessi per cui ai creditori non può essere imposto di aderire al piano.

⁸³ Cfr. MAIMERI F., *Sistemazioni stragiudiziali delle crisi d'impresa e codice di comportamento bancario*, in, *Banca Borsa e titoli di credito*, 2000, 3, 417; Cfr. SANTARONI M., *L'intervento delle banche nelle imprese in crisi*, in, *Giust. Civ.* 2000, 2, 45; Cfr. *Codice di Comportamento tra Banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi d'impresa*, disponibile all'indirizzo: http://www.abi.it/manager?action=show_document&PortalId=1&documentId=372

CAPITOLO III

IL CONTENUTO DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

SOMMARIO: 3.1. Premessa. 3.2. Quando la “riorganizzazione” diventa strumentale alla “ristrutturazione”. 3.3. Le clausole degli accordi di ristrutturazione. 3.4. *Pactum de non petendo*, percentuale minima di adesione e superamento dello stato d’insolvenza. 3.5. L’eventuale suddivisione dei creditori in classi: differenze rispetto al concordato preventivo. 3.6.1. L’erogazione di nuova finanza. 3.6.2. Il problema del finanziamento “ponte” o “interinale”. 3.6.3. Il problema delle garanzie. 3.6.4. L’utilizzabilità dei *convenants* per garantire la nuova finanza erogata nell’ambito dell’accordo di ristrutturazione. 3.6.5. La prevedibilità della nuova finanza: premessa. 3.6.6. Segue: il nuovo art. 182 *quater* l. fall.; 3.7. Ristrutturazione del debito mediante conversione dei crediti in capitale. Il principio contabile Ifrc 19. 3.8. L’utilizzo di una società di nuova costituzione e il ruolo delle banche. 3.9. L’utilizzo del *trust* nell’ambito dell’accordo di ristrutturazione. 3.10. La transazione fiscale collegata all’accordo di ristrutturazione. 3.11 Il contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis nella recente casistica giurisprudenziale.

3.1. Premessa.

L’art. 182 bis l. fall., contiene una norma che descrive per lo più il procedimento attraverso il quale si giunge all’omologazione dell’accordo, nulla dispone invece in merito al contenuto dello stesso, quest’ultimo resta dunque l’aspetto più complesso e interessante, in una prospettiva teleologica, in quanto esso dovrà prevedere le operazioni che concretamente consentiranno all’impresa di superare lo stato di crisi, potendo presentare pertanto il contenuto più vario⁸⁴.

La struttura più semplice, finalizzata al superamento di una crisi di liquidità di natura soltanto finanziaria potrà prevedere un semplice riscadenziamento dei debiti⁸⁵.

In questa situazione l’imprenditore in crisi pattuirà con i propri creditori una moratoria dei pagamenti dei debiti scaduti e di quelli in scadenza, per cui i crediti saranno inesigibili sino ad determinata data. In questa ipotesi i creditori, soprattutto quelli appartenenti al ceto bancario, pretenderanno il rilascio di adeguate garanzie sui beni dell’imprenditore o eventualmente di terzi.

Quando invece, la crisi d’impresa presenta una maggiore gravità, le semplici dilazioni di pagamento potrebbero rivelarsi insufficienti per la realizzazione dell’operazione, per

⁸⁴ Cfr. F. GUERRERA E M. MALTONI, *Concordati Giudiziali e operazioni societarie di “riorganizzazione”*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2008, nonché in www.notariato.it, Studio n. 77-2007/I; GUERRA, *Ristrutturazione del debito e assistenza finanziaria all’impresa: il c.d. consolidamento dei crediti bancari*, in *Banca borsa e tit. cred.* 1995, I, 807 e segg.; ARATO M., *Convenzioni bancarie e procedure concorsuali*, in *Fall.*, 1998, 928; APICE, *L’impresa in crisi: rischi e responsabilità delle banche*, in *Dir. Banc.*, 1999, I, 230; E. FRASCAROLI SANTI, *Effetti della composizione stragiudiziale dell’insolvenza*, Padova, 1995, 26 e segg.; ID., *Insolvenza e crisi d’impresa*, Padova 1999, 121; CHIOZZI - CENSONI, *I presupposti del fallimento*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Panzani, I, Torino, 2000, 105; ZICCARDI, *Concordato stragiudiziale*, in *Diz. Dir. Priv.*, a cura di Irti 3, Milano, 1981, 354 ss.; OLIVA, *Privatizzazione dell’insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Fall.*, 1999, 825.

⁸⁵ In genere il pagamento dei debiti pregressi è dilazionato in cinque – otto anni, Cfr. Cfr. BNP-PARIBAS- PRICE WATER HOUSE COOPERS, *Finanza d’impresa*, Milano, 2002, 96 e segg

cui si renderà necessario nella maggior parte dei casi prevedere una postergazione dei crediti oppure una vera e propria decurtazione mediante la riduzione del loro ammontare complessivo.

Talvolta, in presenza di una situazione finanziaria così compromessa da far temere l'irrecuperabilità dei crediti, potrà essere prevista la conversione di questi in capitale.

In genere i creditori coinvolti in questo tipo di operazioni sono quelli bancari.

Inoltre alla conversione dei crediti in partecipazioni al capitale potranno accompagnarsi accordi sull'eventuale successivo trasferimento delle stesse, in particolare inserendo clausole di prelazione o di riscatto a prezzi predeterminati, oppure accordi relativi alla erogazione di finanziamenti a fini ristrutturativi.

3.2. Quando la “riorganizzazione” diventa strumentale alla “ristrutturazione debito”.

La crisi spesso non è soltanto di natura finanziaria, di frequente a questa si aggiungono problemi di natura economica, dovuti alla presenza di costi troppo gravosi rispetto alla redditività dell'organizzazione aziendale.

In presenza di queste situazioni la ristrutturazione del debito, può realizzarsi solo attraverso la negoziazione, tra creditori e imprenditore in stato di crisi, di un accordo che preveda anche una “riorganizzazione” aziendale, attraverso interventi sul piano societario, industriale e finanziario.

In tale prospettiva potranno essere previsti la dismissione di cespiti e di attività ritenute non strategiche, la riduzione dei livelli occupazionali e/o dell'orario di lavoro, il cambio del management, l'utilizzo delle risorse disponibili per lo sviluppo di determinati settori di attività o prodotti, la modifica delle politiche commerciali e di *marketing*, la razionalizzazione dei costi della rete distributiva, ecc..

In tal modo l'accordo di ristrutturazione, condiviso con i creditori diverrà il percorso che l'imprenditore dovrà seguire per realizzare il risanamento dell'impresa.

Altrettanto delicata rispetto alla fase preliminare di formazione del consenso è quella esecutiva, anche in considerazione della durata, normalmente pluriennale della stessa.

Al fine di favorire e, successivamente garantire la realizzazione degli accordi di ristrutturazione le parti potranno prevedere, almeno nei casi di imprese medio - grandi, che i rapporti tra loro siano intrattenuti per il tramite di organismi di consultazione e di controllo creati appositamente, ai quali potrà essere attribuito anche un potere di rappresentanza negoziale, al fine di semplificare i rapporti tra imprenditore in crisi e creditori partecipanti all'accordo. In tal modo il singolo creditore non avrà diretta cognizione delle informazioni messe a disposizione dall'imprenditore in crisi, al contempo l'imprenditore non avrà una relazione personale e diretta con i singoli creditori, tuttavia entrambi demanderanno ad altri l'attività di negoziazione, verifica della fattibilità del piano e controllo della sua puntuale e profittevole esecuzione.

In considerazione dell'importanza e della reciproca fiducia, sulla effettività e consequenzialità degli impegni assunti nell'ambito del complessivo disegno di ristrutturazione, potrà addivenirsi all'attribuzione della sua gestione a soggetti graditi al ceto creditorio o addirittura da questo designati.

In tal senso gli accordi di ristrutturazione potranno prevedere la sostituzione degli organi sociali o comunque delle più alte cariche aziendali, in quanto la scelta di affidare la negoziazione e l'attuazione del piano a consulenti specializzati nella gestione di imprese in crisi tranquillizzerà i creditori e li metterà in condizione di accettare le decisioni aziendali, anche nell'ipotesi in cui queste non siano state spiegate sotto tutti i loro profili ed effetti, e ciò proprio in ragione del prestigio personale di cui godono coloro che la hanno adottate.

La fiducia personale e la procedimentalizzazione dei rapporti possono costituire in molti casi ragioni di successo degli accordi, in quanto favoriscono il superamento di contrasti e resistenze anche di natura psicologica.

Il conseguimento di questi obiettivi può essere favorito attraverso la creazione di strutture partecipative che consentendo ai creditori di confrontarsi tra loro e di ottenere informazioni più complete.

Questo modello, in un primo momento storico è stato utilizzato soprattutto da aziende di grandi dimensioni⁸⁶ (es. Belleli, Cameli, Ferruzzi, Montedison ecc.), oggi invece a seguito dell'introduzione del nuovo art. 182 bis, l'utilizzo di questi modelli potrà essere esteso anche ad aziende di dimensioni medio-piccole.

Occorre osservare come l'obiettivo principale dell'accordo di ristrutturazione rappresentato dal superamento della situazione di crisi, non richiede necessariamente la continuazione dell'attività di impresa in capo all'originario titolare, in quanto, soprattutto nei casi in cui il dissesto è più grave, e si intenda comunque procedere al salvataggio dell'impresa⁸⁷, questo potrà essere realizzato attraverso la costituzione di un nuovo soggetto giuridico. E' il caso ad esempio, frequente nella prassi, del salvataggio attuato anche mediante la creazione di una nuova società di capitali, partecipata magari dai creditori o da una parte di essi, in particolare da quelli bancari, la quale stipula con il titolare dell'impresa in crisi un contratto di affitto di azienda risolutivamente condizionato alla mancata accettazione dell'operazione da parte di un numero sufficiente di creditori e con clausola di conversione in vendita per l'ipotesi di accettazione da parte dello stesso numero di creditori.

Dunque benché la legge parli di accordi di ristrutturazione dei debiti, in realtà e non diversamente per ciò che riguarda il piano di risanamento attestato di cui all'art. 67, comma 3° lett. d) l. fall, il contenuto dell'accordo dovrà, quasi necessariamente pianificare anche altre operazioni di "riorganizzazione" societaria che possono diventare strumentali alla realizzazione della vera e propria "ristrutturazione del debito".

⁸⁶ Cfr. F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in, *Giur. Comm.*, 1997, p. 488/I e segg.

⁸⁷ Piuttosto che alla sua liquidazione, scopo che potrebbe essere comunque conseguito con gli accordi, dato che la loro finalità risiede nel superamento della crisi dell'impresa, attraverso il salvataggio o appunto la liquidazione.

I grandi creditori infatti valuteranno, senza dubbio, la capacità dell'impresa di permanere nel circuito economico, riprendendo a produrre reddito e non sempre si accontenteranno di rimettere debiti, concedere dilazioni ed erogare nuova finanza.

Essi spesso cercheranno di realizzare forme di controllo sulla gestione dell'impresa. Inoltre stante la previsione del regolare pagamento dei creditori estranei, che costituisce uno degli aspetti caratterizzanti dell'istituto, il programma di ristrutturazione dovrà delineare uno scenario futuro, in cui l'attività d'impresa anche attraverso la liquidazione e il trasferimento di *assets*, sia in grado di consentire il pagamento dei creditori estranei all'accordo, avvantaggiandosi dal punto di vista fiscale anche del regime delle plusvalenze, rinvenienti dalle rinunzie o dalle dilazioni effettuate dai sottoscrittori.

Il contenuto dell'accordo dunque, cioè la sua sostanza economica, è più ampio della semplice ristrutturazione del debito, e può essere notevolmente più complesso di quanto lo sia un normale contratto di scambio, potendosi scindere il contenuto in due parti fra loro collegate.

Da un lato infatti si pongono i contenuti che incidono direttamente sul debito e ne realizzano tipicamente la ristrutturazione. Questi possono essere a livello più semplice, le transazioni, le remissioni del debito, la dilazione di termini, la rinuncia agli interessi, ma anche l'emissione di titoli di debito.

Dall'altro lato invece, si potrà prevedere, sotto l'aspetto societario la conversione di crediti in capitale, attraverso degli aumenti di capitale sottoscritti con il meccanismo della compensazione; l'erogazione di nuova finanza dietro presentazione di garanzie; possono esservi poi manovre anche più complesse la cui attuazione può richiedere la creazione di società veicolo c.d. *new company*; potranno prevedersi poi dei vincoli a carico dell'imprenditore, che lo limitano nell'attività di amministrazione e nella sua autonomia organizzativa e operativa; con una intensità crescente, potranno dunque prevedersi, specifici obblighi di informazione o di consultazione con alcuni creditori o con un loro comitato, impegni a dismettere rami d'azienda, programmi aziendali volti alla riduzione del personale, fino ad arrivare a prevedere l'inserimento dei rappresentanti dei creditori nell'organo amministrativo.

3.3. Le clausole degli accordi di ristrutturazione.

Le clausole che possono utilizzarsi nell'ambito di un accordo di ristrutturazione non possono in ogni caso considerarsi standardizzate, variando in considerazione della situazione concreta, dell'entità dell'indebitamento, del numero dei creditori, della natura della crisi e dei crediti, ad es. se chirografi o privilegiati, delle modalità da seguire per il superamento della crisi⁸⁸.

⁸⁸ F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi d'impresa*, in, *Giur. Comm.*, 1997, I, 488; G. DOMENICHINI, *Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato di insolvenza*, in, *Il Fall.*, 1996, 841; S. PACCHI PESUCCI, *La nuova disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, approvazione, omologazione, esecuzione e chiusura (art. 177 – 182; art. 182 bis.)*, in, *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, n. 282, Milano, 2005, 221.

La prassi ha dimostrato che ciò che ha determinato il successo degli accordi di salvataggio prima della riforma della legge fallimentare è stata proprio l'assenza di specifiche previsioni legali, che ha reso possibile plasmare ciascun accordo in relazione alle specifiche esigenze dell'impresa⁸⁹. Sono state quindi individuate dalla dottrina⁹⁰ alcune clausole che sono ricorrenti nelle composizioni negoziali della crisi d'impresa:

I) *Le clausole di negoziazione: l'abbattimento dell'esposizione debitoria e il consolidamento dei crediti.*

Tra queste vengono ricomprese le unità precettive negoziali relative alle richieste avanzate dall'imprenditore in crisi ai creditori e che presentano il seguente contenuto⁹¹:

- a) la moratoria del pagamento dei debiti scaduti e non pagati per un certo numero di anni (di solito da un minimo di due ad un massimo di cinque anni, senza o con la previsione di un tasso di interesse convenzionalmente concordato) e/o la rinegoziazione del debito con la previsione di nuove scadenze (c.d. consolidamento dei crediti o *rescheduling* che modifica le condizioni contrattuali originarie.
- b) la remissione di una parte del debito relativo alla sorta capitale o agli interessi maturati e/o maturandi, ovvero la rinuncia a tutte e/o ad una parte delle garanzie, eventualmente anche rilasciate da altre società del medesimo gruppo. Gli interessi maturati in un certo lasso di tempo, spesso vengono rinunciati interamente; per quelli maturandi si prevede in genere una misura di tasso agevolato, tendenzialmente in linea con il costo della raccolta, salva la possibilità di variazioni migliorative parametrare al raggiungimento di determinati risultati economici da parte della società o del gruppo al quale appartiene la società debitrice.
- c) la postergazione di alcuni creditori rispetto ad altri;
- d) la cartolarizzazione dei crediti⁹².

Possono rientrare tra i crediti oggetto di consolidamento: 1) *i crediti in bianco non garantiti*, quali interessi di mora, rate impagate di mutuo, esposizioni di conto corrente, prestiti obbligazionari, finanziamenti all'importazione, anticipi a valere su futuri

⁸⁹ L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, Milano, 2007, p. 22.

⁹⁰ M. ARATO, *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, in, *Il Fall.*, n. 11/2008 p. 1237 e segg.

⁹¹ Cfr. A. MARABINI, *La gestione delle crisi d'impresa alla luce della riforma delle procedure concorsuali: strumenti attuativi, il riequilibrio finanziario*, in, *Riv. Dir. Fall.*, 2009, pag. 232 e segg.; GUERRA P., *Ristrutturazione del debito e assistenza finanziaria all'impresa: il c.d. consolidamento del debito*, in, *Banca Borsa e Titoli di Credito*, Milano, 1995, parte I.

⁹² L'utilizzo della cartolarizzazione è reso ora possibile anche nell'ambito della procedura fallimentare in quanto gli artt. 104 ter, 105 e 106 l. fall. fanno riferimento alla cessione di crediti in blocco e di crediti futuri. E' stato inoltre evidenziato che nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis), la possibilità di non dover rispettare per legge, la *par condicio creditorum*, renderebbe più agevole la costituzione delle diverse *tranche* di note che compongono i titoli rappresentativi della cartolarizzazione. Si potranno attribuire così le note *senior*, di sicuro incasso, ai creditori estranei all'accordo, i quali devono essere pagati per intero. Essi si vedranno riconosciuti il 100% del credito vantato nei confronti dell'imprenditore. Le note *mezzanine e junior* potranno poi essere attribuite agli altri creditori: Così M. CARUSO, *Appunti in tema di diritto fallimentare e operazioni di <<securitization>>*, in, *Il Fall.*, n. 8/2006, pag. 883 e segg.

contratti o future esportazioni, le anticipazioni di crediti commerciali non andati a buon fine a causa del mancato pagamento da parte del soggetto obbligato; 2) *i crediti garantiti con garanzie non capienti o di difficile realizzo*, quali ad esempio i crediti garantiti con garanzie ipotecarie di grado successivo al primo.

Generalmente invece non sono oggetto di consolidamento, anche se nulla vieta la loro ricomprensione nel relativo piano: 3) *i crediti autoliquidanti*, ovvero quelli rinvenienti da finanziamenti per i quali al momento dell'erogazione sia stata individuata la fonte di rimborso. Rientrano ad esempio in questa categoria le operazioni di smobilizzo dei crediti derivanti da transazioni commerciali, tra cui, a titolo esemplificativo, gli anticipi su fatture, lo sconto di effetti cambiari, i crediti assistiti da mandato irrevocabile all'incasso. 4) *I finanziamenti pubblici a tasso agevolato e i crediti derivanti da contratti di leasing*: anche per questi in teoria nulla vieta che vengano comunque inclusi nel consolidamento, tuttavia questo normalmente è esclusa con riferimento ai finanziamenti *ex lege*, in quanto nei confronti della Pubblica amministrazione il potere contrattuale è assolutamente residuale; i leasing invece vengono in genere esclusi perchè la proprietà del bene è in capo alla società di *leasing*.

Nella prassi, l'ammontare del credito effettivamente consolidato è generalmente inferiore a quello effettivamente esistente, ciò sia per la esclusione dall'accordo dei crediti inferiori a determinati importi minimi, per i quali viene considerata preferibile, anche da parte della banche, una definizione mediante transazione a "saldo e stralcio", sia per possibile mancata adesione al piano di alcuni istituti di credito.

Gli aspetti caratterizzanti del consolidamento dei crediti riguardano: 1) l'individuazione delle condizioni di consolidamento; 2) l'onerosità; 3) le garanzie, 4) il ristoro.

Le condizioni di consolidamento riguardano le nuove scadenze convenzionali dei debiti, ovvero il piano di rimborso dell' "esposizione consolidata". Quest'ultimo ha una durata compresa generalmente tra i tre e i sei anni e potrà prevedere una rateazione costante e crescente in relazione all'entità dei flussi di cassa previsti.

In presenza di gruppi societari di dimensioni rilevanti, si procede spesso ad una semplificazione della titolarità del debito, individuando il soggetto debitore nella capogruppo, che assumerà, mediante accollo (di regola cumulativo) i debiti delle società controllate.

Individuato così il soggetto debitore, potrà procedersi all'erogazione in suo favore di un nuovo finanziamento, eventualmente erogato in *pool*, oppure l'impresa potrà procedere all'emissione di prestito obbligazionario, eventualmente convertibile, di ammontare pari al preesistente debito da consolidare. I finanziamento *in pool*, oppure il prestito obbligazionario, di regola non vengono sottoscritti in quote uguali dagli istituti di credito aderenti al piano, ma piuttosto pro-quota, in misura proporzionale all'ammontare dei rispettivi crediti.

In questo modo la capogruppo estinguerà il proprio debito preesistente o quello assunto per accollo, ovvero se questo non è intervento, quello delle varie società componenti il gruppo economico di appartenenza per effetto di una delegazione di pagamento dalle stesse conferita.

Nell'uno e nell'altro caso, dopo un iniziale periodo di preammortamento, il capitale verrà rimborsato ratealmente e cadenze semestrali o annuali⁹³, o anche eventualmente in un'unica soluzione al termine del piano di consolidamento.

Il piano di rimborso potrà inoltre prevedere che il computo degli interessi avvenga solo dopo il decorso di un certo periodo di tempo.

Per quanto concerne il profilo dell'*onerosità*, un elemento ricorrente delle operazioni di consolidamento è rappresentato dalla limitazione degli interessi passivi sulla preesistente esposizione e cioè l'accettazione di interessi inferiori a quelli di mercato. Ciò si spiega con l'esigenza di agevolare il riequilibrio economico dell'impresa.

A fronte del consolidamento dei crediti sono generalmente richieste *garanzie*, che il debitore dovrà rilasciare, in mancanza di opposizioni da parte degli altri creditori.

Il *piano di ristoro*, assolve alla finalità di consentire alle banche di beneficiare di eventuali eccedenze dei flussi di cassa prodotti dalla gestione operativa nel suo complesso, ovvero da singole fonti, quali ad esempio le entrate rinvenienti dalle dismissioni di specifici cespiti. Si tratta di una forma particolare di covenant che impone all'impresa debitrice di impiegare tali eccedenze per decurtare ulteriormente il debito consolidato, imprimendo così un'accelerazione al piano di ammortamento.

A fronte delle clausole che prevedono un sacrificio per i creditori aderenti all'accordo, si pongono quelle che prevedono la compensazione di questo sacrificio con la ristrutturazione del debito, e il risanamento della situazione economico finanziaria, si può pensare ad esempio all'impegno dell'impresa di mutare la strategia organizzativa o produttiva, di procedere alla riduzione del personale, di vendere alcuni o tutti gli *assets* dell'impresa o delle società appartenenti al gruppo.

II) *Clausole volte a consentire il monitoraggio da parte dei creditori.*

Nell'ambito degli accordi di ristrutturazione può essere concesso ai creditori un potere di controllo sulla corretta esecuzione del piano attraverso l'introduzione di apposite clausole con le quali può prevedersi:

- e) il loro coinvolgimento nella gestione e la nomina di uno di essi come membro dell'organo di controllo o di amministrazione;
- f) la facoltà per i creditori di chiedere in qualsiasi momento informazioni e/o richieste di documentazione;
- g) l'obbligo per l'impresa di rispettare le scadenze pattuite per assicurare costanti e periodici flussi informativi ai creditori, che quando sono numerosi possono farsi rappresentare da un rappresentante comune.

Nell'ipotesi in cui il programma di ristrutturazione preveda la liquidazione di alcuni o tutti gli *assets*, possono essere individuati, nell'interesse dei creditori, dei criteri per vendere i beni attraverso procedure competitive al fine di salvaguardare la trasparenza nelle negoziazioni e il miglior realizzo possibile dalla vendita dei beni, e per monitorare i comportamenti degli amministratori dell'impresa nella vendita degli *assets*.

III) *Clausole di recesso.*

⁹³ La prassi dimostra che raramente vengono previste scadenze mensili o trimestrali.

Con la previsione di queste clausole si può eventualmente consentire ai creditori di recedere dall'accordo al verificarsi di determinati eventi che possono, esemplificativamente concretizzarsi nella:

- h) sottoposizione dell'impresa alla procedura fallimentare;
- i) elevazione di protesti a carico dell'impresa o nell'inizio di procedimenti esecutivi e/o cautelari, qualora entro il termine dei sessanta giorni previsti dall'art. 182 bis non sia intervenuta ancora l'omologazione dell'accordo;
- j) inizio da parte dell'impresa di attività incompatibili con quelle contenute nel programma di ristrutturazione;
- k) sussistenza di una causa di scioglimento della società, ove l'impresa sia strutturata in forma societaria;
- l) palese erroneità delle dichiarazioni e delle previsioni del piano di ristrutturazione.

IV) *Clausole risolutive espresse.*

Una clausola risolutiva espressa può prevedersi per l'ipotesi in cui l'impresa non adempia alle proprie obbligazioni nei termini convenuti nell'accordo di ristrutturazione. Ai sensi di quanto disposto dall'art. 72 comma 6 l. fall. sono in ogni caso inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento. All'operatività della clausola risolutiva espressa conseguirà, l'immediata decadenza da tutti i diritti concessi all'impresa, es. dilazioni di pagamento, postergazione, remissione, ecc., nonché la reviviscenza dei diritti dei creditori secondo il contenuto previsto nelle obbligazioni originarie.

V) *Jus variandi.*

L'accordo di ristrutturazione può prevedere la possibilità per l'impresa di rimborsare anticipatamente i crediti rispetto alle scadenze previste, al ricorrere di determinate condizioni.

VI) *Obblighi a carico dei creditori.*

Possono essere previsti obblighi a carico dei creditori diretti da un lato a rafforzare la loro posizione reciproca, sia a tutelare l'impresa nella realizzazione del buon fine dell'operazione. Queste clausole possono prevedere:

- m) l'obbligo per ciascun creditore di comunicare agli altri creditori tutte le informazioni in suo possesso rilevanti per la conclusione dell'accordo di ristrutturazione;
- n) il divieto per i creditori di promuovere azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore o di depositare istanze di fallimento (*pactum de non petendo*) che si aggiungerebbe alla previsione legale contenuta nell'art. 182 bis relativa al blocco delle azioni cautelari ed esecutive nei sessanta giorni successivi alla pubblicazione dell'accordo e alla possibilità introdotta dal D.L. 78/2010 di chiedere la sospensione di azioni esecutive e cautelari già durante le trattative stragiudiziali;
- o) l'obbligo per i creditori di non fare uso delle informazioni comunicate dall'imprenditore in crisi per procedere ad iniziative giudiziali individuali;
- p) l'obbligo di riservatezza da parte dei creditori relativo ad ogni informazione ricevuta e riguardante la situazione economico – finanziaria dell'impresa.

VII) *Clausole che prevedono l'erogazione di nuova finanza.*

Normalmente l'erogazione di nuova finanza è un'operazione dalla quale non si può prescindere nel tentativo di ristrutturazione di un'impresa in crisi, soprattutto quanto questo è finalizzato al salvataggio della stessa, nella prospettiva di continuare l'attività. Nel corso della negoziazione verranno discusse le modalità per garantire la restituzione del finanziamento erogato, per cui possono essere previste:

- q) le modalità e i tempi di rimborso della nuova finanza;
- r) nuove garanzie per il finanziatore, quali ad esempio la richiesta di pegno sulle azioni e/o sulle quote della società e/o di società del suo gruppo, sui brevetti, sui marchi, la concessione di nuove ipoteche sui beni immobili dell'impresa o di terzi, quali ad esempio i soci, *covenants*;
- s) nell'eventuale impegno dei soci di effettuare aumenti di capitale se l'impresa è strutturata in forma societaria;
- t) il divieto di costituire sui beni dell'impresa vincoli a favore di terzi che non siano i finanziatori o di compiere operazioni di dismissione;
- u) nell'eventuale costituzione di una società veicolo, c.d. *Newco* il cui capitale sociale è sottoscritto dai creditori in proporzione al loro credito vantato verso l'impresa.

3.4. *Pactum de non petendo, percentuale minima di adesione e superamento dello stato d'insolvenza.*

Tra le clausole che pongono degli obblighi di comportamento a carico dei creditori, merita particolare attenzione, rientrando nel contenuto di un accordo di ristrutturazione (182 bis. l.fall.) il c.d. *pactum de non petendo*⁹⁴.

La Suprema Corte lo ha definito come un accordo finalizzato alla dilazione dei termini di scadenza di un credito scaduto o anche da scadere evidenziando l'idoneità dello stesso ad incidere sullo stato d'insolvenza del debitore⁹⁵.

La caratteristica peculiare di questo accordo, consiste nel precludere al creditore l'esercizio giudiziale dei suoi diritti di credito, attraverso la modifica dell'originario rapporto obbligatorio⁹⁶. Il *pactum de non petendo* può essere concepito *in perpetuum*,

⁹⁴ Cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo procedimento concorsuale*, Padova 2009, p. 120; MAIMERI F., *Sistemazioni stragiudiziali delle crisi d'impresa e codice di comportamento bancario*, in, *Banca Borsa e titoli di credito*, 2000, 3, 417; Cfr. SANTARONI M., *L'intervento delle banche nelle imprese in crisi*, in, *Giust. Civ.* 2000, 2, 45.

⁹⁵ Cfr. Cass. 19 novembre 1992 n. 12383, in, *Fall.*, 1993, p. 510 e in *Dir. Fall.*, 1993, II, pag. 1084, con nota di Lembo; Cass. 28 ottobre 1992 n. 11722, in, *Fall.*, 1993, p. 352. in merito alla incidenza sullo stato di insolvenza del *pactum de non petendo* concluso con alcuni creditori cfr. PERRONE, *Insolvenza*, cit. pag. 661 e segg.

⁹⁶ SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sul pactum de non petendo alla luce di un riveduto concetto del patto nell'ordinamento attuale*, in, *Riv. Notariato*, 1986, I, pagg. 587 e segg.; Cfr. SARGENTI, *Pactum de non petendo e remissione del debito*, in, *Foro Pad.*, 1959, 299 e segg.; F. GALLO, *Sull'asserita sopravvivenza del pactum de non petendo nel diritto civile italiano*, in, *Foro It.*, 1960, IV, 129; RUSCELLO, *Pactum de non petendo e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, in, *Riv. Dir. Civ.*, 1976, II, pagg. 198 e segg.;

quando consiste nell'impegno definitivo di non chiedere la prestazione; oppure *ad tempus*, quando l'accordo stabilisce un termine prima del quale il creditore non deve chiedere al debitore l'adempimento della sua obbligazione.

La conclusione di un accordo di questo tipo paralizza il potere del creditore di ottenere eventualmente in via coattiva l'adempimento, senza peraltro comportare l'estinzione definitiva dell'obbligazione. Questo effetto particolare differenzia il *pactum de non petendo*, dalla remissione del debito (art. 1236 cod. civ.), al primo infatti non consegue, l'estinzione dell'obbligazione, effetto che è invece tipico della remissione.

Per quanto riguarda l'incidenza che il *pactum de non petendo*, può avere con riferimento al superamento dello stato d'insolvenza, parte della giurisprudenza⁹⁷ ha ritenuto che esso possa avere tale effetto solo qualora l'accordo intervenga tra l'imprenditore e tutti i suoi creditori, in quanto soltanto in tale ipotesi si inciderebbe direttamente sugli inadempimenti, "azzerando" lo stato di insolvenza del debitore, diversamente qualora l'accordo venisse concluso tra l'imprenditore e soltanto alcuni suoi creditori, il patto in questione non sarebbe idoneo a rimuovere lo stato d'insolvenza.

In senso contrario sembra invece preferibile ritenere che la circostanza che al patto abbiano o meno aderito tutti i creditori non sia idonea, di per sé sola, ad individuare la linea di confine tra il patto che incide sullo stato d'insolvenza e quello che, invece, non rileva sul medesimo⁹⁸. Il *pactum de non petendo* infatti, incide direttamente sull'inadempimento, escludendolo, e si riflette sull'insolvenza se e in quanto detta inadempienza sia determinante al fine configurare la sussistenza di uno stato d'insolvenza. Ne consegue che né il patto sottoscritto da tutti i creditori, né quello sottoscritto da alcuni soltanto di essi ha un'efficacia diretta sullo stato d'insolvenza, in quanto l'oggetto del patto, non è lo stato d'insolvenza, ma solo l'inadempimento di uno o più crediti, o eventualmente anche di tutti.

In entrambi i casi, dunque, l'incidenza del patto sullo stato d'insolvenza è soltanto "mediata", nel senso che il patto è in grado di escludere lo stato d'insolvenza solo se e nella misura in cui, l'insolvenza medesima può essere rimossa, modificando anche soltanto parte dei rapporti obbligatori riconducibili all'impresa.

Sotto tale profilo, dall'esame delle precedenti esperienze in tema di convenzioni bancarie di salvataggio⁹⁹, si evince che uno aspetti più problematici, riguarda proprio la determinazione convenzionale di una percentuale minima di adesioni, il cui raggiungimento è necessario per rendere efficace la convenzione nei confronti dei firmatari della stessa, se il numero di adesioni stabilito non venisse raggiunto, la convenzione non acquisterebbe efficacia. La determinazione convenzionale di una percentuale minima di adesioni è alquanto problematica, in quanto se essa fosse troppo elevata, si rischierebbe il non raggiungimento, se fosse troppo bassa, si rischierebbe di

⁹⁷ Trib. Napoli, 23 aprile 2002, in, *Giur. Merito*, 2003, 10, 1954.

⁹⁸ Cfr. RESTAINO L., *Ancora qualche considerazione sulla natura dell'attività esercitata dalla holding, e sulla rilevanza del pactum de non petendo*, nota a Trib. Napoli, 23/4/2002, in, *Giur merito*, 2003, 10, 1954.

⁹⁹ Cfr. SANTINI R., *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, in, *Giur. Comm.*, 1998, 4, 609.

non avere risorse sufficienti, per transigere i crediti di coloro che non hanno firmato la convenzione, per i quali viene previsto comunque il pagamento integrale.

Tali problemi sono stati oggi superati dal legislatore, con l'introduzione della disciplina riguardante gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis l. fall.), la quale è incentrata su due elementi "nevralgici", e cioè: 1) la necessità che l'accordo coinvolga almeno il 60% dei crediti¹⁰⁰; 2) l'idoneità dell'accordo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei all'intesa; presupposti, che nell'intenzione del legislatore, costituiscono il "fulcro" della disciplina di cui all'art. 182 bis l. fall., tant'è che la loro sussistenza, dovrà essere confermata sia dal professionista incaricato, che redigerà la relazione da allegarsi al ricorso, sia dal tribunale nell'ambito del giudizio di omologazione.

E' evidente dunque, che negli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis), la previsione di una soglia minima di adesioni, nell'intenzione del legislatore, assolve proprio alla funzione di rendere disponibili le risorse sufficienti per superare lo stato d'insolvenza, garantendo al contempo il regolare pagamento dei creditori non aderenti. Pertanto deve ritenersi che ricorrendo tutte le condizioni previste dal legislatore nell'articolo 182 bis, compresa, l'avvenuta omologazione dell'accordo, debba sicuramente ritenersi superato lo stato d'insolvenza dell'impresa.

3.5. L'eventuale suddivisione dei creditori in classi: differenze rispetto al concordato preventivo.

Come in tutti i casi di composizione stragiudiziale della crisi d'impresa, non è richiesto il rispetto del principio della *par condicio creditorum*, che invece nel concordato preventivo, può essere derogato soltanto attraverso la suddivisione dei creditori in classi, fermo restando il trattamento paritario nell'ambito di ciascuna classe.

L'elasticità della struttura dell'accordo di ristrutturazione consente senz'altro all'imprenditore proponente di prevedere la suddivisione dei creditori in classi ed un loro trattamento differenziato a seconda della classe di appartenenza

D'altro canto per i creditori, la previsione di un trattamento paritario nell'ambito della stessa classe, sicuramente costituirà un incentivo, anche psicologico per l'adesione all'accordo.

Questa possibilità, espressamente prevista in altri ordinamenti¹⁰¹ è stata introdotta con la riforma della legge fallimentare anche dal legislatore italiano con l'art. 124 comma 2

¹⁰⁰ Si ricorda che ai fini del computo della percentuale del 60% dei crediti, l'ultimo comma del nuovo art. 182 quater, inserito nella legge fallimentare dal D.L. 78/2010, ha previsto che i crediti derivanti da finanziamenti erogati banche e altri intermediari finanziari in funzione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 quater comma 2), nonché quelli derivanti da finanziamenti effettuati dai soci (art. 182 quater comma 3), e quelli spettanti al professionista incaricato di redigere la relazione sulla fattibilità dell'accordo (art. 182 quater comma 4), sono esclusi dal computo della percentuale del 60% dei crediti, richiesta dall'art. 182 bis primo comma, ai fini dell'omologazione dell'accordo, nonché dall'art. 182 bis comma 6, ai fini dell'istanza di sospensione depositata nel corso delle trattative stragiudiziali.

¹⁰¹ Chapter 11 Bankruptcy Code americano.

lett. b) per il concordato fallimentare e con l'art. 160 comma 1 lett. c) per il concordato preventivo.

Anche per l'accordo di ristrutturazione, data la ancor maggiore autonomia concessa alle parti, potranno prevedersi diverse categorie di creditori e trattamenti differenziati, a seconda della situazione concreta, ad esempio: i creditori assistiti da cause di prelazione, i chirografari, i fornitori, i lavoratori subordinati, i professionisti, i creditori di somme inferiori o superiori ad una certa soglia, lasciando all'autonomia privata ogni diversa e più opportuna classificazione in relazione alla concreta situazione da regolamentare.

Tuttavia, nell'ambito degli accordi di ristrutturazione non vi è la necessità di rispettare, criteri particolari nella formazione delle classi, neanche quelli della "posizione giuridica" e della "omogeneità degli interessi economici", previsti per i concordati giudiziali, ferma restando soltanto l'obbligo di procedere al regolare pagamento dei creditori estranei (art. 182 bis comma 1 l. fall.). Inoltre la stessa scelta di suddividere eventualmente i creditori in classi, può rispondere soltanto a ragioni di opportunità, da valutarsi caso e per caso, e non certo un obbligo com'è invece nel concordato preventivo, in quanto l'imprenditore proponente l'accordo potrebbe anche prevedere trattamenti differenziati tra creditori aventi la medesima posizione giuridica e interessi economici omogenei, ferma restando, anche in questo caso, la necessità di procedere al regolare pagamento dei creditori estranei all'intesa.

3.6.1. L'erogazione di nuova finanza.

Una delle difficoltà maggiori che emerge nella realizzazione di un tentativo di ristrutturazione dei debiti è quello di apportare all'impresa in difficoltà dei finanziamenti, necessari per consentirle di proseguire l'attività e di pagare i creditori¹⁰². Il manifestarsi della crisi comporta infatti anche la riduzione improvvisa della eventuale liquidità residua dell'impresa, dovuta alle richieste di pagamento anticipato da parte dei fornitori, o addirittura alla cessazione delle forniture che impedisce la prosecuzione dell'attività, fattori che concorrono rapidamente ad aggravare la situazione in maniera talvolta irreversibile. Per tale ragione, è stato efficacemente evidenziato che *"incoraggiare la ristrutturazione delle imprese in crisi significa rimuovere gli ostacoli che impediscono loro l'accesso ai finanziamenti"*¹⁰³, in quanto se un'impresa in crisi ha bisogno di finanziamenti che il mercato potrebbe soddisfare ma che non vengono concessi a causa di ostacoli normativi, accade che il fallimento colpisce imprese che

¹⁰² Cfr. R. BONSIGNORE, *Il Finanziamento all'impresa in crisi nella fase preparatoria della ristrutturazione del debito*, in *Il Fall.*, n. 1/2009 (Allegato), p. 37 e segg., Relazione al Convegno di Milano del 21 ottobre 2008.

¹⁰³ Così L. STANGHELLINI, *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Il Fall.*, n. 9/2008, p. 1075. E' stato inoltre evidenziato che il finanziamento alle imprese in crisi svolge una funzione vitale nell'economia, in quanto consente al mercato di svolgere correttamente la sua funzione di garanzia nel raggiungimento di livelli ottimali di qualità e di prezzi, di premiazione delle imprese migliori ed espulsione di quelle inefficienti, e perciò di promozione del benessere economico e sociale, Così A. VANZETTI – V. DI CATALDO, *Manuale di Diritto Industriale*, V ed. Milano, 2005, p. 528 e segg.

potrebbero essere recuperate. E' stata quindi segnalata la necessità che <<si consolidino interpretazioni più moderne e soprattutto più consapevoli delle conseguenze, talvolta drammatiche, che sono capaci di produrre sulla pratica, scoraggiata da incertezze e dubbi fondamentali>>¹⁰⁴.

Con il termine di “finanziamenti a fini ristrutturativi” la dottrina¹⁰⁵ indica i finanziamenti concessi dalle banche, e dagli altri intermediari finanziari ex artt. 106 e 107 t.u.b. nell’ambito delle c.d. soluzioni concordate della crisi d’impresa, tra le quali rientrano anche gli accordi di ristrutturazione dei debiti¹⁰⁶ ex art. 182 bis. l.fall.

I finanziamenti dunque si inseriscono nell’accordo come elemento di questo, il quale è sottoposto all’omologazione del Tribunale nel suo complesso¹⁰⁷.

Il mercato relativo a questi finanziamenti, viene suddiviso¹⁰⁸ in due settori distinti: quello dei finanziamenti diretti alla ristrutturazione stragiudiziale¹⁰⁹ che ha per lo più le caratteristiche di un mercato chiuso in cui le imprese hanno notevoli difficoltà nel reperire nuova finanza, e quello dei finanziamenti finalizzati alla ristrutturazione nell’ambito delle procedure concorsuali, che è addirittura quasi del tutto sconosciuto salve ipotesi particolari¹¹⁰.

Normalmente le banche preferiscono ricorrere alle linee di credito c.d. autoliquidanti, cioè: “fidi per operazioni di anticipazione sui crediti che presentano un rischio meno rilevante ove, all’atto della concessione delle singole anticipazioni si presti particolare attenzione alla bontà dei crediti ceduti”¹¹¹.

Un contributo importante al tema dei finanziamenti a fini ristrutturativi è rappresentato dalle recenti “Linee Guida sul Finanziamento alle Imprese in Crisi”¹¹², la cui finalità è quella di individuare, in maniera condivisa con tutti i soggetti potenzialmente interessati alla ristrutturazione delle imprese in crisi, dei comportamenti operativi definiti come “buone prassi” o “best practices”, volte ad incoraggiare l’erogazione della nuova

¹⁰⁴ Così L. STANGHELLINI, *Op. ult. Cit.* p. 1078.

¹⁰⁵ Cfr. A. VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in, *Giur. Comm.*, 2008, p. 478 e segg.

¹⁰⁶ Le altre due ipotesi sono rappresentate dai piani di risanamento attestati e dal concordato preventivo.

¹⁰⁷ Cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, p. 64 e segg.

¹⁰⁸ Così L. STANGHELLINI, *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d’impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in, *Il Fall.*, n. 9/2008, p. 1075.

¹⁰⁹ E’ il caso ad esempio del finanziamento di Tiscali ad opera di un *hedge fund* americano effettuato nell’agosto del 2005 e diretto a consentire alla società il rimborso di un *bond* in scadenza. Nel caso di specie si trattava però di un caso di crisi non grave e relativa ad una società quotata, in quanto tale soggetta ad un elevato grado di trasparenza.

¹¹⁰ Ad esempio la Parmalat nel marzo 2004 ottenne un finanziamento da parte delle banche, che però rimase inutilizzato perché la società aveva flussi di cassa positivi. Altro caso è quello di Fioroni Ingegneria S.p.a., in amministrazione straordinaria, che nel 2000 ottenne finanziamenti diretti a consentirle di proseguire l’esercizio dell’impresa partecipando ad appalti per la costruzione di infrastrutture in Italia e all’estero.

¹¹¹ Così L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit. p. 318.

¹¹² *Linee Guida per il Finanziamento alle Imprese in Crisi, del 2010*, elaborate nell’ambito di un progetto che ha visto la collaborazione dell’Università di Firenze, del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili e dell’Assonime. Il documento è disponibile agli indirizzi: www.unifi.it/nuovodirittofallimentare; oppure www.cndcec.it, o anche www.assonime.it.

finanza¹¹³, attraverso l'eliminazione delle incertezze derivanti dalla interpretazione del dato normativo.

In Italia infatti, pur nella consapevolezza che la disponibilità di nuova finanza consente di aumentare le possibilità di successo della ristrutturazione, per la possibilità di disporre di maggiori risorse, il finanziamento delle imprese in crisi incontra grandi difficoltà dovute alla incertezza del quadro normativo¹¹⁴.

Le "Linee Guida" esprimono correttamente l'esigenza di costruire modelli virtuosi di comportamento¹¹⁵ che valorizzando lo strumento dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis, lo distinguono nettamente rispetto ai precedenti concordati stragiudiziali, sotto il profilo dell'idoneità del primo a salvaguardare i partecipanti all'accordo da eventuali forme di responsabilità civili e/o penali¹¹⁶.

Al verificarsi di una situazione di crisi, ci si ritrova dunque di fronte ad esigenze diverse, l'impresa in difficoltà necessiterà quasi certamente di finanziamenti, al contempo le banche vorranno essere adeguatamente garantite in ordine alla capacità di rimborso del finanziamento erogato, nello stesso tempo eventuali nuovi finanziamenti erogati per favorire l'operazione di ristrutturazione non devono ledere gli interessi degli altri creditori, fattori determinanti saranno altresì la tempestività dell'operazione di

¹¹³ Le "Linee Guida per il Finanziamento alle Imprese in Crisi" affrontano anche il problema del c.d. "Finanziamento Ponte" - "Bridge Loan", o finanziamento interinale, per il periodo necessario alla realizzazione dell'operazione di ristrutturazione fino al momento dell'omologa dell'accordo. Problema molto avvertito dalla prassi, in quanto questo finanziamento si rende necessario per consentire all'impresa in ristrutturazione una continuità aziendale. In linea generale nella prospettiva delle "Linee Guida" il finanziamento ponte dovrebbe rispondere alle seguenti caratteristiche: 1) dovrebbe essere giustificato dall'esigenza di garantire la continuità aziendale o di evitare danni (ad esempio consentire il pagamento dei dipendenti e dei fornitori dell'impresa, delle imposte e dei contributi previdenziali); 2) dovrebbe coprire il solo periodo necessario al perfezionamento di uno degli strumenti di risanamento previsti dalla legge (piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo); 3) dovrebbe essere effettuato, tendenzialmente mediante la concessione (o il mantenimento) di linee di credito autoliquidanti se erogato da banche o altri intermediari; 4) non dovrebbe comportare il rilascio di garanzie da parte dell'impresa; 5) dovrebbe essere subordinato ad una valutazione di stretta funzionalità ad un piano che sia in corso di avanzata elaborazione e all'esistenza di un serio pericolo di pregiudizio che deriverebbe dal ritardo nell'erogazione del finanziamento. Della sussistenza di questi requisiti dovrebbero dare conto o il professionista che assiste abitualmente l'impresa o il consulente incaricato della redazione del piano, i quali dovrebbero assicurare i finanziatori del fatto che è in corso un processo di ristrutturazione e che lo stesso viene portato avanti in buona fede con mezzi idonei al superamento della crisi.

¹¹⁴ Per un esame di alcuni casi di finanziamento di imprese in crisi, soprattutto nell'ambito dei piani di risanamento attestati ex art. 67 comma 3 lett. d) Cfr. A. AZZARA', *Casi recenti di finanziamento alle imprese in crisi*, in, *Il Fall.*, n.1/2009 (Allegato), p. 41 e segg.; L. SALVATO, *Il difficile bilanciamento delle esigenze di tutela dei creditori e del mercato nella disciplina dei finanziamenti alle imprese*, in, *Il Fall.*, n. 1/2009, (Allegato)p. 87 e segg.

¹¹⁵ Nelle stesse viene evidenziato la circostanza che nell'ambito del diritto dell'economia, l'incertezza comporta un costo inaccettabile, mentre l'astensione dai tentativi di salvare la propria impresa è oggetto di una libertà costituzionale (art. 41 Cost.) ed è giustificata solo in presenza di un'elevata probabilità dell'illiceità, per cui l'incertezza va combattuta e l'imprenditore dev'essere aiutato e non scoraggiato dall'ordinamento.

¹¹⁶ In passato l'Associazione Bancaria Italiana, aveva promosso la redazione del "Codice di Comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi d'impresa", del giugno 2000, di contenuto prevalentemente procedimentale, disponibile all'indirizzo: https://www.abi.it/manager?action=show_document&PortalId=1&documentId=372.

ristrutturazione e l'eliminazione del rischio di incorrere nell'applicazione di sanzioni civili o penali nell'ipotesi di un successivo fallimento della società.

Secondo l'interpretazione dottrinale maggioritaria¹¹⁷, nell'ipotesi di erogazione di nuova finanza nell'ambito di soluzioni concordate della crisi d'impresa, ove i finanziamenti siano restituiti prima di un successivo fallimento, tale restituzione non è revocabile.

Nell'ipotesi in cui la nuova finanza sia stata erogata a fronte della concessione di garanzie, queste ultime non sono revocabili in caso di successivo fallimento.

E' stato pertanto evidenziato che la possibilità di ottenere finanziamenti per realizzare un'operazione di ristrutturazione, consentirebbe realmente di superare la vecchia concezione del diritto fallimentare favorendo la creazione di un mercato in cui le imprese la cui esistenza non ha più ragion d'essere vengono liquidate in tempi brevi, mentre quelle che possono essere ristrutturate possono farlo senza incontrare ostacoli legislativi nella realizzazione di progetto già di per sé complesso¹¹⁸.

Recentemente il finanziamento di un'operazione di ristrutturazione ex art. 182 bis, a cui era collegata una transazione fiscale¹¹⁹, è stato realizzato da parte di una società facente capo al medesimo amministratore unico della società che proponeva l'accordo di ristrutturazione, nello stesso accordo veniva previsto, in via subordinata, il finanziamento da parte dell'unico socio ed amministratore unico per l'ipotesi di soccombenza nell'ambito di un giudizio relativo all'unica posizione debitoria estranea all'accordo proposto.

3.6.2. Il problema del finanziamento “ponte” o “interinale”.

Nell'ambito della procedura di *Reorganization*, disciplinata dal *Chapter 11*, della legge fallimentare statunitense, il finanziamento immediato del debitore è assicurato dai c.d. <<*first day orders*>>, cioè da primi provvedimenti del giudice resi nella fase di avvio della procedura, finalizzati ad assicurare al debitore quel minimo di liquidità iniziale che gli consenta di arrivare alle prime udienze, dove, nel contraddittorio con i creditori si decide in merito alla vera e propria finanza interinale che servirà per i quattro – sei mesi successivi, durante i quali il debitore preparerà, e sottoporrà ai creditori il piano di ristrutturazione dei debiti.

Negli Stati Uniti quello della finanza interinale è un settore specialistico dell'industria finanziaria ove operano i c.d. *D.I.P. lenders*, cioè i finanziatori dei *Debtor In Possession*, così vengono chiamati i debitori nell'ambito del *Chapter 11*, in quanto questi non subiscono lo spossessamento.

¹¹⁷Cfr. BONFATTI, in, AA.VV. *La disciplina dell'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare e nei “fallimenti immobiliari”*, Milano, 2005, p. 139 e segg.

¹¹⁸ Cfr. STANGHELLINI, *Op. ult. Cit.*, p. 1077.

¹¹⁹ Cfr. G. GENTILI, *Il Tribunale di Ancona ha omologato il primo accordo di ristrutturazione dei debiti con transazione fiscale stipulato in Italia*, nota a Trib. Ancona, 12 novembre 2008, in, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1494.htm>

Nel nostro ordinamento invece, quello del finanziamento “interinale” o finanziamento “ponte”, erogato per il periodo necessario al completamento della fase stragiudiziale di formazione dell’accordo di ristrutturazione, fino alla sua omologazione, è un profilo che è stato disciplinato soltanto di recente con l’inserimento ad opera dell’art. 48 del D.L. 31/05/2010 n. 78, nel tessuto della legge fallimentare dell’art. 182 *quater* che introdotto delle disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Si tratta di un problema di grande rilevanza, in quanto la finanza interinale può essere talvolta determinate per consentire all’impresa che intenda ristrutturare il proprio passivo, una continuità aziendale, che consenta di generare dei flussi di cassa.

Certamente il problema del finanziamento ponte, sarebbe meno accentuato laddove, l’impresa facesse emergere tempestivamente la crisi, sotto tale profilo è stata evidenziata¹²⁰ l’opportunità di introdurre degli strumenti di allerta volti a favorire l’esteriorizzazione della crisi d’impresa, sia nell’interesse dell’imprenditore che del ceto creditorio, al fine di evitare che un’emersione tardiva della stessa, renda inevitabile, l’apertura della procedura fallimentare.

La tendenza a ritardare il più possibile l’emersione della crisi è certamente frutto anche di un retaggio culturale, legato ad una concezione punitiva del fallimento e alla sfiducia nello strumento del concordato preventivo, anche in considerazione del forte legame che lo stesso ancora oggi presenta con il fallimento per il fenomeno della possibile consecuzione delle procedure.

Il finanziamento “ponte”, in quanto erogato nella fase stragiudiziale di formazione dell’accordo di ristrutturazione, e in previsione dell’omologazione di questo, riceve una tutela più affievolita, rispetto ad eventuale nuova finanza erogata invece in attuazione di accordo di ristrutturazione già omologato, e in attuazione degli impegni cristallizzati nello stesso, nel primo caso infatti, la prededucibilità della nuova finanza erogata in funzione della presentazione della domanda di omologazione dell’accordo è comunque subordinata all’esito positivo di questa, inoltre i finanziamenti devono essere espressamente previsti dall’accordo di ristrutturazione e la prededucazione dev’essere espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale omologa l’accordo (art. 182 *quater*, 2° comma).

Affinché l’erogazione del finanziamento ponte possa avvenire, senza determinare responsabilità della banca finanziatrice per abusiva concessione di credito, è necessario che lo stesso sia giustificato dall’esigenza di garantire la continuità aziendale.

Esso inoltre, dovrebbe riguardare soltanto il periodo strettamente necessario al perfezionamento dell’accordo di ristrutturazione con l’omologazione del tribunale¹²¹ ed essere strettamente funzionale all’attuazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

¹²⁰ Così, G. FAUCEGLIA, *L’anticipazione della crisi d’impresa: profili di diritto comparato e prospettive future* – Atti del Convegno di Milano del 21.10.2008, in, *Il Fall.* n.1/2009, (Allegato), p. 14 e segg.

¹²¹ Cfr. *Linee Guida per il Finanziamento delle Imprese in crisi*, prima ed. 2010, pag. 10.

3.6.3. Il problema delle garanzie.

Il rischio derivante dal finanziamento di un imprenditore in crisi, può essere parzialmente neutralizzato con la concessione di garanzie sul patrimonio della società, nonché sul patrimonio personale dei singoli soci, è frequente ad esempio anche il pegno sui pacchetti azionari dei singoli soci, che anche quando sono incapienti, e naturalmente lo saranno, in una situazione economica che giustifica una ristrutturazione, danno ai creditori comunque un segnale dell'impegno dei soci nel portare a compimento la ristrutturazione¹²².

Tuttavia chi eroga un finanziamento ad una impresa, non lo fa certo nella prospettiva di recuperare il proprio credito attraverso un'azione esecutiva, ma piuttosto allo scopo di ottenere regolarmente, alle scadenze pattuite, il rimborso del finanziamento maggiorato degli interessi, per tale ragione, un eventuale terzo, non mosso dall'esigenza di salvare crediti già maturati, potrebbe accettare di finanziare l'impresa in difficoltà solo nell'ipotesi in cui, oltre alla presenza di una garanzia che assicuri in maniera adeguata il credito, via sia la prospettiva certa di un flusso di cassa (*cash flow*) idoneo a consentire il rimborso del prestito.

Per quanto riguarda il profilo relativo al tema delle garanzie concesse a fronte dell'apporto di "nuova finanza", gli strumenti con cui la legge potrebbe incoraggiare il finanziamento delle imprese in crisi sono diversi; quello sicuramente più stabile e sicuro, quand'è realizzabile, è sicuramente il tradizionale credito fondiario di cui agli artt. 38 e segg. D.Lgs 385/1993, in considerazione non soltanto dell'ipoteca di primo grado sull'immobile, ma anche degli altri privilegi processuali, espressamente previsti, quali l'esenzione dell'obbligo di notificazione del titolo esecutivo, la possibilità di proseguire l'azione esecutiva sui beni ipotecati anche dopo la dichiarazione di fallimento (cfr. art 41 T.U.B.), nonché l'esenzione dall'azione revocatoria delle ipoteche concesse a garanzia di tali finanziamenti che siano state iscritte almeno dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza che dichiara il fallimento (c.d. consolidamento abbreviato) (art. 39 co. 4 T.U.B.).

L'esenzione da revocatoria è tra l'altro espressamente prevista anche dall'art. 67 ult. comma l. fall.; e ancora la possibilità per il creditore di ottenere l'assegnazione diretta del saldo prezzo, senza attendere il progetto di distribuzione (art. 41 co. 4).

Il principale vantaggio attribuito alle banche, dalla disciplina degli accordi di ristrutturazione è oggi quello non solo della non revocabilità dell'erogazione della nuova finanza in seguito ad un eventuale, successivo fallimento art. 67 comma 3 lett. e), ma anche quello della prededucibilità di questi finanziamenti (art. 182 quater).

E' stato evidenziato¹²³ tuttavia, il rischio che le banche siano mosse ad aderire all'accordo di ristrutturazione al solo fine di sostituire vecchi finanziamenti "non

¹²² Cfr. BELCREDI, *Le ristrutturazioni stragiudiziali delle aziende in crisi in Italia nei primi anni '90*, cit. p. 292 e segg.

¹²³ A. VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in, *Giur. Comm.*, 2008, p. 484.

garantiti” con nuova finanza “garantita” attraverso lo strumento del consolidamento del debito.

Secondo una prospettiva realistica sotto il profilo economico, un eventuale ulteriore prestito da parte di un creditore dell’impresa può avere per questo un senso, proprio al fine di ottenere, attraverso l’apporto di nuova finanza, un rafforzamento della propria pretesa creditoria, ponendola in posizione privilegiata rispetto agli altri creditori nell’ipotesi di un successivo fallimento, mediante la costituzione di specifiche garanzie o il riconoscimento di prededuzioni. Tuttavia sarebbe opportuno che le garanzie prestate dal debitore in esecuzione dell’accordo di ristrutturazione non coprissero la vecchia finanza erogata, ma solo quella nuova¹²⁴.

Nel caso in cui venisse erogata nuova finanza, la prestazione di garanzie per i debiti preesistenti, dovrebbe essere possibile nei limiti in cui questi vengano riscadenziati a lungo termine e comunque per un periodo successivo all’ambito temporale di esecuzione dell’accordo, o nell’ipotesi in cui venga pattuita la decadenza della garanzia in caso di concordato preventivo o fallimento aperti prima dell’omologazione dell’accordo.

La prestazione di garanzie per debiti preesistenti¹²⁵, pur non essendo un atto espressamente vietato dall’ordinamento, dovrebbe sicuramente considerarsi con sfavore, in quelle ipotesi in cui, a fronte della concessione della garanzia, non vi sia poi una reale erogazione di nuovi finanziamenti, in quanto, così facendo il consolidamento del debito, assolverebbe soltanto al tentativo di avvantaggiare, nell’ambito dell’accordo di ristrutturazione, i creditori aderenti che ricevono la garanzia, in danno degli altri.

Potrebbe anche accadere, essendo gli accordi di ristrutturazione conoscibili soltanto attraverso la pubblicazione nel registro delle imprese, che i creditori estranei non vengano a sapere che l’impresa in crisi ha raggiunto un accordo con alcuni dei suoi creditori e che i beni della stessa sono stati concessi in garanzia per il pagamento di debiti preesistenti, per cui i creditori estranei e non garantiti, farebbero affidamento su una società che appare solida, ma che in realtà ha ipotecato o ha dato in pegno i propri beni, per debiti preesistenti, soltanto in favore di alcuni creditori.

3.6.4. L’utilizzabilità dei *convenants* per garantire la nuova finanza erogata nell’ambito dell’accordo di ristrutturazione.

Una forma di garanzia che potrebbe rilevarsi particolarmente idonea a garantire il rimborso dei finanziamenti erogati nell’ambito di un’operazione di risanamento attuata mediante lo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti (182 bis) è costituita

¹²⁴Cfr. *Linee Guida sul Finanziamento alle Imprese in Crisi del 2010*, Best. Pratiche n. 9, p. 20 elaborate nell’ambito di un progetto che ha visto la collaborazione dell’Università di Firenze, del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili e dell’Assonime. Il documento è disponibile agli indirizzi: www.unifi.it/nuovodirittofallimentare; oppure www.cndcec.it, o anche www.assonime.it.

¹²⁵ Cfr. G. LA CROCE, *Finanziamenti ponte e garanzie per debiti prescritti*, in, *Il Fall.* n. 1/2009, (Allegato) p. 47 e segg.

dai c.d. *covenants finanziari*¹²⁶. La ragione deve rinvenirsi nella caratteristica di questa garanzia che prevede un ricca tipologia di clausole contrattuali attraverso le quali si garantisce l'adempimento delle obbligazioni da parte dell'obbligato, nei confronti del finanziatore, ponendo a carico del primo un complesso di obblighi di comportamento, attraverso i quali viene in qualche modo modellata la gestione dell'impresa.

Nell'ipotesi di violazione di tali impegni da parte del debitore, il finanziatore ha a disposizione vari strumenti di autotutela, prevedendo il regolamento contrattuale anche la clausola risolutiva espressa e la decadenza dal beneficio del termine, il cui avveramento fa sorgere l'obbligo di restituire le somme dovute.

Caratteristica di questa garanzia atipica è dunque quella di instaurare un controllo molto stringente del finanziatore, sulla gestione dell'impresa finanziata, riconoscendo allo stesso la facoltà di rinegoziare o addirittura revocare il credito allorquando si verificano determinate circostanze, contemplate dalle clausole *convenants*, quali ad esempio il mancato raggiungimento dei risultati economici previsti, da parte dell'imprenditore, oppure il compimento di iniziative potenzialmente lesive degli interessi del finanziatore o comunque idonee ad alterare l'affidabilità e la capacità creditizia dell'impresa finanziata.

Essendo le fonti di rimborso collegate alla gestione aziendale, quest'ultima deve generare flussi di cassa idonei a garantire il rimborso delle somme finanziate.

In questa prospettiva le clausole *convenants* sono finalizzate a tutelare l'interesse del finanziatore ad una gestione corretta dell'impresa debitrice, vincolandola al mantenimento della solvibilità e a non compiere operazioni che possano pregiudicarla. L'imprenditore in questo modo assume su di sé obbligazioni di fare (*affirmative covenants*) e obbligazioni di non fare (*negative covenants*). In tal modo queste clausole possono attribuire al finanziatore un diritto di informazione sulla gestione dell'impresa debitrice ed un potere di influenza sulla medesima.

Dunque nell'ambito nell'accordo di ristrutturazione (art. 182 bis l. fall.), attraverso l'inserimento di clausole *covenants*, potranno introdursi una serie di vincoli, come ad esempio l'impegno a mantenere per tutta la durata del finanziamento un importo di capitale netto contabile non inferiore ad un minimo stabilito; l'impegno a mantenere l'indebitamento totale e l'indicatore di "liquidità corrente" entro determinati parametri; l'impegno a mantenere il livello del capitale circolante netto, al di sopra di una determinata soglia; l'impegno a mantenere gli oneri finanziari entro una determinata percentuale di fatturato.

Sotto altro profilo le clausole *convenants* potranno poi prevedere l'impegno al pagamento regolare di interessi e quote capitale sulla nuova finanza erogata e su eventuali prestiti; l'impegno al pagamento regolare di ogni onere tributario; l'impegno al mantenimento di assicurazioni dei beni aziendali; l'impegno a fornire preventive comunicazioni in caso di operazioni straordinarie (fusioni, ecc.).

¹²⁶ Cfr. G. PIEPOLI, *Profili civilistici dei covenants*, in, *Banca Borsa e titoli di credito*, n. 5/2009, pag. 488 e segg.; BANCA MEDIOCREDITO, *I covenants di bilancio nei finanziamenti a medio e lungo termine*, Roma, 2003; WOOD, *Law and Practice of International Finance*, London, 1980, 145.

Assumono poi grande rilevanza le c.d. clausole di *cross default*, attraverso le quali si instaura un collegamento tra gli impegni assunti con il contratto di finanziamento e quelli derivanti da altri contratti di credito, con la conseguenza che un eventuale inadempimento, verificatosi in un rapporto diverso può ugualmente determinare la risoluzione del rapporto principale. La funzione delle clausole di *cross default* è infatti quella di garantire al finanziatore una pronta capacità di reazione allorché il debitore si renda inadempiente in un altro rapporto. Una variante della clausola di *cross default*, considera rilevanti ai fini della risoluzione del contratto di finanziamento anche inadempimenti riconducibili ad altre società del medesimo gruppo a cui appartiene il soggetto finanziato. Ciò si rivela particolarmente utile negli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis.) che coinvolgono più società appartenenti allo stesso gruppo.

Nell'ambito dei *covenants* assume particolare importanza il principio di proporzionalità, nel senso che tale garanzia, dev'essere comunque "idonea" ovvero "sufficiente" (art. 1179 cod. civ) in relazione al rischio che incombe sul creditore. Quest'ultimo può ottenere costanti informazioni sulla situazione patrimoniale e finanziaria del debitore, può controllare e rendere effettiva l'utilizzazione del credito; evitare che ad altri creditori vengano riconosciute posizioni di prelazione, con conseguente posposizione delle sue ragioni, impedire la dismissione di *assets* importanti del patrimonio dell'impresa finanziata, obbligare quest'ultimo ad osservare precisi vincoli di bilancio. Si stabilisce così un'influenza del finanziatore sulla gestione dell'impresa, ponendo però così importanti limiti alla libertà d'iniziativa economica e al potere di disposizione dell'imprenditore.

Per tali ragioni la validità di queste clausole è subordinata ad un giudizio positivo in ordine alla permanenza della autonomia imprenditoriale ed economica del debitore, giudizio di legittimità, che potrà essere compiutamente effettuato dal tribunale in sede di omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

3.6.5. La prededucibilità della nuova finanza: premessa.

Dal punto vista economico dunque per il creditore l'incentivo maggiore per la concessione di nuova finanza è rappresentato dalla possibilità di rafforzare la proprie pretese creditorie, ponendole in posizione privilegiata rispetto agli altri creditori nell'ipotesi di un successivo fallimento, mediante la costituzione di garanzie o attraverso il riconoscimento di prededuzioni¹²⁷.

Questo profilo è stato valorizzato anche in altri ordinamenti, ad esempio negli Stati Uniti, la forma di composizione negoziale della crisi che le società sembrano preferire è

¹²⁷ A. VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in, *Giur. Comm.*, 2008, p. 489, il quale segnala che: <<la concessione di nuova finanza da parte di pochi creditori garantiti potrebbe in teoria disincentivare l'erogazione del credito da parte di altri finanziatori non garantiti, così determinando, in caso di conclusione dell'accordo, un maggiore asservimento della società debitrice alle istanze di poche banche finanziatrici, favorendo di conseguenza il passaggio della gestione della crisi nelle mani esclusive dei finanziatori garantiti

quella della *prepackaged bankruptcy*¹²⁸, procedura che presenta qualche analogia con gli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 bis. l.fall.: il consenso viene raggiunto normalmente nell'ambito di trattative stragiudiziali, limitandosi il tribunale ad omologare il piano già approvato dalla maggioranza dei creditori. Tale procedura risulta caratterizzata da una protezione più incisiva alla nuova finanza erogata, mediante il riconoscimento di forme di prededuzione anziché di esonero dalla revocatoria.

Anche il legislatore francese, recentemente ha optato per la prededucibilità della nuova finanza concessa dalle banche all'impresa in crisi durante la *procédure de conciliation*¹²⁹, che presenta caratteristiche comuni con l'istituto regolato dall'art. 182 bis l. fall..

Sotto tale profilo era già stata evidenziata¹³⁰ l'opportunità di modificare la prospettiva scelta dalla maggior parte dei primi commentatori della legge fallimentare, favorendo invece linee interpretative volte a riconoscere la prededucibilità alla nuova finanza concessa dalle banche in caso di accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis. L. fall. e a leggere in senso meno permissivo la disciplina della esenzione da revocatoria con particolare riferimento alle garanzie.

Prima dell'introduzione nella legge fallimentare dell'art 182-quater, rubricato (Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti) ad opera dell'art. 48 del D.L. 31/5/2010, era controverso¹³¹ se la nuova finanza erogata nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, ed in particolare quella non garantita potesse considerarsi prededucibile secondo quanto disposto dall'art. 111 comma 2 l.fall. ai sensi del quale sono considerati prededucibili i crediti sorti in occasione o in funzione della procedure concorsuali di cui alla presente legge.

La norma già prima della riforma veniva considerata applicabile in via interpretativa anche al concordato preventivo¹³².

Un primo argomento utilizzato dalla dottrina per escludere la prededucibilità della nuova finanza nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, faceva leva principalmente su due argomenti: a) la natura autonoma dell'istituto degli accordi ristrutturazione

¹²⁸ Sull'argomento Cfr. McCONNEL-SERVAES, *The economics of prepackaged bankruptcy*, 4, *J. Appl. Corp. fin.*, 1991, 93; McCONNELL-LEASE-TASHJIAN, *Prepacks as a mechanism for resolving financial distress: the evidence* 8, *J. appl. Corp. fin.*, 99, (1996) ; TASHIAN – LEASE – McCONNELL, *An empirical analysis of prepackaged bankruptcies*, 40, *J. finn. Ec.* 135 (1996). GAUGHAN, *Mergers, acquisitions and corporate restructuring*, IV ed. , New York, 2007, p. 462.

¹²⁹ La procedura è finalizzata a consentire all'impresa in crisi a ai suoi creditori di raggiungere un accordo su base contrattuale e in maniera riservata, diretto a consentire il superamento delle difficoltà finanziarie dell'impresa. Essa ha inizio con la richiesta da parte del debitore al tribunale di nomina di un conciliatore; durante la procedura gli amministratori della società restano in carica e il conciliatore ha solo il potere di porre in essere le iniziative più opportune per facilitare la conclusione dell'accordo. Una volta raggiunto l'accordo il Tribunale procede ad omologarlo, verificando preliminarmente che gli interessi dei creditori che non sono parte dell'accordo siano adeguatamente salvaguardati.

¹³⁰ Cfr. A. VICARI, *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in, *Giur. Comm.*, 2008, p. 488.

¹³¹ Cfr. G. TARZIA, *Quale tutela per gli accordi con il finanziatore nella ristrutturazione dei debiti?*, in, *Il Fall.*, n. 1/2009 (Allegato), p. 51 e segg.

¹³² Cfr. Cass. 12 marzo 1999 n. 2192, in, *Foro It.*, 1999, I, c. 2948 e in *Fall.*, 2000, 370 e segg.; Cass. 5 agosto 1996 n. 7140.

rispetto al concordato preventivo; b) la mancanza di un controllo giudiziale sull'esecuzione dell'accordo, successivamente all'omologazione.

Secondo un'altra corrente di pensiero, doveva invece riconoscersi la prededucibilità di questi crediti, in quanto la natura autonoma degli accordi di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo, non poteva considerarsi comunque di ostacolo al riconoscimento della prededucibilità nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, dovendo questi comunque considerarsi alla stregua di una procedura concorsuale, seppur autonoma e con caratteristiche proprie. Sotto questo profilo, veniva evidenziato che pur avendo l'accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall., una genesi prevalentemente privatistica, la produzione degli effetti giuridici propri della fattispecie è subordinata comunque al completamento del procedimento descritto dall'art. 182 bis, tendente tra l'altro ad impedire singole iniziative esecutive o cautelari da parte dei creditori e al contempo diretta a soddisfare le pretese degli stessi secondo criteri di concorsualità, anche se definiti, in parte, su base negoziale¹³³.

Veniva inoltre evidenziata la necessità di riconoscere la prededucibilità “solo ed esclusivamente a quella nuova finanza espressamente contemplata dall'accordo, nella misura ivi prevista e sulla quale fosse intervenuto il vaglio del tribunale in sede di omologazione”¹³⁴.

Quest'ultima corrente di pensiero dunque, muovendo dal presupposto che gli accordi di ristrutturazione, pur avendo una genesi privatistica, si configurano come procedimento concorsuale autonomo e con caratteristiche proprie¹³⁵, riconosceva la prededucibilità ai sensi dell'articolo 111 ultimo comma l. fall, che definisce crediti prededucibili anche quelli sorti “in occasione e in funzione” delle procedure concorsuali”.

3.6.6. Segue: il nuovo art. 182 quater l. fall.

Il legislatore tra gli interventi volti a sostenere e rilanciare la competitività delle imprese, ha ricompreso anche quelli in materia di procedure concorsuali di cui all'art. 48 del D.L. 31 maggio 2010 n. 78, convertito in legge con modificazioni con la L. n. 122 del 30 luglio 2010, intervenendo sugli istituti del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

¹³³ Si esprimono in favore del riconoscimento della prededucibilità della nuova finanza erogata nell'ambito degli accordi di ristrutturazione: E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, p. 85; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare, La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2007, p. 255; A. VICARI, *Op. ult. Cit.*, , p. 493; P. VALENSISE, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, commento sub. Art. 182 bis.*, in, AA.VV. , *La Riforma della Legge Fallimentare, Tomo II, Artt. 104 – 215*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Torino, 2006, p. 1107.

¹³⁴ P. VALENSISE, *Op. ult. Cit.*, p. 1107.

¹³⁵ In questo senso, cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, p. 170 e segg.; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2007, p. 255.

In particolare il comma 1 dell'art. 48 del D.L. 78/2010 ha inserito nel tessuto della legge fallimentare l'articolo 182 *quater*, rubricato <<Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti>>.

La nuova disposizione individua una serie di categorie di crediti, i quali potranno beneficiare del regime della prededucibilità di cui all'art. 111 della legge fallimentare, nell'ambito del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti e precisamente:

- 1) i crediti derivanti da finanziamenti, in qualsiasi forma effettuati, da banche o da altri intermediari finanziari, *in esecuzione* di un concordato preventivo (art. 160 l. fall.) o di un accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis l. fall.) *omologato* (art. 182 *quater* comma I)
- 2) i crediti derivanti da finanziamenti effettuati, da banche o da altri intermediari finanziari, *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'art. 160 l. fall., o dall'accordo di ristrutturazione dei debiti e purchè il concordato preventivo o l'accordo siano *omologati* (art. 182 *quater* comma II);
- 3) i crediti derivanti dai finanziamenti effettuati dai soci, in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione omologato, fino alla concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare (art. 182 *quater* comma III);
- 4) i crediti relativi ai compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui all'art. 161, terzo comma e 182 *bis*, primo comma, purchè ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato (art. 182 *quater*, comma IV).

Per quanto riguarda le prime due categorie di crediti, affinché gli stessi, possano considerarsi prededucibili è necessaria la sussistenza di alcune condizioni:

Il primo presupposto, comune ad entrambe le categorie di crediti, riguarda, il soggetto finanziatore, il quale dev'essere necessariamente iscritto negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del D.lgs. 385 del 1993, e pertanto essere in possesso dei requisiti necessari per poter svolgere nei confronti del pubblico l'attività di assunzione di partecipazioni, di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, di prestazione di servizi di pagamento e di intermediazione in cambi.

Il secondo presupposto, riguarda la circostanza che il finanziamento sia stato erogato *in esecuzione* dell'accordo di ristrutturazione omologato o del concordato preventivo, ovvero per le ipotesi di cui al secondo comma, sia stato erogato *in funzione* della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione. In questo caso è altresì necessario che il finanziamento sia stato previsto nel piano concordatario o nell'accordo di ristrutturazione.

Mentre nell'ipotesi prevista dal comma 1 dell'art. 182 *quater* il finanziamento viene erogato in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione o del concordato e dunque in una

fase successiva all'omologazione, nell'ipotesi di cui al comma 2 il finanziamento viene erogato prima della presentazione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione o del concordato e in funzione di questa.

La terza categoria di crediti si differenzia dalle prime due, innanzitutto per quanto riguarda il soggetto finanziatore, che viene individuato nei soci, inoltre la norma rinvia soltanto al primo comma dell'art. 182 *quater* per cui evidentemente, questi crediti saranno prededucibili solo se effettuati in esecuzione di un accordo di ristrutturazione o di un concordato preventivo omologati. Tale norma introduce inoltre una deroga espressa al disposto dell'art. 2467 cod. civ. ai sensi del quale il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e se avvenuto nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento, deve essere restituito. Sotto tale profilo si intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento, rispetto al patrimonio netto, oppure in una situazione finanziaria della società in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento. Tale ultima norma trova applicazione in virtù del rinvio operato dall'art. 2497 *quinquies*, anche ai finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita l'attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti.

Probabilmente l'introduzione del limite alla prededucibilità, nella misura dell'ottanta per cento dei finanziamenti erogati dei soci, ed il rinvio soltanto al primo comma dell'art. 182 *quater*, con riguardo cioè ai finanziamenti posti in essere in esecuzione dell'accordo, con esclusione dunque di quelli che intervengono prima dell'omologazione, si spiega proprio con la circostanza che si tratta di una regola eccezionale, che deroga al principio della postergazione di questi finanziamenti, introdotta dalla riforma del diritto societario, anche se tale trattamento appare ingiustificato, in quanto introduce una differenza eccessiva, rispetto all'ipotesi in cui i finanziamenti di cui al comma II dell'art. 182 *quater*, vengano erogati da banche.

Per quanto riguarda i crediti, di cui al comma 4 dell'art. 182 *quater*, relativi ai compensi del professionista che ha redatto la relazione di cui all'art. 161 terzo comma, nel concordato preventivo, o di cui all'art. 182 bis terzo comma negli accordi di ristrutturazione dei debiti, occorre rilevare come tale intervento superi l'orientamento giurisprudenziale formatosi in relazione al credito del professionista che ha concorso a predisporre la domanda di concordato preventivo, secondo cui la prededuzione andava esclusa, trattandosi di debito sorto prima dell'apertura della procedura di concordato preventivo, al di fuori di qualsiasi controllo sull'*an* e sul *quantum* del credito, da parte degli organi della procedura, a tutela dei creditori¹³⁶.

Appare tuttavia discutibile il riconoscimento della prededucibilità al solo credito del professionista attestatore, sarebbe stato infatti preferibile estendere il riferimento anche ai professionisti incaricati di elaborare l'accordo di ristrutturazione o il piano del concordato preventivo, nonché di redigere e presentare il ricorso per l'omologazione

¹³⁶ Cfr. Trib. Udine, 15 ottobre 2008, in, www.ilcaso.it.

degli accordi di ristrutturazione o la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo¹³⁷

3.8.Ristrutturazione del debito mediante conversione dei crediti in capitale. Il principio contabile Ifrc 19.

La ricapitalizzazione dell'impresa, in presenza di una crisi di una certa gravità, presenta difficoltà notevoli.

Un' eventuale operazione di aumento di capitale potrebbe non essere conveniente, sia per gli azionisti, che per eventuale terzo, e ciò perché per la parte della sottoscrizione che arriva fino al punto di riequilibrio dello sbilancio patrimoniale, il denaro versato andrebbe a beneficio dei creditori esistenti, per cui è stato detto¹³⁸ che l'operazione così congegnata non sarebbe rispondente né all'interesse degli azionisti i quali sono protetti dalla responsabilità limitata, né a quello di un eventuale terzo.

La sottoscrizione potrebbe rispondere invece all'interesse dei creditori, in quanto essi potrebbero evitare di versare altra liquidità, ricorrendo al meccanismo, diffuso in queste situazioni, della sottoscrizione dell'aumento di capitale attraverso la compensazione¹³⁹ del credito vantato nei confronti della società, credito che avrà perduto, in questa situazione, tutto o parte del suo valore iniziale.

Secondo la giurisprudenza¹⁴⁰ più recente infatti, nel caso di sottoscrizione di un aumento del capitale sociale, il conferimento può essere eseguito mediante compensazione tra il relativo debito del socio e un suo credito verso la società, la quale, pur perdendo formalmente il credito al conferimento, acquista concretamente un "valore economico", consistente nella liberazione da un corrispondente debito. Infatti anche se l'art. 2342 cod. civ. prevede che se nell'atto costitutivo non è stabilito diversamente i conferimenti devono farsi in denaro, la compensazione, intervenendo tra crediti, entrambi pecuniari, a norma dell'art. 1243 cod. civ., comma 1, non modifica l'oggetto del conferimento, che avviene pur sempre in denaro, ma solo le modalità di estinzione dell'obbligo di conferire.

Per quanto riguarda inoltre l'esigenza di salvaguardare la corrispondenza tra il valore nominale del capitale sociale e la sua effettiva entità, occorre considerare che il capitale sociale è solo una quota ideale del patrimonio netto della società; mentre il patrimonio netto è la differenza tra le poste dell'attivo e le poste del passivo esposte in bilancio,

¹³⁷ Cfr. AMBROSINI S., *Appunti Flash, sull' art. 182-quater della legge fallimentare*, in, www.ilcaso.it.

¹³⁸ L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia*, Il Mulino, 2007, p. 319.

¹³⁹ Una isolata pronuncia della corte di Cassazione (Cass. 10 dicembre 1992, n. 13095, in, *Foro It.*, I, 1993, 3100, e in, *Il Fall.*, 1993, p. 595, aveva sostenuto l'illegittimità dell'aumento di capitale realizzato attraverso la compensazione con un credito vantato nei confronti della società. In seguito la stessa Corte di Cassazione ha mutato orientamento riconoscendo la possibilità di sottoscrivere aumenti di capitale compensando crediti vantati nei confronti della società, Cfr. in tal senso: Cass. 5 febbraio 1996 n. 936, in, *Foro It.*, I, 1996, p. 2490 e in, *Corr. Giur.*, 1996, p. 547, orientamento oramai consolidato.

¹⁴⁰ Cass. Sez. I Civile, 19 marzo 2009, n. 6711, Pres. Carnevale, in, www.ilcaso.it; Cass. Sez. I, 24 aprile 1998, n. 4236; Cass. Sez. I, 5 febbraio 1996, n. 936.

sicchè si incrementa sia con l'aggiunta di una posta attiva (versamento in denaro), sia con la soppressione di una posta passiva (estinzione di un debito). Pertanto ciò che è davvero necessario ai fini del conferimento in sede di aumento di capitale è l'incremento del patrimonio netto della società, in misura tale da coprire l'intero valore nominale delle azioni emesse e sottoscritte dal socio che conferisce mediante compensazione.

Considerato dunque che anche la compensazione comporta un aumento del patrimonio netto della società, non vi sono ragioni per escluderne l'ammissibilità come modo di estinzione dell'obbligazione pecuniaria derivante dal conferimento in sede di aumento di capitale, secondo le norme generali previste dal codice civile, che sono tra l'altro applicabili anche alla compensazione prevista dall'art. 56 l. fall.

Questo metodo di conversione dei crediti in capitale¹⁴¹, attuato attraverso il meccanismo descritto, consente di comporre tre interessi potenzialmente configgenti¹⁴²: 1) l'interesse dei creditori che decidono per la conversione a recuperare, sotto forma di aspettativa sugli eventuali utili futuri dell'impresa, parte di ciò che hanno prestato, 2) quello dell'impresa a ridurre l'indebitamento, attraverso la conversione dei debiti in capitale di rischio 3) quello dei creditori che non optano per la conversione a mantenere, il più possibile inalterate le prospettive di pagamento, sicuramente destinate a migliorare in considerazione del fatto che i creditori che optano per la conversione dei crediti in capitale, non concorreranno più con loro sul patrimonio del debitore¹⁴³.

Al fine di attuare questa operazione è necessario che l'assemblea straordinaria della società che versa in stato di crisi deliberi l'aumento di capitale, aprendo così le porte ai creditori¹⁴⁴. Affinché l'operazione di ristrutturazione sia credibile e concretamente attuabile è indispensabile poi raggiungere un livello minimo di adesioni; la prassi ha evidenziato che destinati ad avere successo, sono gli accordi di ristrutturazione che

¹⁴¹ Cfr. BELCHER, *Corporate Rescue: a conceptual approach to insolvency law*, p. 120.

¹⁴² A tal proposito occorre evidenziare che il piano di ristrutturazione Parmalat, completato nell'ottobre 2005, si è basato su una vastissima operazione di sottoscrizione mediante compensazione, di azioni della nuova Parmalat, assuntore del concordato, ad opera dei creditori delle società del gruppo. Il nucleo fondamentale della ristrutturazione del gruppo Parmalat è consistito infatti nel trasferire ai creditori il controllo degli *assets* delle sedici società del gruppo partecipanti al concordato, mediante il loro trasferimento ad una società di nuova costituzione che ha emesso azioni sottoscritte, nella misura risultante dalla proposta di concordato, dai creditori delle varie società. I creditori delle società che non sono state incluse nel concordato hanno invece ricevuto il denaro derivante dalla liquidazione dei patrimoni di tali società, secondo il modello tradizionale delle procedure di liquidazione.

¹⁴³ Cfr. L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia*, Il Mulino, 2007, p. 319, secondo il quale la conversione dei crediti in capitale avrebbe il merito di realizzare in parte quello che è uno degli aspetti tipici di una procedura concorsuale, consistente nell'eliminare, interamente o parzialmente il controllo sull'impresa, da parte del debitore per trasferirlo al creditore, nella prospettiva di procedere ad una monetizzazione delle attività e alla successiva ripartizione tra i creditori, come avverrebbe normalmente nell'ambito di una procedura liquidativa, o piuttosto e come sembra preferibile, alla gestione e valorizzazione delle partecipazioni sociali acquisite, in quanto ciò appare più rispondente alle finalità proprie di una procedura di ristrutturazione.

¹⁴⁴ La conversione dei crediti in capitale trova un limite nella disciplina di assunzione di partecipazioni da parte delle banche, che possono attuarla nel rispetto di determinati limiti patrimoniali Cfr. Banca d'Italia, *Istruzioni di vigilanza per le banche*, circ. 229 del 21 aprile 1999, in, www.bancaditalia.it, Titolo IV, Capitolo 9, sezione V.

riescono a conquistare le adesioni della maggioranza dei creditori, mentre difficilmente si riescono ad attuare piani che prevedono un numero limitato di adesioni. Questa è la ragione per la quale l'art. 182 bis l. fall., richiede quale requisito di serietà della proposta, che l'accordo debba coinvolgere almeno il sessanta per cento della massa dei crediti.

La conversione di passività finanziarie in strumenti di *equity*, comporta dunque lo storno di tutto o parte del debito, a fronte, dunque di un incremento del patrimonio netto.

Per le imprese che adottano i principio contabili internazionali, numerosi sono stati i dubbi, i merito alla determinazione del valore e all'individuazione delle modalità secondo le quali contabilizzare gli strumenti rappresentativi del patrimonio netto, emessi a fronte dello storno del debito.

In risposta ai quesiti sollevati, l'Ifrc (*International financial reporting interpretations committee*), ha emanato un nuovo documento, l'Ifrc 19 *Extinguishing financial liabilities with equity instruments*, che è stato definitivamente approvato dallo Iasb ed è entrato a far parte del *corpus*, dei principi contabili internazionali Ias-Ifrs, dal novembre 2009, l'applicazione di questa interpretazione è obbligatoria dal 1° luglio 2010¹⁴⁵.

Alla luce di questo principio contabile, un'entità deve iscrivere uno strumento di *equity*, emesso in favore di un creditore, al fine di estinguere, in tutto o in parte, una passività finanziaria al *fair value* dello strumento di capitale, a meno che il *fair value*, non sia misurabile in maniera attendibile; in quest'ultimo caso, lo strumento di *equity*, dev'essere iscritto ad un valore che rifletta il *fair value* della passività estinta. Ogni differenza tra valore contabile della passività estinta e valore dello strumento di *equity* è iscritta in conto economico.

Normalmente nelle operazioni di *debt restructuring*, è più frequente misurare lo strumento di *equity* emesso, ad una valore pari al *fair value* della passività estinta¹⁴⁶.

Com'è noto il *fair value*, è <<il corrispettivo al quale un'attività potrebbe essere scambiata, o una passività estinta, in una libera transazione tra parti consapevoli e disponibili>>. Sotto tale profilo ci chiede come si può considerare una "libera transazione", quella in cui una società è costretta, per carenza di liquidità, a rinegoziare i termini di un accordo precedentemente stipulato, cercando di ottenere condizioni che le consentano almeno di sopravvivere?

L'applicazione di questo principio contabile è esclusa espressamente nei seguenti casi:

- 1) transazioni in cui il creditore è un azionista, diretto o indiretto, della società;
- 2) transazioni in cui il debitore e il creditore sono dallo stesso/dagli stessi soggetti.
- 3) transazioni in cui l'estinzione della passività finanziaria attraverso l'emissione di strumenti rappresentativi di capitale era già prevista nel contratto originario¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Cfr. NIGRO F., SCARANI L., BONISSONI A., *Ristrutturazione del debito con conversione della passività in "equity"*, in, *Diritto e Pratica delle Società*, n. 4/2009, pag. 21 e segg.

¹⁴⁶ Cfr. NIGRO F., SCARANI L., BONISSONI A., *op. ult. cit.*, pag. 28.

4) transazioni in cui la passività finanziaria estinta, viene sostituita da uno strumento finanziario che, tuttavia, non possiede i requisiti previsti dallo Ias 32 per essere considerato strumento rappresentativo di capitale^{148 149}.

L'emissione di strumenti rappresentativi di *equity*, in favore di un creditore, al fine di estinguere tutte o una parte della passività finanziaria si considera prezzo pagato (*consideration paid*), e dunque rientra nell'ambito applicativo del par. 41 dello Ias 39.

Il riferimento agli *equity instrument*, può essere letto estensivamente, non solo con riferimento alle ristrutturazioni del debito, nelle quali vengono emesse nuove azioni, ma anche ai casi in cui i creditori, vengono "ricompensati" con l'emissione di altri strumenti finanziari partecipativi, emessi ai sensi dell'art. 2346 comma 6.

3.8. L'utilizzo di una società di nuova costituzione e il ruolo delle banche.

Dall'esame delle grandi operazioni di risanamento che hanno interessato i gruppi industriali italiani, nonché talvolta anche dallo studio di operazioni di ristrutturazione di imprese di dimensioni più modeste, emerge, come sia frequente, in queste operazioni la costituzione di una nuova società, talvolta partecipata dai creditori, la quale riceve "nuova finanza" e alla quale può essere trasferita l'azienda o un ramo di questa, di cui era titolare l'impresa in crisi.

Si crea quella che nella prassi del diritto degli affari, i pratici chiamano *NewCo* (s.r.l. o s.p.a.), cessionaria dell'azienda o di un suo ramo, sufficientemente patrimonializzata e depurata dai debiti pregressi, lasciati in capo alla società cedente, definita *BedCo*¹⁵⁰. Tale risultato viene ottenuto in genere, con un trasferimento aziendale, preceduto da un contratto di affitto con clausola di riscatto e conteggio dei canoni in acconto sul prezzo. Il riscatto viene esercitato una volta ridotto il peso del passivo, con accordi di rinuncia parziale o integrale ai crediti pregressi o dilazione dei termini di pagamento, allorché le somme necessarie per il pagamento dei debiti residui non eccedano l'utile prodotto con l'attività continuata con la *Newco*.

¹⁴⁷ Il riferimento è alle obbligazioni convertibili: per questa tipologia di strumento finanziario lo Ias 32 prevede la rilevazione separata della componente di debito e della componente di patrimonio *ab origine*.

¹⁴⁸ Se una passività viene estinta mediante emissione di un nuovo strumento finanziario, l'emittente dovrà valutare se il nuovo strumento finanziario dev'essere classificato come "passività finanziaria" o come "strumento rappresentativo di capitale", in funzione delle disposizioni dello Ias 32; se lo strumento emesso è uno strumento "rappresentativo di capitale", si applicherà l'Ifric 19 (se anche le altre condizioni sono rispettate). Se lo strumento di nuova emissione è invece classificabile come "passività finanziaria", si applicheranno le disposizioni dello Ias 39 "Rilevazione ed eliminazione contabile".

¹⁴⁹ Lo strumento è rappresentativo di capitale e non dunque una "passività finanziaria" ai fini Ias, se e solo se, le seguenti condizioni sono soddisfatte: a) lo strumento non include un'obbligazione contrattuale a consegnare disponibilità liquide o altra attività finanziaria, o a scambiare attività o passività finanziarie a condizioni potenzialmente sfavorevoli; e b) se lo strumento potrà essere regolato mediante strumenti rappresentativi di capitale: b1) non è un derivato e non comporta obbligazioni a consegnare un numero variabile di strumenti di capitale, o b2) è un derivato che sarà estinto soltanto dall'emittente scambiando un importo fisso di disponibilità liquide o di altra attività finanziaria, contro un numero fisso di strumenti rappresentativi di capitale.

¹⁵⁰ L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi*, Milano, 2007, 214.

Finchè sussiste il contratto di affitto la *Newco* non risponde dei debiti aziendali pregressi, in considerazione dell'inapplicabilità dell'art. 2560 comma 2 cod. civ., salvo quelli verso i dipendenti¹⁵¹ a norma dell'art. 2512 cod. civ.

Nell'ipotesi in cui venga dichiarato il fallimento della società cedente, saranno gli organi della procedura a valutare l'utilità e la convenienza della continuazione dell'attività aziendale in capo alla nuova società, il curatore fallimentare, infatti potrebbe ritenere conveniente mantenere in essere il contratto di affitto alla società già affittuaria prima della dichiarazione di fallimento.

E' possibile inoltre che all'affitto¹⁵² segua la cessione definitiva dell'azienda¹⁵³ o di un suo ramo alla nuova società. Occorre ricordare che, se ricorrono i presupposti di cui alla legge 23 luglio 1991, n. 223 l'affittuario dell'azienda ha diritto di prelazione in occasione della eventuale vendita da parte degli organi della procedura fallimentare

Il programma contrattuale potrà prevedere la vendita dell'azienda, per cui a fronte del trasferimento di questa, vi sarà il pagamento del corrispettivo, che sarà utilizzato per estinguere i debiti residui.

E' necessario verificare se l'operazione di ristrutturazione consenta alle banche creditrici dell'impresa in crisi di partecipare al capitale della *Newco*¹⁵⁴ convertendo crediti in capitale sociale, sfuggendo al divieto di detenzione di partecipazioni in imprese in difficoltà¹⁵⁵.

Le norme di vigilanza¹⁵⁶ riconoscono che le banche¹⁵⁷ possono trovarsi nella necessità di decidere se <<convertire in azioni i crediti verso imprese in temporanea difficoltà>> ed esprimono il convincimento che la conversione possa essere operata solo quando sia economicamente conveniente per le banche, precisando al contempo che questa può rivelarsi vantaggiosa a condizione che la crisi dell'impresa affidata sia temporanea,

¹⁵¹ In giurisprudenza cfr. Cass. 3.7.1958 n. 2386. In dottrina CAIAFA, *Vicende circolatorie dell'azienda nelle procedure concorsuali*, Padova, 2001; FIMMANO', *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000; ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, in, *Tratt. Dir. Civ. comm.*, fondato da Cicu e Messineo, Milano, 2003, 596 e segg.

¹⁵² Cfr. A PATTI, *Affitto d'azienda e finanziamento dell'impresa fallita*, in, *Il Fall.*, n. 1/2009, (Allegato), p. 76 e segg.

¹⁵³ La prelazione è esercitata con dichiarazione dell'affittuario nel termine di cinque giorni dal ricevimento della comunicazione delle condizioni di acquisto effettuata dal curatore entro dieci giorni dall'esaurimento del procedimento di determinazione del prezzo di vendita.

¹⁵⁴ Sotto tale profilo il dato letterale fa riferimento nell'individuazione del soggetto partecipato, alle "imprese in difficoltà" (§ 4; co. 4, d.m. 22 giugno 1993, n. 242632; § 3, sex. V, cap. 9, Tit. IV, Istr. Vig.)

¹⁵⁵ Così R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2001, pag. 541, il quale sottolinea che anche se il principio di separazione tra banca e industria è stato messo a dura prova con l'introduzione nel nostro ordinamento delle *merchant banks*, in realtà le norme di vigilanza consentono alle banche di acquisire partecipazioni anche in imprese industriali ma chiariscono che tale facoltà è considerata come uno strumento per arricchire i canali di finanziamento delle imprese.

¹⁵⁶ Banca d'Italia <<Istruzioni di Vigilanza per le banche>> titolo IV, cap. 9, sez. V.

¹⁵⁷ Cfr. CAMPOBASSO G.F., *Le partecipazioni delle banche e dei gruppi bancari*, in, *Banca, Borsa e Tit. di credito*, parte I, 1995, 284.

riconducibile essenzialmente ad aspetti finanziari e non di mercato con ragionevoli prospettive di riequilibrio nel medio periodo¹⁵⁸.

Pertanto quando non ricorrono queste condizioni la conversione è vietata. L'accertamento di queste condizioni è rimesso all'approvazione da parte della Banca d'Italia di un piano di risanamento (o progetto di ristrutturazione), proposto da più banche¹⁵⁹, che rappresentino una quota elevata dell'indebitamento dell'impresa, dal quale emerga la capacità della stessa di recuperare il proprio equilibrio economico e finanziario in un periodo massimo di cinque anni.

In mancanza di queste condizioni, nelle operazioni di ristrutturazione, per l'attuazione delle quali sia prevista la costituzione di una *Newco*, dovrà valutarsi il profilo sostanziale dell'operazione, il discrimine sarà rappresentato dall'esistenza tra l'impresa in difficoltà e la *NewCo*, di un nesso di continuità, dovuto alla riconducibilità della *NewCo* all'originario titolare dell'impresa in difficoltà.

Tale riconducibilità va determinata in ragione della sussistenza o meno di un rapporto di controllo (art. 2359 cod. civ.) diretto o indiretto, da parte dell'originario titolare dell'impresa in difficoltà rispetto alla *NewCo* o dell'esistenza tra il primo e la seconda di rapporti tali per cui l'insolvenza del primo possa ripercuotersi negativamente sulla seconda.

Spesso, nella pratica la *NewCo* è solo la veste formale della "vecchia proprietà" che per il tramite del nuovo soggetto giuridico tenta di proseguire l'esercizio dell'impresa posseduta. Un indice di ciò a volte può essere ravvisato nella coincidenza, almeno parziale dei componenti degli organi amministrativi della vecchia e della nuova società¹⁶⁰.

Pertanto se tra la *NewCo* e l'impresa in difficoltà esiste una connessione giuridico/economica che porta a considerare la prima un tutt'uno con la seconda, si dovrà, di conseguenza, qualificare anche la *Newco* quale impresa in difficoltà ai fini dell'applicazione del divieto di acquisto di partecipazioni, previsto dalle Istruzioni di Vigilanza¹⁶¹.

Diversamente la *NewCo* potrà essere partecipata quale soggetto giuridicamente ed economicamente autonomo senza vincoli sotto il profilo dell'assunzione di partecipazioni al capitale sociale. In tal caso alle banche potrà essere concesso di

¹⁵⁸ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2001, pag. 549. CAMPOBASSO, *Le partecipazioni al capitale delle banche*, in, *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, I, 284; LUCARINI - ORTOLANI, *Le partecipazioni delle banche nelle imprese non finanziarie*, in, *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, a cura di Morera e Nuzzo. Milano, 1996, 2, 86; GODANO, *La legislazione comunitaria in materia bancaria*, Bologna, 1996, 2, 86; MORERA, *Il fido bancario. Profili giuridici*, Milano, 1998, p. 112.

¹⁵⁹ Delle quali almeno una sia di primaria importanza e assuma la responsabilità di verificare la corretta esecuzione del piano.

¹⁶⁰ Riguardo alla rilevanza per l'ordinamento bancario di questa forma di collegamento Cfr. CERA, *Profili dell'interlocking directorates nelle società bancarie e finanziarie: norme speciali ed interessi*, in, *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*. Milano, 2002, 1105 e segg.

¹⁶¹ Banca d'Italia <<Istruzioni di Vigilanza per le banche>> titolo IV, cap. 9, sez. V.

sottoscrivere nuovo capitale sociale anche utilizzando nuovi mezzi e quindi senza convertire crediti in capitale.

Sempre più frequentemente, nell'ambito delle operazioni di ristrutturazione le banche assumono il ruolo di *advisor* finanziario, svolgendo una vera e propria attività di consulenza ed assistenza nei confronti delle imprese in crisi, fornendo gli strumenti tecnici necessari per fare una valutazione obbiettiva della situazione economico-finanziaria dell'impresa al fine di individuare le possibili soluzioni alla crisi. Il rapporto che si instaura, in tal caso, tra l'imprenditore e la banca *advisor* è una obbligazione di mezzi, la prestazione consiste in un fare, e si inserisce nell'ambito di un rapporto contrattuale tra questi soggetti.

3.9. L'utilizzo del *trust* nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione.

L'utilizzo del *trust* era sembrato alla dottrina estremamente utile nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, soprattutto prima che il decreto correttivo D.lgs. 169/2007, prima e il D.L. n. 78/2010 dopo, nel novellare la norma di cui all'art. 182 bis, introducessero rispettivamente il periodo di sessanta giorni quale spazio temporale durante il quale non sono consentite azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore (art. 182 bis comma III) nonché la possibilità di ottenere già in fase di trattative stragiudiziali la sospensione delle azioni esecutive e cautelari, nonché il divieto di acquisire titoli di prelazione non concordati (art. 182 bis comma VI).

In realtà si cercherà di dimostrare nel prosieguo, che l'utilizzo di questo strumento anche in seguito alle modifiche apportate alla norma presenta degli indubbi vantaggi, che favoriscono la buona riuscita dell'operazione di ristrutturazione, sia che questa miri alla continuazione dell'attività di impresa, sia nell'ipotesi in cui si voglia procedere alla liquidazione della stessa.

L'accordo di ristrutturazione potrà prevedere che fermo restando il regolare pagamento dei creditori estranei, i creditori aderenti assumeranno la qualifica di beneficiari del *trust* e saranno soddisfatti secondo le forme previste nell'accordo di ristrutturazione e nell'allegato atto istitutivo del *trust*¹⁶².

Con l'utilizzo del *trust* nell'ambito degli accordi di ristrutturazione è possibile realizzare fin dal momento del trasferimento dei beni al *trustee* e dunque in un momento temporale che può essere anche anteriore alla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, (art. 182 bis comma 3), nonché al deposito di un'eventuale istanza di sospensione (art. 182 bis comma 6), un effetto segregativo che può sicuramente favorire il buon fine dell'accordo di ristrutturazione, blindando i beni conferiti in *trust* rispetto alle azioni esecutive individuali.

¹⁶² Cfr. sull'argomento D. ZANCHI, *Osservazioni in ordine alla possibile applicazione di un trust agli accordi di cui all'art. 182 – bis L.F.*, in, *Trusts e attività fiduciarie*, 2008, p. 155 e segg.; G. FAUCEGLIA, *Istituzione del trust, per il recupero dei crediti fiscali*, nota a Trib. Roma 3 aprile 2003 (decr.) in, *Fall.*, n. 1/2004, p. 102;

Al contempo l'inserimento di una clausola risolutiva che condizioni l'efficacia del *trust* all'ottenimento dell'omologazione, consente di evitare eventuali responsabilità penali, in relazione al reato di bancarotta (art. 216 comma 3 e 217 l. fall.)

Potrebbero essere conferiti in *trust* non solo i beni del debitore ma eventualmente anche di terzi, se ciò può essere utile e funzionale rispetto all'operazione di ristrutturazione.

Il *trustee* potrà ovviamente gestire i beni nei limiti stabiliti nell'atto istitutivo di *trust* e nel rispetto delle finalità dell'accordo di ristrutturazione omologato e naturalmente nel rispetto della legge regolatrice del *trust* scelta dalle parti.

Il *trustee* potrebbe svolgere le sue funzioni sotto il controllo di un guardiano (*protector*) che potrebbe essere sia un singolo che un collegio, composto magari da alcuni creditori con la funzione di monitorare la corretta esecuzione dell'accordo.

Un *trust* strutturato con questa finalità sicuramente supera il controllo di meritevolezza della causa, non ponendosi in contrasto con i principi inderogabili posti dalla Convenzione dell'Aja. Esso inoltre offre una tutela più intensa di quella prevista dall'art. 182 bis anche ai creditori non aderenti, per i quali costituirà sicuramente un interesse meritevole di tutela, la possibilità di tenere indenne il patrimonio del debitore da altre iniziative individuali dovendo essere soddisfatti integralmente dei loro crediti.

Il *trust* dunque se dal punto di vista dell'imprenditore in crisi rafforza la protezione del suo patrimonio, dal punto di vista del ceto creditorio, rafforza le esigenze di tutela di quest'ultimo, in quanto l'accordo di ristrutturazione deve assicurare il loro soddisfacimento nei limiti di quanto pattuito e in mancanza di quanto legislativamente previsto.

L'utilizzo del *trust* consente dunque di raggiungere gli obiettivi previsti dall'art. 182 bis, in maniera più efficace di quanto già preveda questa norma. Pertanto l'istituzione di un *trust* collegato ad un accordo di ristrutturazione è caratterizzato sicuramente da una causa lecita e meritevole di tutela in quanto tende a perseguire delle finalità che lo stesso legislatore valorizza nell'art. 182 bis, non contrastando con questa norma ma valorizzandone invece il contenuto e le finalità, nel rispetto delle posizioni di tutti i soggetti coinvolti.

Al contrario, un *trust* avente ad oggetto la liquidazione del patrimonio di un'impresa insolvente, attuato al di fuori del procedimento degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182 bis, deve ritenersi nullo¹⁶³ ai sensi degli artt. 1418 cod. civ. e 15 lett. e) della Convenzione dell'Aja del 16 ottobre 1989 n. 364, laddove il suo unico scopo sia stato quello di eludere il disposto dell'art. 2740 cod. civ., o in mancanza di un evidente intento elusivo, sarà da considerarsi comunque suscettibile di subire l'azione revocatoria¹⁶⁴, con conseguente inefficacia rispetto ai creditori, proprio perchè le regole pubblicistiche che presidono allo svolgimento della procedura fallimentare, sono derogabili in via privatistica, solo nell'ambito degli accordi di ristrutturazione conclusi con i creditori che rappresentano la maggioranza qualificata dei crediti indicata dall'art. 182 bis o nell'ambito del concordato preventivo.

¹⁶³ Cfr. Trib. Milano, 22 ottobre 2009, sez. VIII Civile, Pres. Perozziello, Rel. Dal Moro, in, www.ilcaso.it; Trib. Milano, 30 luglio 2009, - Est. Gandolfi, in, www.ilcaso.it.

¹⁶⁴ Cfr. Trib. Alessandria, 24 novembre 2009 – Est. Mela, in, www.ilcaso.it.

Una ulteriore funzione che il *trust* potrebbe svolgere nell'ambito degli accordi di ristrutturazione è stata individuata dalla dottrina¹⁶⁵ nella possibilità di attenuare le eventuali asimmetrie distributive che potrebbero prodursi nella fase di esecuzione dell'accordo. Viene cioè evidenziato il rischio, insito nella genesi in prevalenza privatistica dell'accordo di ristrutturazione e nella sua natura di contratto di durata, la cui esecuzione è interamente rimessa all'autonomia privata, senza l'esercizio di alcun controllo esterno.

In considerazione della complessità dell'architettura contrattuale dell'accordo di ristrutturazione, per realizzare la quale potrà essere necessario procedere al compimento di una serie di atti, quali delibere assembleari, aumenti di capitale, costituzione di nuove società, la cessione di *assets*, la cui corretta esecuzione è essenziale per il buon fine dell'operazione di ristrutturazione, l'utilizzo del *trust*, in tale prospettiva può rappresentare un momento di controllo sulle modalità e sui tempi di esecuzione dell'accordo, valorizzandone la funzione economico – sociale, nel rispetto delle finalità previste dall'art. 182 bis.

Sotto tale profilo, una recente giurisprudenza¹⁶⁶, ha evidenziato come l'istituzione del *trust*, nell'ambito di un accordo di ristrutturazione, sia finalizzata a perseguire un interesse meritevole di tutela che è quello di proteggere il patrimonio per evitare che alcuni creditori, *c.d. free riders*, rimasti estranei all'accordo di ristrutturazione, che vantano crediti contestati possano costituire diritti di prelazione, ipoteche, o agire in *executivis* sui cespiti, facendo naufragare l'accordo raggiunto con la maggioranza.

Tale esigenza, non è venuta completamente meno, neanche in seguito all'introduzione ad opera del D.L. 78/2010, convertito nella legge 122/2010, della possibilità per l'imprenditore proponente l'accordo di ottenere, già in fase di trattative stragiudiziali, la sospensione dalle azioni esecutive e cautelari, nonché il divieto per i creditori di acquisire titoli di prelazione non concordati (art. 182 bis comma VI), considerati i limiti temporali entro i quali tali divieti producono i loro effetti.

Invero in questa prospettiva il *trust*, non può considerarsi uno strumento per frodare i creditori, essendone proprio questi i beneficiari, tra l'altro il conferimento dei beni in *trust*, fornisce un ulteriore garanzia di non dispersione dei beni e attribuisce ai creditori beneficiari un controllo sull'operato del *trustee*, che manca invece nell'accordo di ristrutturazione.

La finalità di proteggere il patrimonio nell'ambito di una soluzione concordata della crisi d'impresa, attraverso la segregazione dei beni, al fine di assicurare la loro destinazione alla massa dei creditori era già stata valutata positivamente dalla giurisprudenza¹⁶⁷ con riferimento alla procedura di concordato preventivo. Nel caso di specie si trattava di un concordato, omologato dal Tribunale, in cui i beni di soggetti terzi, diversi dal debitore assoggettato alla procedura e garanti dell'adempimento del concordato, erano stati trasferiti al commissario giudiziale, nominato *trustee*, così limitando il rischio, per i creditori del concordato di eventi, quali azioni esecutive per

¹⁶⁵ L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l. fall.*, in, *Fall.*, n. 5/2007 p. 595 e segg.

¹⁶⁶ Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in, *www.ilcaso.it*.

¹⁶⁷ Trib. Parma, sent. Del 3 marzo 2005, in, *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, p. 409.

debiti del garante, iscrizioni ipotecarie, cessione degli stessi beni, concessione di ulteriori garanzie, tutti idonei a ridurre o ad eliminare la garanzia offerta.

I creditori del disponente, in questo modo, non possono soddisfarsi su un bene che non è più nella disponibilità di questo, i creditori del *trustee*, subiscono l'effetto segregativo del negozio, i creditori beneficiari ricevono quanto stabilito dal *settlor*, secondo quanto stabilito nell'accordo di ristrutturazione e all'atto costitutivo del *trust*.

L'utilizzabilità del *trust* nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, potrebbe tuttavia essere fortemente limitata dal costo fiscale dell'operazione che risulta essere un elemento decisivo per valutare correttamente l'utilità di questo strumento¹⁶⁸.

3.10. La transazione fiscale collegata all'accordo di ristrutturazione.

Il D.Lgs 12 settembre 2007 n. 169, ha modificato l'art. 182 ter della legge fallimentare, relativo alla disciplina della "transazione fiscale"¹⁶⁹, introducendo la possibilità per l'imprenditore in crisi di proporre una transazione fiscale funzionalmente collegata all'accordo di ristrutturazione dei debiti¹⁷⁰ di cui all'art. 182 bis l.fall., ampliando così la possibilità di utilizzare questo istituto, precedentemente fruibile solo nell'ambito della procedura di concordato preventivo.

Successivamente altre modifiche sono state apportate dall'art 32 commi 5° e 6° del D.L. n° 185 del 29/11/2008¹⁷¹ e da ultimo con l'art. 29 del D.L. 31 maggio 2010 n. 78, convertito con la legge 122/2010.

In tal modo il profilo della regolamentazione negoziale della crisi d'impresa, si è arricchito di un importante strumento, che concorre ad allargare gli spazi concessi all'autonomia privata nella predisposizione di un accordo di ristrutturazione (art. 182 bis)

Sotto il profilo soggettivo l'accesso all'istituto della transazione fiscale è riservato all'imprenditore in stato di crisi, il quale può proporre il pagamento, anche parziale, dei

¹⁶⁸ Sugli aspetti relativi alla tassazione trust, cfr. Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 48/E del 06/8/2007 avente ad oggetto: <<Trust, Disciplina rilevante ai fini delle imposte sui redditi e delle imposte indirette>>. L'articolo 1, commi da 74 a 76 della legge 27 dicembre 2006 n. 296 (legge finanziaria 2007) pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 299 del 27 dicembre 2006, ha introdotto per la prima volta una disciplina fiscale del *trust* interno.

¹⁶⁹ Cfr. S. LOCONTE, *La Transazione fiscale*, in, *Riv. Dir. Fall*, n. 2/2008, p. 186 e segg.; E. MATTEI, *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, www.ilcaso.it, 2008, p. 33 e segg.; F. MARENGO, *Il correttivo e la nuova transazione fiscale*, in, www.ilcaso.it, 2008.; L. MAGNANI, *La transazione fiscale*, in, *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, 2007, p. 682 e segg.; L. DEL FEDERICO, *Art. 182 ter, Transazione fiscale*, in, *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Jorio, tomo II, Zanichelli, 2007, p. 2561 e segg.;

¹⁷⁰ Cfr. G. GENTILI, *Il Tribunale di Ancona ha omologato il primo accordo di ristrutturazione dei debiti con transazione fiscale stipulato in Italia*, nota a Trib. Ancona, 12 novembre 2008, in, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1494.htm>

¹⁷¹ Cfr. F. MARENGO, *Il correttivo al correttivo della transazione fiscale*, in, www.ilcaso.it, 2008, p. 1 e segg.; M. POLLIO, *La Transazione fiscale*, in, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia e L. Panzani, Utet, Torino, 2009, pagg. 1837 e segg.

tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori, limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria, anche se non iscritti a ruolo, ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea.

La proposta può prevedere la dilazione del pagamento.

La transazione fiscale (art. 182 ter l. fall.) è un istituto¹⁷² disciplinato dal legislatore nella legge fallimentare ed in particolare nell'ambito degli strumenti funzionali ad una definizione negoziale della crisi d'impresa, con il quale si è voluto offrire all'imprenditore in crisi la possibilità di accordarsi con il creditore Fisco, al fine di favorire il superamento dello stato di crisi, così derogando al principio indisponibilità dell'obbligazione tributaria, nella prospettiva e con la consapevolezza che il superamento della crisi d'impresa, può concorrere anche a rafforzare l'interesse dello Stato alla riscossione dei tributi.

La transazione fiscale pertanto può costituire parte integrante non solo del concordato preventivo ma anche degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 ter ult. comma)¹⁷³.

I tributi che possono formare oggetto di transazione fiscale sono quelli amministrati dalle Agenzie fiscali¹⁷⁴: Ires, Irpef, imposta di bollo, imposta di registro, imposte ipotecaria e catastale, Iva, Irap, imposte sulle successioni e donazioni, imposta sugli intrattenimenti, tasse automobilistiche, tasse sui contratti di borsa, canone di abbonamento alla televisione, imposte demaniali, dazi di importazione e di esportazione, imposte di consumo.

Non sono invece transigibili i tributi locali non amministrati dalle Agenzie Fiscali, quali Ici, Tarsu/Tia, Tosap/Cosap, imposta sulle pubblicità e sulle pubbliche affissioni, ecc. nonché in virtù di quanto disposto dall'art. 182 *ter* comma primo i tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, ossia i dazi doganali di fonte comunitaria.

¹⁷² E' controverso in dottrina se la transazione fiscale possa essere ricompresa tra quegli strumenti c.d. deflattivi del contenzioso tributario, previsti dalla legge per comporre le liti sorte con l'amministrazione finanziaria e soprattutto per prevenirne l'insorgere¹⁷². Si tratta di istituti giuridici attraverso i quali il principio generale della indisponibilità dell'obbligazione tributaria viene sacrificato al fine di favorire la composizione negoziata del contenzioso tra Fisco e contribuente. Queste procedure sono: 1) l'Accertamento con adesione o Concordato ex artt. 1-13. d.lgs. 218/97; 2) la Conciliazione giudiziale, ex art. 48, d.lgs. 546/92, così come sostituito dall'art. 14 comma primo, d.lgs. 218/97; 3) la Definizione degli atti di accertamento (l'Acquiescenza), ex art. 15, d.lgs. 218/1997; 4) la Definizione degli atti di accertamento derivanti dai controlli automatici e dal controllo formale delle dichiarazioni, ex artt. 2 e 3 del d.lgs. 462/97; 5) la Definizione agevolata delle sole sanzioni contenute in un atto di contestazione o in un atto contestuale all'avviso di accertamento, ex art. 16 comma terzo e 17 comma secondo, d.lgs. 474/92; 6) L'Autotutela, ex art. 68 comma primo, d.p.r. 287/92, ex art. 2 d.l. 564/94, ex d.m. 37/97, ex art. 43 d.p.r. 600/1973, ex art. 2 *quater* comma primo *bis* e primo *quinquies*, d.l. 564/94; 7) Il Ravvedimento, ex art. 13 d.lgs. 472/97; 8) l'Interpello nelle sue diverse tipologie dell'Interpello preventivo antielusivo, ex art. 21 l. 413/91: dell'Interpello per la disapplicazione di norme antielusive, ex art. 37 bis, comma ottavo, d.p.r. 600/73; dell'Interpello ordinario e generalizzato, ex art. 11 l. 212/00 e d.m. 209/01; dell'Interpello Internazionale, ex art. 8, d.l. 269/03.

¹⁷³ Essa dunque non costituirebbe un accordo autonomo, avente una causa deflattiva propria del contenzioso tributario, innestandosi necessariamente nell'ambito di un più ampio accordo di ristrutturazione.

¹⁷⁴ Per Agenzie fiscali si intendono: l'Agenzie delle Entrate, l'Agenzia delle Dogane, l'Agenzia del Territorio e l'Agenzia del Demanio, tutte istituite ai sensi dell'art. 57 comma primo del D.Lgs. 300/1999, recante "*Riforma dell'organizzazione del Governo*".

Per quanto concerne l'Iva e l'Irap, occorre fare delle precisazioni¹⁷⁵.

In relazione all'imposta sul valore aggiunto, recentemente è intervenuto il D.L. 185 del 29/11/2008 il cui art. 32, nel modificare l'art. 182 ter ha disposto espressamente che: <<con riguardo all'imposta sul valore aggiunto, la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione di pagamento>>, pertanto in questo caso la transazione fiscale potrà avere soltanto un contenuto dilatorio e non remissorio.

Inoltre l'art. 29 del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, in vigore dal 31 maggio 2010 e convertito con la legge 122/2010, ha previsto espressamente che anche le ritenute operate e non versate possano essere soltanto oggetto di dilazione di pagamento e non di stralcio.

Per quanto concerne invece i debiti Irap, sembra preferibile ritenere che siano comunque transigibili, trattandosi di un'imposta che viene amministrata dalle Agenzie delle Entrate¹⁷⁶.

La proposta di transazione fiscale riguarda inoltre sia i crediti già iscritti a ruolo, sia quelli non ancora iscritti.

La transazione fiscale costituisce dunque una eccezione alla indisponibilità del credito tributario che non è di regola, né disponibile, né rinunciabile e quindi non potrebbe formare oggetto di transazione.

Sotto tale profilo, le ragioni di questa deroga, sono state individuate nell'esigenza di fornire all'Amministrazione Finanziaria, uno strumento per una riscossione più efficace dei tributi nei confronti degli imprenditori in stato di crisi e al contempo nella necessità di eliminare gli eccessivi pregiudizi agli interessi degli altri creditori dell'imprenditore oltre che dell'imprenditore stesso¹⁷⁷.

Per quanto concerne gli oneri accessori (sanzioni e interessi) è consentita la ristrutturazione soltanto di quelli relativi ai debiti tributari chirografari, così come si evincerebbe dall'avverbio "limitatamente" di cui al comma primo dell'art. 182 ter "...il debitore può proporre il pagamento, anche parziale, dei tributi... E dei relativi accessori, limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria...".

Se il credito tributario è assistito da privilegio¹⁷⁸, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie¹⁷⁹; se il credito tributario ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari.

¹⁷⁵ F. MARENGO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2008, p. 109 e segg.; F. MARENGO, *Il correttivo e la nuova transazione fiscale*, in, www.ilcaso.it, 2008, p.1; L. TOSI, *La transazione fiscale*, in, *Rass. Trib.*, 2006, 4 p. 1078.

¹⁷⁶ Cfr. F. MARENGO, *Il correttivo al correttivo della transazione fiscale*, in, *Il Caso.it.*, 2008, p. 8

¹⁷⁷ L. TOSI, *La transazione fiscale*, in, *Rass. Trib.*, 2006, 4 p. 1078.

¹⁷⁸ Cfr. G. BOZZA, *Formazione delle classi e alterabilità delle graduazioni legislative*, in, *Il Fall. n. 1/2007 (Allegato): Atti del Convegno "Dai piani attestati ai concordati giudiziali: finanziamenti e mercato delle crisi*, Milano 21 ottobre 2008", p. 7 e segg., il quale ritiene che la transazione fiscale può riguardare solo i crediti privilegiati e non quelli assistiti da altre cause di prelazione, quali gli ipotecari e i pignorati.

¹⁷⁹ Cfr. Trib. Mantova 30 ottobre 2008, il quale ha statuito che: <<In ipotesi di transazione fiscale, il criterio indicato nell'art. 182 ter. Legge fall., per cui il credito tributario assistito da privilegio può

L'art. 32 del D.L. 185/2008 nel modificare l'art. 182 ter l. fall. ha esteso la possibilità di proporre la transazione fiscale anche per i contributi previdenziali e assistenziali, amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e i relativi accessori. La norma richiamata, a sua volta, rinviava per l'individuazione delle modalità di applicazione, nonché dei criteri e delle condizioni di accettazione da parte degli enti previdenziali della proposta di transazione sui crediti contributivi, ad un successivo decreto del Ministero del Lavoro, della salute e delle politiche sociali, da adottarsi di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, da emanarsi entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del D.L. 185/2008.

Tale provvedimento attuativo è stato emanato con D.M. del 4 agosto 2009, il quale disciplina, nell'esclusivo ambito di cui all'art. 182 ter l. fall., le modalità di applicazione, i criteri e le condizioni di accettazione da parte degli enti gestori di forme di assistenza obbligatorie della proposta di accordo sui crediti per contributi, premi e relativi accessori di legge.

Tale decreto, dopo aver stabilito che i crediti per contributi, premi e accessori che possono essere ricompresi nella proposta di accordo sono sia quelli assistiti da privilegio che i crediti aventi natura chirografaria, sia i crediti iscritti a ruolo che quelli non ancora iscritti a ruolo, esclude espressamente, dalla proposta di accordo, i crediti cartolarizzati ai sensi dell'art. 13 della legge 448/1998 e secc. modd., e i crediti dovuti in esecuzione delle decisioni assunte dagli organi comunitari in materia di aiuti di Stato. (Art. 2 comma 3 lett. a).

Il decreto ministeriale sopra richiamato chiarisce inoltre che soltanto gli imprenditori commerciali in possesso dei requisiti di cui all'art. 1 del D.lgs. 12/09/2007 n. 169, possono proporre l'accordo relativo ai crediti contributivi.

Tali soggetti devono presentare la proposta di accordo agli enti previdenziali interessati, corredata dalla documentazione di cui all'art. 161 comma 2 l. fall., accompagnata da una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 comma 3 lett. d) l. fall., che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano dell'impresa.

La proposta di pagamento per i crediti privilegiati di cui al n. 1) del primo comma dell'art. 2778 cod. civ. e per i crediti per premi, non può essere inferiore al cento per cento, e per i crediti privilegiati di cui al numero 8) del primo comma dell'art. 2778 cod. civ. non può essere inferiore al quaranta per cento.

Dunque al primo posto della graduatoria (ex art. 2778 n. 1 cod. civ.) sono collocati i crediti di cui all'art. 2753 cod. civ.; gli altri crediti di cui all'art. 2754 cod. civ. sono collocati all'ottavo posto (ex art. 2778 n. 8 cod. civ.) unitamente al cinquanta per cento degli accessori.

La proposta di pagamento parziale per crediti previdenziali e assistenziali, chirografari, non può essere inferiore al trenta per cento.

La proposta di pagamento dilazionato non può essere superiore a sessanta rate mensili, con applicazione degli interessi al tasso legale, nel tempo vigente.

essere pagato in percentuale purchè non siano offerte condizioni e garanzie inferiori a quelle offerte ai creditori che hanno grado di privilegio inferiore o posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali, può dirsi rispettato anche nelle ipotesi in cui siano attribuite percentuali differenti e maggiori ad altri creditori aventi uguale privilegio generale sui mobili, a condizione che risulti rispettato l'ordine di soddisfazione sancito dagli artt. 2777 e segg. cod. civ.>>

Il D.M. 4 agosto 2009, sopra richiamato, ha inoltre stabilito ulteriori limiti all'adesione delle enti previdenziali e assistenziali, stabilendo che possono accedere alla proposta di accordo soltanto nel rispetto dei seguenti parametri valutativi:

- 1) idoneità dell'attivo ad assicurare il soddisfacimento dei crediti anche mediante prestazione di eventuali garanzie;
- 2) riconoscimento formale e incondizionato del credito per contributi e premi e rinuncia a tutte le eccezioni che possano influire sulla esistenza ed azionabilità dello stesso;
- 3) correntezza nel pagamento dei contributi e premi dovuti per i periodi successivi alla presentazione della proposta di accordo;
- 4) versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti, ai fini dell'accesso alla dilazione dei crediti;
- 5) essenzialità dell'accordo ai fini della continuità dell'attività dell'impresa e di ogni possibile salvaguardia dei livelli occupazionali, tenuto conto dell'importanza che la stessa riveste nel contesto economico sociale dell'area in cui opera.

Il mancato rispetto degli obblighi previsti nell'accordo comporta la revoca dello stesso (Art. 4 , comma 2).

L'art. 5 del D.M. 4/8/2009, attribuisce poi ai singoli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie, il compito di definire le concrete modalità operative delle disposizioni contenute. In ottemperanza a quanto previsto dall'art. 5 del suddetto decreto, l'INAIL e l'INPS hanno emanato rispettivamente la Circolare n. 8 del 26/02/2010 (Inail)¹⁸⁰ e la Circolare n. 38 del 15/3/2010 (Inps)¹⁸¹, al fine di illustrare le modalità operative concernenti le proposte di accordo sui crediti per contributi di previdenza e assistenza sociale, gestiti dall'Istituto, avanzate ai sensi dell'art. 182 ter della legge fallimentare.

Con il decreto ministeriale sopraccitato è stata dunque limitata moltissimo e in maniera ingiustificata, la possibilità per l'imprenditore commerciale di procedere alla ristrutturazione di quella componente del proprio passivo, costituita da esposizioni nei confronti dell'Inps e dell'Inail.

Tali limitazioni appaiono assolutamente ingiustificate, alla luce della *ratio* degli istituti della transazione fiscale, e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, il cui fine è invece quello di agevolare la composizione negoziale della crisi d'impresa.

Per quanto concerne il procedimento, l'imprenditore che intenda proporre un accordo di ristrutturazione, al quale sia collegata anche una transazione fiscale, dovrà depositare la proposta di transazione, unitamente alla documentazione di cui all'art. 161 l. fall., presso il competente concessionario del servizio nazionale della riscossione, e all'ufficio competente sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore, unitamente alla copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici nonché delle dichiarazioni integrative relative al periodo sino alla data di presentazione della domanda, al fine di consentire il consolidamento del debito fiscale.

¹⁸⁰ Cfr. Circolare INAIL, n. 8 del 26/02/2010, pubblicata sul sito internet dell'Inail all'indirizzo: <http://normativo.inail.it/bdninternet/2010/ci201008.htm>

¹⁸¹ Cfr. Circolare INPS n. 38 del 15/3/2010, pubblicata sul sito internet dell'Inps, all'indirizzo: <http://servizi.inps.it/CircolariZIP/Circolare%20numero%2038%20del%2015-03-2010.pdf>

Alla proposta di transazione deve altresì essere allegata la dichiarazione sostitutiva, resa dal debitore o dal suo legale rappresentante ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, che la documentazione sopra indicata rappresenta fedelmente ed integralmente la situazione dell'impresa, con particolare riguardo alle poste attive del patrimonio.

Il concessionario, non oltre trenta giorni dalla data di presentazione, deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso.

L'Ufficio nello stesso termine, deve procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni, e alla notifica dei relativi avvisi di irregolarità, unitamente ad una certificazione attestante l'entità del debito derivante da atti di accertamento ancorché non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo, nonché da ruoli vistati, ma non ancora consegnati al concessionario (art. 183 comma 2 l. fall).

Nei successivi trenta giorni l'assenso alla proposta di transazione è espresso, relativamente ai tributi non iscritti a ruolo, ovvero non ancora consegnati al concessionario del servizio nazionale della riscossione alla data di presentazione della domanda, con atto del direttore dell'ufficio, su conforme parere della competente direzione regionale, e relativamente ai tributi iscritti a ruolo e già consegnati al concessionario del servizio nazionale della riscossione alla data di presentazione della domanda, con atto del concessionario su indicazione del direttore dell'ufficio, previo conforme parere della competente direzione generale.

L'assenso così espresso equivale a sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione.

La transazione fiscale nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis l.fall. costituisce dunque un atto autonomo, anche se collegato al complessivo accordo di ristrutturazione e condizionato all'omologazione dello stesso.

La transazione deve perfezionarsi prima del deposito dell'accordo presso il registro delle imprese e presso il Tribunale, per cui gli uffici potranno con maggiore elasticità procedere alle verifiche preventive avendo come unico limite temporale i trenta giorni previsti dalla norma¹⁸².

Con l'art. 29 del D.L. 78/2010 è stato aggiunto all'articolo 182 ter un comma VII, il quale prevede che la transazione fiscale, conclusa nell'ambito dell'art. 182 bis, venga revocata di diritto, se il debitore non esegue, integralmente, entro novanta giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle Agenzie Fiscali ed agli Enti Gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie.

Nel sottolineare l'importanza della possibilità di utilizzare l'istituto della transazione fiscale anche con riferimento agli accordi di ristrutturazione è stato giustamente evidenziato, come il successo di questo strumento dipenderà anche dalla capacità degli uffici finanziari di gestire le procedure di recupero dei crediti fiscali con un approccio di tipo più privatistico e meno burocratico¹⁸³.

¹⁸² E. MATTEI, *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Il caso.it.*, 2008, p. 33 e segg.

¹⁸³ S. LOCONTE, *La Transazione fiscale*, in, *Riv. Dir. Fall.*, n. 2/2008 p. 205.

3.11 Il contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis nella recente casistica giurisprudenziale.

A) la ristrutturazione del Gruppo RISANAMENTO S.p.a.

La recente casistica giurisprudenziale, sta evidenziando il successo dello strumento dell'accordo di ristrutturazione, e l'eccezionale duttilità dell'istituto sotto il profilo contenutistico¹⁸⁴.

Risulta di grande interesse, per la sua eccezionale complessità, l'operazione di ristrutturazione che ha riguardato la società RISANAMENTO S.p.a., società quotata alla Borsa Italiana, a sua volta inserita nell'ambito di un articolato gruppo di società.

I ricorsi per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione sono stati depositati da nove società proponenti, appartenenti a due distinti gruppi societari: il "gruppo Risanamento" e il "gruppo Zunino", a loro volta collegati fra loro, ciascuno composto da decine di società, titolari di ingenti patrimoni immobiliari, sia in Italia che all'estero.

Gli accordi hanno coinvolto, nelle veste di creditori aderenti, anche numerose società appartenenti ai due gruppi.

I nove accordi di ristrutturazione presentati, sono stati distinti, da un punto di vista descrittivo, in due categorie: nella prima rientrano gli accordi presentati dalle sei società riconducibili al "gruppo Risanamento"¹⁸⁵ definiti con il termine "Accordo di Risanamento"; nella seconda categoria rientrano gli accordi presentati da tre società del "gruppo Zunino"¹⁸⁶, titolari complessivamente del 73% delle azioni della società Risanamento S.p.a., questi accordi vengono denominati con il termine "Accordo Sistema Holding".

Tutti gli accordi sopra descritti sono funzionalmente collegati, in quanto l'efficacia di ciascuno di essi è stata espressamente condizionata al passaggio in giudicato dei decreti di omologa di tutti gli altri.

Il collegamento negoziale così instaurato tra i diversi accordi, comportando inevitabilmente un collegamento anche tra rispettivi procedimenti di omologazione, ha fatto ritenere al tribunale che fosse indispensabile procedere alla riunione dei suddetti procedimenti.

Il c.d. "Accordo Risanamento" è stato concluso da Risanamento S.p.a. e da altre cinque società appartenenti al medesimo gruppo¹⁸⁷ e ha visto l'adesione anche di alcune banche¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Trib. Milano, 10 novembre 2009, (Decr), Pres. L. Lamanna, Rel. P. Perrotti, in, *Riv. Dir. Fall.*, n° 3-4 del 2010, pag. 343 e segg. con nota di M. GALARDO.

¹⁸⁵ Si tratta delle società Risanamento S.p.a.; MSG Residenze s.r.l.; RI. Investimenti s.r.l.; Tradital S.p.a.; Milano Santa Giulia S.p.a.; RI. Rental S.p.a..

¹⁸⁶ Si tratta delle società Zunino Investimenti Italia S.p.a.; Tradii S.p.a. e Nuova Parva S.p.a.

¹⁸⁷ Si tratta di MSG Residenze s.r.l.; RI. Investimenti s.r.l.; Tradital S.p.a.; Milano Santa Giulia S.p.a.; RI. Rental S.p.a.

¹⁸⁸ Si tratta di Intesa San Paolo S.p.a.; Unicredit Corporate Banking S.p.a.; Banca Monte Pachi Siena S.p.a.; Banco Popolare Società Cooperativa; Banca Popolare di Milano società cooperativa e Banca Italease S.p.a.

Ulteriori adesioni hanno riguardato poi altre società dello stesso gruppo.

La ristrutturazione si è basata su due diversi piani di intervento, uno finanziario e l'altro industriale, collegati tra loro.

Sotto il profilo finanziario, l'accordo ha previsto:

- la sottoscrizione dell'aumento del capitale sociale della Risanamento S.p.a., da parte delle cinque banche aderenti, in parte mediante la tecnica, ammessa dalla giurisprudenza¹⁸⁹, della compensazione con alcuni crediti pregressi vantati dalle stesse, e per la parte residua mediante un effettivo apporto di nuova liquidità;

- l'emissione di un prestito obbligazionario convertibile da parte di Risanamento S.p.a., con l'impegno delle cinque banche aderenti di sottoscriverlo integralmente, secondo le percentuali stabilite nell'accordo, anche in questo caso attuando una compensazione, totale o parziale con i crediti pregressi vantati dagli istituti di credito, con previsione del rimborso per il 2014 e facoltà degli amministratori di Risanamento S.p.a. di chiederne la conversione in capitale sociale.

Queste due pattuizioni presentano inoltre un collegamento con alcune clausole dell'“*accordo Sistema Holding*” che vedremo in seguito.

Viene previsto inoltre:

- l'impegno delle banche aderenti di garantire il rimborso, anche in via anticipata, di un prestito obbligazionario, precedentemente emesso da Risanamento S.p.a. e destinato a scadere il 31.5.2014;

- il riscadenziamento degli obblighi assunti nei rapporti infragruppo con alcune società, ferma restando la facoltà della Risanamento S.p.a. di chiedere comunque, ove necessario i pagamenti in relazione agli obblighi di tesoreria;

- la cessione dei crediti IVA;

- la liberazione di ulteriori risorse liquide, attraverso la sostituzione di depositi cauzionali vincolati a favore di Fondiaria Sai e Unicredit con garanzie fideiussorie, rilasciate dalle cinque banche aderenti.

In aggiunta a queste pattuizioni principali, sono stati poi perfezionati altri accordi collegati a quello principale, comunque volti a creare condizioni finanziarie più favorevoli, in particolare si segnalano:

- la risoluzione di un contratto di *leasing* tra Risanamento S.p.a. e Italease S.p.a.;

- una moratoria diversificata in relazione alla tipologia di credito conclusa tra Risanamento S.p.a. e la Banca Nazionale del Lavoro;

- l'estinzione del debito ipotecario delle società del gruppo nei confronti di Meliorbanca, attraverso la cessione, da parte di Risanamento S.p.a., della partecipazione totalitaria in una società veicolo, nella quale saranno conferiti alcuni immobili di proprietà di Risanamento S.p.a., RI Estate e RI Investimenti.

¹⁸⁹ Una isolata pronuncia della corte di Cassazione (Cass. 10 dicembre 1992, n. 13095, in, *Foro It.*, I, 1993, 3100, e in, *Il Fall.*, 1993, p. 595, aveva sostenuto l'illegittimità dell'aumento di capitale realizzato attraverso la compensazione con un credito vantato nei confronti della società. In seguito la stessa Corte di Cassazione ha mutato orientamento riconoscendo la possibilità di sottoscrivere aumenti di capitale compensando crediti vantati nei confronti della società, Cfr. in tal senso: Cass. 5 febbraio 1996 n. 936, in, *Foro It.*, I, 1996, p. 2490 e in, *Corr. Giur.*, 1996, p. 547, orientamento oramai consolidato. Cfr. da ultimo Cass. Civ. Sez. I, 19 marzo 2009, n. 6711, in , www.ilcaso.it.

- un accordo a saldo e stralcio concluso tra MSG Residenze, da una parte e Intesa San Paolo e Deutsche Pfanbriefbank AG, da eseguirsi successivamente all'omologa dell'accordo di ristrutturazione;

- una moratoria del credito concessa dalla Banca Popolare di Milano;

- una transazione con Ipi S.p.a. che prevede la cessione a quest'ultima di una partecipazione in un'altra società veicolo, a sua volta titolare di un cospicuo patrimonio immobiliare;

- la definizione dei rapporti con Sky Italia, attraverso la previsione di un aumento del canone dovuto da questa, in rapporto al progressivo completamento delle tre torri da realizzarsi nell'ambito dell'operazione immobiliare Santa Giulia e destinate a diventare la sede principale in Italia della multinazionale australiana;

- la cessione da parte di Risanamento S.p.a. in favore di BPL Real Estate delle partecipazioni totalitarie detenute nelle società Sviluppo Comparto 6 S.r.l. e Sviluppo Comparto 8 S.r.l., previo trasferimento a queste società di immobili, specificamente individuati.

Per quanto concerne invece gli aspetti salienti del piano industriale, occorre evidenziare come esso sia stato sviluppato in rapporto ai principali comparti produttivi in cui si articola l'attività di Risanamento S.p.a. e delle altre società del gruppo, così denominati: blocco *trading*, blocco estero, blocco *Falck*, blocco Santa Giulia.

Con riferimento al c.d. blocco *trading*, cioè all'attività commerciale consistente nell'acquisto e nella rivendita delle unità immobiliari, viene pianificato un incremento delle dismissioni al fine di ottenere un aumento della liquidità nel biennio 2009 – 2010.

Le alienazioni vengono previste anche in relazione alle partecipazioni sociali detenute in società che svolgono attività ritenute “non strategiche” nell'ambito del gruppo.

Per quanto riguarda il comparto blocco *estero*, concernente le attività svolte all'estero, non vengono previste dismissioni, nella prospettiva, di un incremento progressivo della redditività degli investimenti realizzati.

In relazione al comparto denominato “blocco Santa Giulia”, che rappresenta insieme all'area *ex Falck* la componente patrimoniale più rilevante dell'intero gruppo, viene prevista, in parte, la prosecuzione di una serie di interventi già pianificati, e per altro verso, la cessione parziale dell'area per una superficie pari al 45% del totale.

Con riguardo infine al c.d. “blocco *Falck*”, ne viene prevista la cessione integrale entro il 2012. Tra l'altro in relazione a questo comparto imprenditoriale, Banca Intesa ha concesso una moratoria sui debiti già scaduti, sino al 31.12.2012.

Gli accordi di ristrutturazione complessivamente denominati “Sistema *Holding*”, sono stati stipulati invece, da Zunino Investimenti S.p.a., Tradim S.p.a. e Nuova Parva S.p.a., da una parte, nella veste di società proponenti e dall'altra Intesa San Paolo S.p.a., Unicredit Corporate Banking S.p.a. e Banco Popolare società Cooperativa.

Le tre società ricorrenti, rappresentano nel loro insieme quello che è stato denominato il c.d. “Sistema *holding*”, in quanto esse detengono complessivamente il 72,97% delle azioni della Risanamento S.p.a.¹⁹⁰

Le clausole principali dell’accordo prevedono:

- la cessione da parte delle tre società ricorrenti, in favore delle tre banche aderenti, e di altri due Istituti di credito¹⁹¹, dei diritti di opzione relativi all’aumento del capitale sociale e all’emissione del prestito obbligazionario convertibile, previsti nell’ “*Accordo di Risanamento*” di cui sopra.

- la concessione da parte delle banche aderenti di una moratoria sui rispettivi crediti, verso le società aderenti, fino al 31.12.2014, con rinegoziazione convenzionale degli interessi dovuti dal primo gennaio 2009;
- una moratoria dei debiti infragruppo, concessa da alcune società dei gruppi Zunino e Risanamento fino al 21.12.2014 e rinuncia agli interessi maturati dopo il 30.6.2009, subordinando inoltre questa pattuizione all’integrale pagamento degli altri debiti delle società ricorrenti e delle loro controllate nei confronti dei terzi;
- la postergazione del pagamento dei crediti vantati da Luigi Zunino, nei confronti di Zunino Investimenti Italia e Tradim, al pagamento dei creditori estranei, con facoltà dei liquidatori di chiedergli nel 2010, di rinunciare completamente ai predetti crediti;
- la messa a disposizione da parte della Banca Popolare, a favore delle tre società proponenti, della somma di venti milioni di euro, da destinare al pagamento dei creditori estranei all’accordo, e con la possibilità di rimborsare il capitale e gli interessi convenuti, in data successiva al 31.12.2004 e comunque prioritariamente rispetto agli altri crediti bancari non garantiti con ipoteche, oggetto della moratoria al 31.12.2004.
- la liquidazione dei patrimoni delle tre società ricorrenti, da destinare al pagamento di tutti i creditori;
- l’impegno da parte dei creditori aderenti a rimettere il debito e a non presentare istanze di fallimento, nell’ipotesi in cui il ricavato della liquidazione dei patrimoni delle tre società proponenti non fosse comunque sufficiente a soddisfare i loro crediti;
- l’obbligo delle società ricorrenti di provvedere al rimborso immediato di quanto dovuto ai creditori aderenti, nel caso in cui entro il 31.12.2014 la quotazione media di borsa delle azioni della Risanamento S.p.a. si dovesse collocare per un certo periodo oltre la media di due euro, salva la disponibilità dei tempi tecnici per procedere alla cessione delle partecipazioni detenute ed in ogni caso senza l’obbligo di procedere alla cessione delle partecipazioni detenute nella società Risanamento S.p.a. , potendo reperire i fondi necessari al rimborso immediato presso soggetti terzi;
- l’impegno irrevocabile delle tre banche aderenti all’accordo “Sistema *Holding*”, unitamente a Monte Paschi Siena e a Banca Popolare di Milano, e dunque di tutte le banche aderenti all’ “*Accordo Risanamento*” a rivendere alle tre *holding* proponenti,

¹⁹⁰ In particolare la Zunino Investimenti Italia detiene il 16,86%, Tradim il 18,32; e Nuova Parva il 37,77%.

¹⁹¹ Si tratta del Monte Pachi Siena S.p.a. e della Banca Popolare di Milano Soc. a.r.l..

a richiesta unilaterale delle stesse, le azioni acquistate in sede di sottoscrizione dell'aumento del capitale sociale della Risanamento S.p.a., allo stesso prezzo di sottoscrizione, maggiorato, di un tasso di rendimento annuo del dieci per cento. Questo patto di opzione è efficace fino al 31.12.2012, e ne viene prevista l'esecuzione automatica, senza necessità di ulteriori manifestazioni di volontà da parte delle società proponenti, per l'ipotesi in cui le azioni della Risanamento S.p.a., raggiungessero una quotazione di borsa prestabilita, decrescente in base al trascorrere del tempo, ovvero in caso di offerta pubblica di acquisto totalitaria, superiore a determinate soglie, variabili in base all'epoca di riferimento.

Vengono previste inoltre:

- una moratoria fino al 31.12.2014, definita tra la Nuova Parva e la Cassa di Risparmio di Alessandria, in relazione a linee di credito assistite da garanzia ipotecaria;
- viene prevista inoltre la cessione alla Intek s.r.l., creditore di Nuova Parva, di tre unità immobiliari, con una conseguente riduzione dei debiti ipotecari.

B) Il caso GABETTI S.p.a.

Anche la ristrutturazione del gruppo Gabetti S.p.a.¹⁹² è stata attuata ricorrendo all'utilizzo di accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis, che hanno coinvolto più società del gruppo, le quali hanno depositato, ovviamente, distinti ricorsi per l'omologazione dei vari accordi, tra loro collegati.

Una particolarità è consistita nella circostanza che la relazione del professionista sulla fattibilità dell'accordo e sull'idoneità dello stesso ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei è stata redatta unitariamente per l'intero gruppo, e il Tribunale ha ritenuto che ciò fosse opportuno, in quanto, il piano industriale strategico, costituente parte integrante dell'accordo, coinvolgeva, complessivamente, non solo la società capogruppo, ma in ragione dell'attività di direzione e coordinamento (art. 2497 cod. civ.) da questa esercitata, anche le società controllate o collegate.

Ciò ha fatto ritenere ai Giudici Ambrosiani che, nel caso in cui la ristrutturazione coinvolga più società appartenenti allo stesso gruppo, la relazione dell'esperto, possa essere opportunamente redatta in maniera unitaria e contenere valutazioni inerenti l'intero piano di riorganizzazione, le quali devono essere motivate in maniera coerente, sotto il profilo della ragionevole prospettiva di riuscita del piano medesimo, sia pure con diversi gradi di positività della prognosi, in relazione alle singole società del gruppo.

L'attività del gruppo Gabetti, si articola in quattro linee di attività, denominate rispettivamente *Agency* (intermediazione immobiliare), *Finance* (intermediazione di prodotti creditizi e brokeraggio assicurativo), *Thecnical services* (servizi tecnici e valutativi), ed infine *Investment and property* (attività di investimento, sviluppo, commercio e gestione di patrimoni immobiliari in Italia e all'estero).

¹⁹² Cfr. Trib. Milano, II Sez. Civ., 17 giugno 2009, Pres. Rel. M. Galioto, (decreto ex art. 182 bis), in, *Dir. Fall*, con nota di M. GALARDO, *Interesse di gruppo e accordi di ristrutturazione*, (in corso di pubblicazione)

Lo stato di crisi delle società del gruppo è stato determinato da uno stato di tensione finanziaria, derivante da un indebitamento di 231 milioni nei confronti delle banche, con uno sbilanciamento in relazione a crediti in scadenza nel breve termine, sicchè il consiglio d'amministrazione ha deliberato una sostanziale riorganizzazione del gruppo, nel perseguimento dei seguenti obiettivi:

- riduzione dei costi, mediante la conversione integrale della rete diretta di intermediazione commerciale al dettaglio, nel modello del *franchising* immobiliare. In secondo luogo è stata decisa la riorganizzazione della rete *Corporate* (Intermediazione immobiliare rivolta alle imprese), attraverso la chiusura delle filiali meno efficienti;
- riequilibrio della situazione patrimoniale e finanziaria, mediante un finanziamento da parte dei soci, i quali hanno firmato lettere d'impegno con le quali hanno dichiarato di essere disponibili a trasformare i versamenti effettuati a titolo di finanziamento soci, in versamenti in conto futuro aumento capitale; alcuni di essi hanno poi assunto l'impegno di effettuare ulteriori versamenti, a tale titolo, fino all'intero importo dell'aumento del capitale.

Alla data del 31.12.2008, la capogruppo GABETTI PROPERTY SOLUTIONS S.p.a. aveva un indebitamento verso le banche di 94,6 milioni di euro, ed ha raggiunto con questi creditori e con altre società del gruppo Gabetti, anch'esse creditrici della holding, un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis, nel quale è stata contemplata, tra l'altro, la ridefinizione degli aspetti economici e contrattuali dell'indebitamento finanziario della holding e di altre società del gruppo.

Nell'accordo è stato previsto inoltre:

- la revoca di un prestito obbligazionario convertibile;
- l'eliminazione del valore nominale delle azioni;
- la delibera della delega al consiglio d'amministrazione di approvare un aumento di capitale scindibile, con opzione a favore dei soci, per un importo complessivo compreso tra euro 25.136.170 ed euro 26.136.170 a un prezzo di emissione determinato sulla base della media ponderata delle quotazioni del titolo Gabetti dell'ultimo semestre antecedente alla data della delibera del consiglio d'amministrazione e con assegnazione di warrant in relazione alle azioni da emettere;
- un ulteriore aumento di capitale fino ad un massimo di 35 milioni di euro al servizio dei warrant;
- un ulteriore aumento di capitale a pagamento, scindibile, riservato alle Banche, per euro 25 milioni, mediante l'emissione di azioni, da liberarsi mediante compensazione con un uguale importo dei crediti vantati dalle banche.

C) Il caso I.R.M. S.r.l.

La Italian Road Machinery s.r.l., ha chiesto l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis, conclusi con diciannove creditori¹⁹³.

L'operazione si è caratterizzata per la circostanza che la ristrutturazione del debito è stata in realtà funzionale alla liquidazione società e non alla continuazione dell'attività.

Il piano liquidatorio si è basato sulla stipulazione di un contratto di affitto d'azienda, in favore di un'altra società e sulla successiva vendita dell'azienda, in favore della

¹⁹³ Cfr. Trib. Milano, 18 Luglio 2009, Sez. II Civile, Pres. M. Galioto, Rel. M. Vitiello (decreto ex art. 182 bis l. fall);

capogruppo dell'affittuaria; il ricavato della cessione è stato così destinato alla ristrutturazione del debito della società proponente.

Nel caso di specie, la società cessionaria non ha fornito alcuna garanzia per l'esecuzione degli impegni assunti con l'accordo, e il tribunale in mancanza di opposizioni da parte dei creditori, ha ritenuto che ciò non costituisse un ostacolo all'omologazione dell'accordo, in quanto, ogni creditore aderente, in caso di inadempimento dell'obbligato agli impegni assunti, ha comunque a disposizione lo strumento della risoluzione contrattuale per inadempimento disciplinata nel codice civile agli artt. 1453 e segg.

Tra le clausole più rilevanti degli accordi di ristrutturazione conclusi, si segnala il seguente *pactum de non petendo*:

<<Il creditore accetta la proposta e si impegna a non azionare i propri crediti fino alla pubblicazione del presente accordo, nel Registro delle Imprese, pubblicazione che la debitrice prevede di eseguire entro il 30.4.2009, contestualmente al deposito del ricorso per l'omologa dell'accordo presso la cancelleria del Tribunale di Milano>>.

L'efficacia di ogni accordo "individuale" di ristrutturazione del debito (art. 182 bis) è stata inoltre sottoposta alla duplice condizione dell'accettazione del piano da parte di un numero di venti creditori chirografari rappresentanti, complessivamente crediti per un importo superiore alla soglia minima del 60% prevista dall'art. 182 bis, nonché all'omologa da parte del Tribunale di Milano entro il 30.6.09¹⁹⁴.

D) Il caso LA CASCINA.

Il nucleo dell'operazione di risanamento che ha coinvolto la società La Cascina Soc. Coop. S.p.a.¹⁹⁵, è rappresentato dalla ristrutturazione del debito fiscale della società, mediante lo strumento della transazione fiscale (art. 182 ter l. fall.), conclusa nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 ter comma VI).

La società La Cascina Soc. Coop. S.p.a., è uno degli operatori più importanti nel settore della ristorazione collettiva nel settore aziendale, scolastico e sanitario, e svolge la sua attività, direttamente o tramite società controllate.

Lo stato di crisi è stato determinato, in gran parte, dai ritardi dei pagamenti da parte della Pubblica Amministrazione, oltre che dall'aumento dei costi di produzione.

Pertanto, nonostante un andamento imprenditoriale positivo ed in continua espansione, lo sbilanciamento, tra il momento di esecuzione delle prestazioni e i tempi di riscossione del corrispettivo ha determinato un'erosione delle risorse finanziarie della società, imponendone il riequilibrio, attraverso una riorganizzazione delle modalità operative, ed un accordo transattivo (artt. 182 ter e 182 bis l. fall.) con il maggior creditore, rappresentato dall'Agenzia delle Entrate.

¹⁹⁴ Il ricorso era stato depositato in data 13 maggio 2009.

¹⁹⁵ L'omologazione dell'accordo era stata rigettata inizialmente dal Tribunale di Roma, Cfr. Trib. Civ. Roma, Sez. Fall. 5.11.2009, Pres. C. Monsurrò, Rel. F. Di Marzio (decreto ex art. 182 bis), successivamente, l'accordo è stato invece omologato dalla Corte di Appello, in seguito alla proposizione del reclamo, Cfr. Corte d'Appello Roma, Sez. I Civile, 1 giugno 2010, Pres. C. Pandolfi, Rel. M. Roberti, in, www.ilcaso.it.

Quest'ultima infatti vantava nei confronti della Cascina Soc. Coop. S.p.a. crediti per un importo superiore al 60% previsto dall'art. 182 bis l.f. e precisamente pari al 61,39% dei debiti della ricorrente, per un importo complessivo di € 70.597.203,00.

In applicazione del disposto degli articoli 182 ter e 182 bis l. fall., l'Agenzia delle Entrate ha consentito alla società ricorrente di provvedere all'estinzione dei debiti con il pagamento di tutte le imposte derivanti, dalla riliquidazione delle dichiarazioni e degli accertamenti, nonché dei tributi in contenzioso, nella misura del 50% con primo grado di giudizio favorevole alla società, e del 30% con secondo grado di giudizio favorevole alla società, oltre al 10% del totale degli interessi dovuti, con rinuncia agli interessi di mora maturati e maturandi sui debiti iscritti a ruolo e portati dalle cartelle di pagamento già notificate alla data dell'accordo e su quelli che, facendo parte del medesimo accordo, sarebbero stati successivamente iscritti a ruolo e notificati alla società per mezzo delle cartelle di pagamento.

In base a questi criteri sono state individuate le seguenti somme da pagare:

Ritenute Irpef per complessive € 14.906.894,00;

Iva per complessivi € 27.849.859,00

Irpeg/Ires/Ilor per complessive € 605.494,00

Irap per complessive € 10.752.403,00

Condono per complessive € 185.570,00

Altri tributi per complessivi € 352.740,00

Interessi per complessivi € 549.566,00 calcolati sul totale degli interessi dovuti, arrivando così ad una somma residua complessiva di € 55.202.526,00 maggiorata degli interessi per rateazione calcolati nella misura del saggio legale e delle sue variazioni, e dell'aggio e delle altre spese dovute all'Agente della Riscossione, previste a carico della Società, secondo i seguenti termini e modalità:

- a) pagamento di € 2.500.000,00 entro quindici giorni dalla data di efficacia del decreto di omologa ai sensi dell'art. 182 bis;
- b) numero due versamenti annuali di € 2.500.000,00 cadauno da effettuare entro il 15 Giugno dell'anno 2010 e dell'anno 2011;
- c) numero di quindici versamenti annuali secondo il piano di ammortamento.

E' stato così previsto un pagamento dilazionato del debito erariale in complessivi diciotto anni.

Di tali somme viene prevista un'imputazione in conformità a quanto previsto dall'art. 31 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 602.

Alla prima rata è stato imputato il pagamento delle somme iscritte a ruolo a fronte di rate non versate per istanze di condono ex art. 8 e 9 L. 289/2002, oltre che il 10% degli interessi, calcolati sul totale degli interessi dovuti e iscritti a ruolo, nonché l'aggio dovuto al concessionario della riscossione, sulle somme già iscritte o da iscrivere a ruolo.

A garanzia dell'adempimento di quanto previsto nell'accordo ex artt. 182 bis e 182 ter l. fall., la Società ha rilasciato ipoteca su alcuni immobili di sua proprietà, nonché fideiussione di due società controllate.

La Società e L'Agenzia si sono impegnate con la sottoscrizione dell'accordo a rinunciare a tutti i procedimenti contenziosi in essere, e a quelli ad essi connessi, obbligandosi a compiere tutti i relativi adempimenti processuali entro il termine di

sessanta giorni dalla data di efficacia del decreto di omologa ai sensi dell'art. 182 bis l. fall., con rinuncia ad avvalersi di eventuali pronunce *medio tempore* emesse.

Le parti hanno escluso espressamente la produzione di effetti novativi in relazione all'accordo concluso.

E' stata inserita inoltre una clausola risolutiva espressa, nella quale è stata prevista la risoluzione di diritto dell'accordo, con conseguente immediato ripristino dell'originaria posizione creditoria dell'Agenzia, al netto delle somme eventualmente pagate dalla Società, comprensiva degli ulteriori interessi, nei seguenti casi:

- a) mancato pagamento, totale o parziale, entro novanta giorni dalla scadenza prevista, anche di una sola delle rate;
- b) mancata o ritardata formalizzazione della rinuncia alle azioni legali pendenti;
- c) accertamento definitivo, successivamente alla redazione della transazione fiscale/accordo di ristrutturazione di violazioni e/o inadempimenti sostanziali costituenti altresì illecito penale in materia di tributi, diretti e indiretti, erariali, riferibili alla società e dalla stessa commessi, in qualunque tempo, diversi da quelli cui si riferiscono i crediti oggetto della transazione fiscale conclusa.

Per l'ipotesi di pagamento tardivo delle rate dovute, sulle somme tardivamente corrisposte, è stata prevista l'applicazione di una penale pari al triplo del saggio degli interessi correnti.

Ferma restando la rinuncia del Concessionario della riscossione, dalla data di efficacia del decreto di omologa, alle azioni esecutive in corso e ai provvedimenti di fermo amministrativo, è stata prevista la sola sospensione della esecutività delle iscrizioni a ruolo.

L'Agenzia delle Entrate si è riservata inoltre la possibilità di iscrivere a ruolo, entro i termini previsti dalla legge, ovvero di sottoporre a sgravio le ulteriori somme che risultassero eventualmente dovute o non dovute a seguito della definitiva liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni presentate dalla Società.

E' stata infine prevista un'ulteriore clausola risolutiva espressa, con la quale si è introdotta un'ipotesi di risoluzione di diritto in caso di assoggettamento della società ad una procedura concorsuale o per il caso di mancata omologazione dell'accordo.

CAPITOLO IV

VALUTAZIONE DEL TRIBUNALE ED EFFETTI DEGLI ACCORDI

SOMMARIO: 4.1. Il rapporto tra l'accordo e il procedimento. 4.2. Il rapporto tra l' "accordo" il "piano" di ristrutturazione 4.3.1. La relazione sull'attuabilità dell'accordo e la figura del professionista. 4.3.2. La relazione sull'attuabilità dell'accordo: contenuto e caratteristiche. 4.4. La pubblicazione dell'accordo nel Registro delle imprese. 4.5.1. L'omologazione del tribunale. 4.5.2. Il contenuto della tutela omologatoria: controllo di "legittimità" o di "merito. 4.5.3. I limiti posti ad una valutazione prospettica dell'idoneità dell'accordo a rimuovere lo stato d'insolvenza 4.6. Il rigetto della domanda di omologazione. 4.7. Gli effetti dell'accordo prima della pubblicazione nel registro delle imprese. 4.8.1 Gli effetti dell'accordo dopo la pubblicazione nel registro delle imprese: la protezione del patrimonio del debitore. 4.8.2. L'inapplicabilità del divieto di cui all'art. 182 bis comma 3 l. fall., alle azioni volte ad ottenere la dichiarazione di fallimento: la riunione dei procedimenti. 4.9. Gli effetti dell'accordo dopo l'omologazione: l'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare. La prededucibilità e l'esenzione dai reati di bancarotta (Rinvio). 4.10. Il nuovo art. 217 bis l. fall.: l'esenzione dai reati di bancarotta semplice e c.d. preferenziale. 4.11. Esclusione della concessione abusiva del credito con riferimento all'accordo di ristrutturazione omologato. 4.12. Vizi genetici e funzionali degli accordi (lineamenti). 4.13. Profili fiscali.

4.1. Il rapporto tra l'accordo e il procedimento.

Gli imprenditori commerciali possono dunque stipulare degli accordi di ristrutturazione dei debiti, ai sensi dell'art. 182 bis, l. fall., tuttavia lo Stato non ha rinunciato del tutto ad una forma di controllo, pertanto per il loro perfezionamento è richiesto, il decreto di omologazione del Tribunale, che integra un elemento necessario, affinché si producano quegli ulteriori effetti caratteristici della fattispecie¹⁹⁶ quali l'esenzione dall'azione revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in esecuzione dell'accordo (art. 67 comma 3 lett. e), la prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti erogati in esecuzione o in funzione dell'omologazione dell'accordo (art. 182 quater), nonché l'esenzione dai reati di bancarotta semplice (art. 217 l. fall.) o preferenziale (art. 216 comma 3 l. fall.), in relazione ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione dell'accordo omologato.

L'accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis dal punto di vista negoziale può presentare, come si è visto, una struttura articolata.

Al primo livello potrà esservi, ad esempio l'accordo di ristrutturazione in senso stretto, che svolgerà la funzione di accordo quadro, rispetto al quale i contratti a valle svolgeranno una funzione attuativa. Pertanto tutti questi contratti, come quelli diretti all'erogazione di nuova finanza, dietro rilascio di garanzie, alla conversione di crediti in capitale, alla cessione di *assets*, alla transazione fiscale, al *trust*, ecc, sono funzionalmente collegati, dallo scopo finale perseguito con la complessiva operazione economica, consistente nel superamento dello stato di crisi dell'impresa¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Cfr. V. GRECO, *Gli accordi di ristrutturazione come negozi fallimentari di utilità sociale*, in, *Riv. Dir. Fall.*, n. 5/2008, p. 642.

¹⁹⁷ L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis legge fallimentare*, in, *Il Fall.*, n.5/2007, p. 598.

La fattispecie si caratterizza per la presenza di due fasi: la prima stragiudiziale, in cui si manifesta l'autonomia privata delle parti e in cui viene valorizzata la genesi privatistica dell'accordo di ristrutturazione e la seconda giudiziale, attraverso lo svolgersi del procedimento descritto dall'art. 182 bis, in quanto l'accordo necessita dell'intervento del giudice per produrre *erga omnes* gli effetti caratteristici della fattispecie. Pertanto è stato evidenziato che l'accordo si configura come atto di autonomia privata, inserito in un procedimento giurisdizionale¹⁹⁸.

L'autonomia privata viene così valorizzata attraverso la previsione di una genesi essenzialmente privatistica dell'accordo raggiunto con i creditori, la cui stabilità, sotto il profilo dell'esenzione dall'azione revocatoria (art. 67 comma 3 lett. e), della prededucibilità dei crediti derivanti dai finanziamenti e dell'esenzione dai reati di bancarotta (art. 217 e 216 comma 3 l. fall.) viene però garantita da un provvedimento di omologazione del giudice.

Si è in presenza dunque di una serie di atti e di attività, teleologicamente collegati¹⁹⁹, così da costituire un vero e proprio procedimento, il quale si completa quando sussistono tutti gli elementi descritti dalla norma: accordo, pubblicazione, omologazione.

In un primo momento si assiste alla formazione del consenso delle parti, imprenditore, creditori ed eventuali terzi, i quali possono addivenire alla conclusione di un negozio plurilaterale con comunione di scopo, caratterizzato dunque da una causa unitaria, oppure alla conclusione di una pluralità di negozi bilaterali, nell'ipotesi in cui l'accordo si caratterizzi per la presenza di un fascio di contratti tra loro collegati, dotati dunque ognuna di una causa propria, e tuttavia diretti al raggiungimento di uno scopo unitario consistente nella rimozione dello stato di crisi.

Sia nel caso di unico accordo, sia in caso di una pluralità di negozi che compongono l'accordo, unica è l'operazione economica voluta dalle parti, pertanto nella ricostruzione della concreta disciplina di questi accordi, dovrà farsi riferimento non solo a quella dei singoli atti che la compongono, ma alla complessiva operazione economica considerata nella sua unitarietà.

L'accordo di ristrutturazione rappresenta infatti, sotto l'aspetto negoziale, una operazione economica unitaria in quanto pur in presenza di una pluralità di contratti che concorrono a realizzarla, unico il fine della stessa, ovvero la rimozione dello stato di crisi.

Anche ai fini della successiva pubblicazione e omologazione, l'accordo dovrà essere valutato comunque nel suo complesso, in quanto l'omologazione, anche in presenza di una pluralità di contratti collegati, avrà ad oggetto l'accordo nella sua interezza e non i singoli negozi singolarmente considerati.

Dal giorno della pubblicazione nel registro delle imprese, l'accordo acquista efficacia ai fini dell'opponibilità ai terzi, nonché sotto il profilo della protezione del patrimonio del debitore, in virtù del divieto per i creditori di iniziare o di proseguire azioni cautelari o

¹⁹⁸ E. GABRIELLI, *op ult. Cit.*, P. 6.

¹⁹⁹ Trib. Bari, decr. 21 novembre 2005, cit..

esecutive sul patrimonio dell'obbligato, per i sessanta giorni successivi alla pubblicazione. Quest'ultimo effetto, oggi può essere anticipato già alla fase delle trattative stragiudiziali in virtù delle modifiche apportate all'art. 182 bis ad opera del D.L. 78/2010 e dalla legge di conversione n° 122/2010 che hanno previsto la possibilità di ottenere la sospensione delle azioni esecutive e cautelari, nonché il divieto per i creditori di acquisire titoli di prelazione non concordati (art. 182 bis commi 6-7-8-9-) già durante le trattative stragiudiziali e al fine di agevolare il buon fine delle stesse.

Affinché tuttavia l'accordo possa produrre quegli effetti ulteriori, sopra descritti, che caratterizzano la fattispecie, distinguendo gli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis) rispetto ai precedenti concordati stragiudiziali, è necessaria l'omologazione dello stesso, con cui il procedimento si chiude.

Si è presenza dunque di una fattispecie complessa, la quale si completa solo in seguito allo svolgimento di tutte le fasi previste dalla legge. Pertanto l'accordo fin quando non ottiene l'omologazione da parte del tribunale o qualora questa sia negata si configura come contratto di diritto privato la cui disciplina è dettata dalle norme civilistiche.

L'omologazione dell'accordo, è un elemento che valorizza l'accordo di ristrutturazione (art. 182 bis) rispetto al piano di risanamento attestato (art. 67 comma 3 lett. d), in quanto assicura con maggiore intensità²⁰⁰, l'esenzione dall'azione revocatoria (art. 67 comma 3 lett. e), nonché l'esenzione dai reati di bancarotta semplice (art. 217) e preferenziale (art. 216 comma 3) proprio perché l'omologazione, come tale, rappresenta un giudizio di conformità di un atto ad un modello legale, per cui è essa stessa e non l'atto in sé a determinare l'effetto legale che ne deriva²⁰¹.

Tale verifica preliminare manca invece nei piani attestati di risanamento ex art. 67 comma 3 lett. d), per cui se in seguito ad una verifica giudiziale conseguente alla dichiarazione di fallimento si verificherà che gli atti posti in essere nel frattempo, in esecuzione dello stesso, non erano oggettivamente idonei a consentire il "risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria", si prenderà atto che la fattispecie di cui all'art. 67 comma 3 lett. d) non si è mai realizzata, con conseguente revocabilità degli atti esecutivi nel frattempo posti in essere configurabilità di eventuali responsabilità anche penali.

4.2. Il rapporto tra l' "accordo" il "piano" di ristrutturazione.

Per ottenere l'omologazione dell' accordo di ristrutturazione, l'imprenditore in crisi deve depositare nella cancelleria del Tribunale del luogo in cui l'impresa ha propria sede²⁰², un ricorso corredato dall'accordo raggiunto con i creditori, oltre che dalla

²⁰⁰ Salvo, forse i casi di frode, cfr. M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Riv. Dir. Civ.*, Padova, 2009, pag. 344.

²⁰¹ Occorre inoltre considerare che il nuovo art. 182 quater l. fall. in tema di preuducibilità trova applicazione solo per il concordato preventivo (art. 160 l. fall.) e gli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis), ne restano dunque fuori i piani di risanamento attestati (art. 67 comma 3 lett. d).

²⁰² Non viene precisato quale sia il Tribunale competente a ricevere la domanda di omologazione, se quello del luogo in cui l'impresa ha la sede principale o quello del luogo in cui è la sede legale.

documentazione prevista dal richiamato art. 161 l. fall., per la procedura di concordato preventivo (art. 161 comma 2) e dalla relazione del professionista relativa all' idoneità dell' accordo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei (art. 182 bis).

Dunque dal combinato disposto degli artt. 182 bis e 161 l. fall., si evince che alla domanda introduttiva del procedimento, da presentarsi nella forma del ricorso andrà allegato innanzitutto l' accordo raggiunto con i creditori per il superamento della crisi.

L' accordo dev' essere considerato l' elemento determinante per consentire il superamento della crisi, questo potrà risultare da un unico documento o eventualmente da distinti contratti conclusi con i vari creditori, in ogni caso l' eventuale mancanza di una unicità documentale delle singole dichiarazioni di volontà, non altera l' unicità dell' operazione economica sotto il profilo sostanziale e funzionale.

Nell' ambito della disciplina degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis) per quanto concerne i documenti da allegare all' accordo al momento del deposito del ricorso, non vi è alcun riferimento al c.d. "piano" previsto invece dall' art. 160 l. fall. per il concordato preventivo. L' art. 182 bis comma 1, rinvia infatti per l' individuazione della documentazione da allegare al ricorso, soltanto all' art. 161 l. fall. che non menziona nessun piano, al quale fa invece riferimento l' art. 160 l. fall. rispetto al quale però non vi è alcun rinvio.

Invero con riferimento agli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis) può parlarsi di "piano" o di "programma" di ristrutturazione innanzitutto per individuare quel documento che nella fase iniziale delle trattative stragiudiziali può eventualmente essere sottoposto dall' imprenditore in crisi, ai propri creditori al fine di cercare di calamitare il consenso di questi attorno all' ipotesi ristrutturativa prospettata. "Piano" o "Programma" che nella fase di negoziazione potrà eventualmente essere oggetto di modifiche, nel legittimo esercizio dell' autonomia contrattuale riconosciuta alle parti, nel confezionamento degli accordi di ristrutturazione.

Orbene il contenuto definitivo di questo "Piano" una volta ottenuto il consenso definitivo dei creditori (art. 1326 cod. civ.) costituirà l' oggetto (art. 1325 n 3 cod. civ.) dell' accordo di ristrutturazione. Dal punto di vista documentale potrà essere trasfuso nell' ambito dell' accordo di ristrutturazione (art. 182 bis) che viene allegato ricorso; in tal caso ricorrerà un' ipotesi di individuazione "*per relationem*" dell' oggetto del contratto, ma, in ogni caso, questo "Piano di ristrutturazione" si differenzia da quello previsto dall' art. 160 l. fall., perchè esso non è imposto unilateralmente, ma è il frutto della composizione negoziale della crisi di impresa, risultante dalla negoziazione volta al superamento dei conflitti d' interesse, attraverso l' incontro dei consensi dell' imprenditore in crisi e dei suoi creditori, in ciò evidenziandosi uno dei vantaggi competitivi dell' accordo di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo. Ciò comporta che esso potrà essere modificato, nel corso delle trattative, anche laddove

Quest' ultima soluzione sembra preferibile se si considera che la richiesta di pubblicazione dell' accordo nel registro delle imprese dovrebbe comunque essere presentata al registro delle imprese in cui risulta iscritta l' impresa, ovvero nel luogo della sede legale, in questo senso si è pronunciata tra l' altro la recente giurisprudenza di merito, ritenendo applicabile nel procedimento di cui al 182 bis il rito camerale ed escludendo l' applicazione, anche analogica delle norme che regolano il concordato preventivo: Così Trib. Milano 23 gennaio 2007, decr.

preveda una suddivisione dei creditori in classi, questa infatti nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione (art. 182) è soltanto facoltativa e non preclude la possibilità di giungere alla fine delle trattative, alla conclusione di un accordo che prevede trattamenti differenziati all'interno della stessa classe. Ciò che è necessario è che siano soddisfatti i requisiti del raggiungimento della percentuale minima del 60% della massa creditoria e dell'idoenità dell'accordo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei all'intesa.

Occorre inoltre evidenziare che l'art. 182 bis comma 2, prevede la pubblicazione nel registro delle imprese, del solo accordo di ristrutturazione dei debiti, pertanto affinché le informazioni rese così disponibili ai creditori possano considerarsi complete, è necessario che l'accordo di ristrutturazione, recepisca al suo interno, il "piano di ristrutturazione", che potrà eventualmente articolarsi a sua volta in un "piano economico finanziario" e in un "piano industriale".

Ovviamente la pubblicazione presso il registro delle imprese, dovrà riguardare l'accordo già concluso e recante le sottoscrizioni dei creditori aderenti e non già una mera proposta di accordo, a pena di inammissibilità del ricorso²⁰³

Parte della giurisprudenza²⁰⁴ ha evidenziato la necessità di sottoporre ai creditori, attraverso la pubblicazione nel registro delle imprese, non solo l'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis), ma anche la relazione dell'esperto ed eventuali piani finanziari e industriali, qualora i dati da essi risultanti non siano stati recepiti nell'accordo²⁰⁵.

E' stato precisato, inoltre, che dal momento che l'accordo dev'essere tale da garantire il regolare pagamento dei creditori estranei, può ipotizzarsi la autosufficienza dello stesso, soltanto nel caso in cui la ristrutturazione sia finalizzata alla liquidazione dell'impresa, poichè in questa ipotesi l'attività d'impresa cessa, o viene ceduta a terzi, per cui occorrerà solo dimostrare, che le risorse messe a disposizione, sono realmente disponibili, nonché sufficienti a pagare i creditori, nella misura e nei tempi concordati, per quelli aderenti al piano, per intero e alla scadenza per gli estranei. Laddove, invece, l'accordo di ristrutturazione (art. 182 bis) sia funzionale alla continuazione dell'attività d'impresa, il pagamento dei creditori estranei, intanto potrà essere assicurato, e dunque l'intera operazione considerata attuabile, in quanto accanto all'accordo, vi sia un piano che indichi le cause della crisi finanziaria e/o economica ed i rimedi che si intendono attuare per evitare che l'impresa venga poi a trovarsi nella medesima situazione.²⁰⁶

L'accordo da sottoporre all'omologazione, dovrà essere inoltre corredato da una relazione redatta da un professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), che dovrà attestare la fattibilità dell'accordo stesso, con particolare

²⁰³ Così Trib. Vicenza, 21 dicembre 2009, Pres. Bozza, Est. Limitone, in, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2315.pdf>;

²⁰⁴ Tribunale di Roma, Cfr. Trib. Civ. Roma, Sez. Fall. 5.11.2009, Pres. C. Monsurrò, Rel. F. Di Marzio (decreto ex art. 182 bis);

²⁰⁵ Tribunale di Roma, Cfr. Trib. Civ. Roma, Sez. Fall. 5.11.2009, Pres. C. Monsurrò, Rel. F. Di Marzio (decreto ex art. 182 bis)

²⁰⁶ Così Trib. Roma 20 maggio 2010, Pres. C. Monsurrò, Rel. F. Miccio (decreto ex art. 182 bis), in, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2238.pdf>.

riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei (art. 182 bis comma 1).

Dovranno inoltre allegarsi ai sensi dell'art. 161 l.fall. un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa ed uno stato analitico ed estimativo delle attività; l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; dovrà altresì essere specificato il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

A questi documenti, da considerarsi necessari in virtù della previsione di cui all'art. 182 bis nonché del rinvio espresso all'art. 161 l. fall. se ne potranno aggiungere altri eventuali, si pensi ad esempio alla transazione fiscale, alle planimetrie dei beni immobili da vendere o da offrire in garanzia, o ad una situazione patrimoniale ed economica dell'impresa debitrice o ad piano industriale sulla cui attendibilità si basa la concessione di finanziamenti o l'acquisizione di un ramo d'azienda.

Nulla vieta che tra i documenti, che possono eventualmente allegarsi al ricorso, al fine di offrire al giudice una prospettiva più completa del progetto di ristrutturazione, vi possa rientrare un eventuale piano di risanamento attestato ex art. 67 comma 3 lett. d), laddove sia stato utilizzato anche questo strumento, ad esempio per redigere un piano industriale o finanziario.

Allo stesso modo, laddove la ristrutturazione coinvolga più società operanti nella forma di gruppo, è sicuramente opportuno allegare anche un piano di risanamento che evidenzi la strategia complessiva di ristrutturazione del gruppo²⁰⁷.

4.3.1 La relazione sull'attuabilità dell'accordo e la figura del professionista.

Con il D.L. n. 35/2005 veniva introdotta nell'ambito del diritto fallimentare, la figura dell'«esperto», che nel concordato preventivo (art. 161 comma 3 l. fall.) doveva attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, negli accordi di ristrutturazione l'attuabilità dell'accordo (art. 182 bis), nel piano di risanamento la ragionevolezza del piano (art. 67 comma 3 lett. d).

²⁰⁷ Sotto tale profilo cfr. il decreto di omologa degli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis che hanno coinvolto le società del Gruppo GABETTI S.p.a.: Trib. Milano, 17, giugno 2009, M. Galioto Pres / Rel., il quale ha ritenuto che «*nell'ipotesi di accordo di ristrutturazione dei debiti, proposto da una società capogruppo, il cui piano industriale strategico, costituente parte integrante dell'accordo, coinvolge, complessivamente, non solo la società predetta, ma in ragione dell'attività di direzione e coordinamento da questa esercitata, anche le società controllate o collegate, la relazione dell'esperto, può essere opportunamente redatta in maniera unitaria e contenere valutazioni inerenti l'intero piano di riorganizzazione, motivate in maniera coerente sotto il profilo della ragionevole prospettiva di riuscita del piano medesimo, sia pure con diversi gradi di positività della prognosi, in relazione alle singole società del gruppo.*>>

La nuova figura professionale era caratterizzata da un'irragionevole disparità dei requisiti richiesti nelle diverse ipotesi introdotte dal legislatore:

il professionista di cui all'art. 161 l.fall. doveva possedere i requisiti del novellato art. 28 l.fall., l'estensore dell'attestato dei piani di risanamento richiamava l'art. 2501 *bis*, quarto comma cod. civ., mentre per l'esperto degli accordi di ristrutturazione non era richiesta alcuna specifica qualità professionale. Diversificazione questa, considerata dalla dottrina priva qualsiasi giustificazione²⁰⁸.

Nell'originaria formulazione dell'art. 182 *bis*, non era richiesto, alcuno specifico requisito professionale all'esperto chiamato a redigere la relazione sull'attuabilità dell'accordo, pertanto in assenza di specifiche previsioni normative, secondo parte della dottrina questa attività poteva essere svolta non soltanto da dottori commercialisti e da altri esperti contabili, o comunque da soggetti che possedessero i requisiti di cui all'art. 28 l.fall., ma anche da professionisti che avessero comunque, a prescindere dal titolo di studio, una qualche esperienza pregressa nella gestione della crisi d'impresa e delle ristrutturazioni aziendali²⁰⁹.

Secondo altra parte della dottrina²¹⁰, invece, l'esperto doveva comunque aver sostenuto un esame di stato, ed essere ricompreso tra quelli cui l'ordinamento giuridico riconosce una specifica competenza tecnica in materia di procedure concorsuali, ovvero doveva trattarsi di un iscritto nella sezione dell'albo dei dottori commercialisti e dei ragionieri. Coloro i quali consideravano l'istituto come un concordato semplificato applicavano all'esperto i requisiti soggettivi di cui all'art. 161 l.fall.: l'esperto veniva identificato quindi con il professionista di cui all'art. 28 l.fall., con le stesse caratteristiche di terzietà e imparzialità.

Il D.lgs. 169/2007 nel novellare il testo dell'art. 182 bis l. fall., ha sostituito il termine <<esperto>>, cui faceva riferimento la norma, nella sua formulazione originaria, con la figura di un <<professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma lett. d) >>, il quale dovrà predisporre una relazione sull'attuabilità dell'accordo. Quest'ultima norma, in particolare, prescrive che il piano di risanamento, al fine di evitare l'azione revocatoria, debba essere attestato da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili che abbia i requisiti previsti dall'art. 28 lett. a) e b) ai sensi dell'art. 2501 – *bis*, comma 4 cod. civ.. L'art. 2501 bis, a sua volta rinvia all'art. 2501 e quest'ultimo all'art. 2409 *bis*.

Per quanto concerne i requisiti di cui dev'essere in possesso il professionista, l'art. 67, comma 3, lett. d) richiede l'iscrizione nel registro dei revisori contabili e per il resto rinvia all'art. 28, comma 1, lett. a) e b). Quest'ultima norma sotto la rubrica <<requisiti per la nomina a curatore>> individua due categorie: alla lettera a) gli avvocati e i commercialisti e alla lettera b) le società professionali.

²⁰⁸ Cfr. FABIANI, *le trasformazioni della legge fallimentare*, p. 161 ; FERRO, *Ristrutturazione dei debiti (accordi di)*, in, *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, Padova 2007, 1422.

²⁰⁹ Così AMBROSINI, *op. ult. Cit.*, .p. 2547; DE CRESCIENZO-PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, 66.

²¹⁰ FAUCEGLIA G. , *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Dir. Fall.*, 2005, I, p. 845.

L'incarico può quindi essere espletato anche da uno studio professionale associato o da una società tra professionisti, purchè sia specificamente indicata quale sia la persona fisica appartenente allo studio o alla società da ritenersi responsabile della relazione sull'attuabilità dell'accordo e che deve essere iscritta all'albo dei revisori contabili con i requisiti di cui all'art. 28, lett. a) l. fall..

Poiché il richiamo all'art. 28 l.fall. è espressamente limitato alle lettere a) e b) si deve trattare di un professionista iscritto negli albi professionali citati dalla norma; si osserva infatti che la novella non ha richiamato la lett. c) dell'art. 28 comma 1, così escludendo dall'incarico di redigere la relazione sull'accordo di ristrutturazione i c.d. amministratori, direttori e controllori di società azionarie che abbiano dato prova di adeguate capacità imprenditoriali. L'idoneità soggettiva del professionista, andrà valutata inoltre, non solo con riferimento al possesso dei requisiti formali di cui all'art. 28 primo comma lett. a) e b) l. fall., ma anche con riferimento alla sussistenza di un eventuale conflitto d'interessi, così come espressamente previsto dal secondo comma della medesima disposizione di legge, con riferimento al fallimento. Ne consegue che non potrà svolgere tale funzione, ad esempio, un creditore o chi sia stato alle dipendenze dell'imprenditore, ovvero chi abbia intrattenuto con lui un rapporto continuativo di collaborazione.

Il professionista dovrà attestare l'assenza di conflitto d'interessi mediante una specifica dichiarazione inserita nella relazione.

La mancanza dei requisiti professionali richiesti nel professionista, chiamato a verificare l'attuabilità dell'accordo determinerà il rigetto della domanda, che però potrebbe essere comunque riproposta, corredata, questa volta, da una nuova relazione²¹¹. Alla stessa conclusione di rigetto della domanda, dovrà pervenire il tribunale nell'ipotesi in cui la relazione non fosse corredata dalla dichiarazione del professionista di assenza del conflitto d'interessi, omissione che potrebbe comunque essere sanata prima della pronuncia dell'organo giurisdizionale.

L'assunto secondo cui il professionista può essere nominato dallo stesso debitore non è accettato da parte della dottrina²¹², la quale afferma che la nomina dell'esperto debba essere fatta dal presidente del tribunale allorché l'accordo di ristrutturazione concerna una s.p.a o una s.a.p.a. . In senso contrario è stato osservato²¹³ che l'art. 2501 *bis* comma 4, richiama la relazione e non i requisiti degli esperti di cui al successivo art. 2501 *sexies* dove sono invece descritti anche i requisiti di questi. Sembra preferibile ritenere, in considerazione del principio dell'autonomia privata che caratterizza l'istituto, che la nomina del professionista non competeva al tribunale, ma all'imprenditore in crisi²¹⁴, tuttavia in un recente caso²¹⁵ di omologa di un accordo di

²¹¹ Cfr. PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Il Fall.*, n. 2/2006, p. 129 e segg.

²¹² Si esprimono in questo senso: L. MANDRIOLI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, § 2.8 in atti del convegno, *La riforma del diritto fallimentare*, Milano, 7 ottobre 2005; M. FERRO, *Il piano attestato di risanamento*, in, *Il Fall.*, 2005, 1361; A. JORIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa tra <<privatizzazione>> e tutela giudiziaria*, *ibidem*, 1457; V. DONATO, *Revocatoria della rimesse bancarie ed esenzioni dalla revocatoria a fronte di piani di risanamento: profili tecnico-aziendalistic*, in, *Il dir. Fall.*, 2006, I, pag. 389.

²¹³ G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, in, *Riv. Dir. Fall.*, n. 6 del 2007, p. 942 e segg.

²¹⁴ In tal senso G. VERNA, *op. ult. Cit.*, p. 950.

ristrutturazione il Tribunale, ritenendo non esaustiva la relazione predisposta dal professionista nominato dall'imprenditore, ha nominato un consulente tecnico d'ufficio per verificare la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 182 bis.

Ulteriori requisiti professionali sono stati individuati²¹⁶ nell'indipendenza e nella terzietà del professionista, nella tempestività del suo intervento; in particolare questi non deve trovarsi in una delle situazioni di incompatibilità previste per le società di revisione che svolgono l'attività di revisione contabile delle società quotate, rispetto all'impresa e a coloro che beneficiano delle esenzioni da revocatoria e comunque rispetto ai principali creditori. E' inoltre opportuno che il professionista chiamato ad attestare l'idoneità dell'accordo sia soggetto diverso dal consulente dell'impresa²¹⁷.

Costituendo la valutazione della veridicità dei dati aziendali un presupposto logico indefettibile della relazione redatta dal professionista, ed essendo questa valutazione assoggettata, attraverso l'omologazione, ad un giudizio di conformità ad un modello legale, deve ritenersi che il fallimento dell'impresa, in seguito all'omologazione, non possa far sorgere alcuna responsabilità del professionista attestatore, il cui operato è stato già oggetto di un giudizio positivo da parte del giudice in sede di omologa.

Sarebbe infatti eccessivamente gravoso, attribuire al professionista attestatore, una indistinta responsabilità per un ipotetico danno causato alla massa dei creditori, danneggiata da un'eventuale ritardato fallimento o da atti di disposizione del patrimonio dell'impresa fallita, attuati in esecuzione dell'accordo omologato.

D'altro canto le vicende dell'impresa, anche successive all'omologazione dell'accordo, sono conseguenza soprattutto di scelte strategiche del *management* e di fattori di mercato, e non certo delle prospettazioni del professionista attestatore, a loro volta confermate dal giudice dell'omologa.

4.3.2. La relazione sull'attuabilità dell'accordo: contenuto e caratteristiche.

Per quanto concerne il contenuto e le caratteristiche della relazione sull'attuabilità dell'accordo, questa dovrà riguardare, secondo quanto dispone l'art. 2501 *bis* comma 4 e 2, la ragionevolezza del piano di ristrutturazione, specificando le risorse finanziarie previste per il pagamento dei creditori estranei all'accordo.

La consegna della relazione esaurisce l'attività del professionista, salvo successive integrazioni e delucidazioni eventualmente richieste dall'organo giudiziario in sede di omologa²¹⁸.

²¹⁵ Trib. Rimini, 20 marzo 2009, Est. R. Talia: decreto di omologazione ex art. 182 bis, in, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1650.htm>.

²¹⁶ *Il Finanziamento delle Imprese in Crisi, Linee Guida, 2010*, elaborate nell'ambito di un progetto che ha visto la collaborazione dell'Università di Firenze, del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili e dell'Assonime. Il documento è disponibile agli indirizzi: www.unifi.it/nuovodirittofallimentare; oppure www.cndcec.it, o anche www.assonime.it

²¹⁷ Così come modificato dalla legge 28 dicembre 2005 n. 262 e dal Regolamento Emittenti, Capo I bis, (Incompatibilità), artt. 149 bis e segg..

²¹⁸ BELLO, in, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa e del fallimento*, (a cura di) F. Di Marzio, Milano, 2006, 494.

La relazione si dovrà concludere con un giudizio finale di attuabilità o meno dell'accordo, cioè con un'attestazione positiva o negativa, in quanto il dettato legislativo non lascia spazio ad altre soluzioni, che ad esempio sottopongono l'attestazione a termini, condizioni o riserve. In questi casi infatti il tribunale non potrebbe che dichiarare inammissibile la domanda, per mancanza di uno dei presupposti di legge richiesti per il suo accoglimento.

E' dibattuto in dottrina se il professionista debba garantire la veridicità dei dati aziendali o se invece egli debba limitarsi ad un esame documentale.

Secondo una prima prospettiva²¹⁹ il controllo del professionista, dovrebbe essere solo documentale, in quanto nell'esercizio dello stesso occorrerebbe presumere, se non emergono elementi contrari, la veridicità delle scritture in quanto oggetto della relazione non è la verifica dell'attendibilità dei dati aziendali, ma la previsione di regolare pagamento dei creditori estranei, in base a quei dati.

Tuttavia è chiaro che tale professionista non potrà recepire acriticamente dati contabili che siano palesemente contraddittori, dovendo comunque effettuare un controllo documentale²²⁰.

Sembra pertanto preferibile ritenere, che il professionista debba comunque garantire la veridicità dei dati aziendali, costituendo essi il presupposto del giudizio di fattibilità dell'accordo, in questa attività, pertanto, egli non potrà limitarsi a garantire la mera corrispondenza tra i dati utilizzati nel piano e la contabilità aziendale, dovendo invece garantire l'esattezza dei dati aziendali sui quali si basa l'accordo.

La mancanza di un giudizio di attendibilità dei dati aziendali priverebbe di fondamento la successiva attestazione di attuabilità dell'accordo e la sua idoneità ad assicurare il pagamento dei creditori estranei, inoltre la presenza del professionista deve ritenersi proprio funzionale al superamento delle asimmetrie informative²²¹.

Nelle imprese di dimensioni medio grandi, data l'impossibilità di eseguire una verifica di tutti i dati aziendali in tempi ragionevoli e con costi non esorbitanti, è opportuno che il professionista ponga particolare attenzione agli elementi di maggiore importanza sotto il profilo quantitativo, con particolare riferimento ai flussi di cassa attesi, nonché agli aspetti che presentano possibili rischi ai fini dell'attestazione e alla mancanza di elementi che destino sospetti in relazione alla veridicità delle rappresentazioni contabili dei fatti di gestione.

In linea con questa interpretazione, la giurisprudenza²²² ha valutato negativamente un accordo di ristrutturazione, per il quale vi era una relazione molto generica sulla

²¹⁹ F. INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, in *Riv. Dir. Fall.*, n. 6, 2007, p. 932; PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 133.

²²⁰ F. INNOCENTI, *op. ult. Cit.*, p. 933.

²²¹ Cfr. Trib. Milano 10 novembre 2009, (decr.) Pres. Lamanna, Rel. Perrotti, in www.ilcaso.it; *Linee Guida sul Il Finanziamento alle Imprese in Crisi*, del 2010, P. 13 e segg., elaborate nell'ambito di un progetto che ha visto la collaborazione dell'Università di Firenze, del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili e dell'Assonime. Il documento è disponibile agli indirizzi: www.unifi.it/nuovodirittofallimentare; oppure www.cndcec.it, o anche www.assonime.it.

²²² Cfr. Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, pag. 169 e segg.

fattibilità del piano, e da cui non risultava quale fosse la percentuale dei creditori aderenti e quindi se fosse stata raggiunta la soglia del 60% dei crediti.

E' chiaro poi che l'oggetto dell'attestazione dipenderà dall'ampiezza del contenuto dell'accordo.

Un elemento che differenzia e caratterizza l'attività del professionista di cui all'art. 182 *bis*, rispetto alla disciplina del concordato preventivo, è la circostanza che esso non dovrà soltanto attestare in maniera generica la fattibilità e la attuabilità del piano, ma dovrà attestare altresì l'idoneità dell'accordo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei e non il mero soddisfacimento degli stessi, come previsto nel concordato preventivo.

La relazione pertanto dovrebbe descrivere in maniera dettagliata le attività destinate al pagamento dei creditori estranei, l'effettiva possibilità dell'accordo di ristrutturazione di generare la liquidità necessaria, nel caso in cui lo stesso non contenga già l'indicazione di una somma vincolata per tale finalità.

Ne consegue che la valutazione della veridicità dei dati aziendali costituisce un presupposto logico indefettibile della relazione redatta dal professionista.

Laddove poi dal ricorso e dalla relazione attestativa emerga che la condizione di omologabilità, costituita dal regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo, dipenda, tra l'altro, e sia quindi assicurata, dalla concreta possibilità di poter perfezionare un finanziamento bancario, poiché quest'ultimo diventa decisivo per la ragionevolezza in astratto e la fattibilità in concreto degli impegni assunti con l'accordo, occorre che l'attestazione del professionista si concentri anche su tale aspetto²²³, assicurando, attraverso una motivazione dettagliata ed esaustiva, la coerenza complessiva del piano industriale e del programma finanziario, rivelandosi, in caso contrario illogica e inutile alla scopo per il quale la legge la prevede.

4.4. La pubblicazione dell'accordo nel Registro delle imprese.

L'accordo di ristrutturazione dev'essere pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione (art. 182 *bis*, comma 2). Si tratta di un adempimento pubblicitario che dovrà essere curato dalla parte interessata, e dunque dall'imprenditore in stato di crisi, ovvero a seconda dei casi dal legale rappresentante della società o dal titolare dell'impresa individuale interessata, il quale dovrà provvedere al deposito di una copia dell'accordo di ristrutturazione e della relazione del professionista che attesti l'idoneità dello stesso ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei, dichiarato conforme all'originale depositato nella cancelleria del tribunale ai sensi dell'art. 19 del D.P.R. 445/2000.

²²³ Cfr. Trib. Civ. Roma, sez. Fall., 4.11.2009, Pres. Monsurrò – Rel. Di Marzio (decreto ex art. 182 *bis*, L. fall), in, www.ilcaso.it.

Nell'ipotesi in cui l'accordo si sia formato in seguito allo scambio di singole proposte e accettazioni, si renderà necessario il deposito di tutta la relativa documentazione contrattuale^{224 225}.

Parte della dottrina riteneva invece che il piano dovesse essere prima depositato presso il Registro delle imprese, in quanto in caso contrario sarebbe precluso il prosieguo della procedura, dovendo il tribunale dichiarare l'inammissibilità del ricorso in mancanza della preventiva pubblicazione presso il Registro delle Imprese²²⁶.

Questa problematica deve ritenersi superata alla luce delle modifiche introdotte dal decreto correttivo (D.lgs. 169/2007) dal momento che adesso l'art. 182 bis nella sua nuova formulazione prevede che: <<l'imprenditore... può domandare, depositando la documentazione... l'omologazione di un accordo...(omissis). L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese>>. Orbene la collocazione del gerundio "depositando" subito dopo il verbo domandare, evidenzia la successione temporale tra il preventivo deposito in cancelleria della domanda giudiziale e la successiva iscrizione nel registro delle imprese. Questa è stata tra l'altro la prassi seguita fin dall'inizio dalle Camere di Commercio e dai Tribunali²²⁷.

4.5.1. L'omologazione del tribunale.

Entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione. Il Tribunale decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato (art. 182 bis comma 4). I soggetti legittimati a proporre un'eventuale opposizione, vengono individuati dalla norma nei <<creditori e ogni altro interessato>>.

Per quanto concerne i creditori occorre stabilire innanzitutto se con tale termine la norma abbia inteso riferirsi esclusivamente ai creditori rimasti estranei all'accordo o eventualmente anche alla categoria dei creditori aderenti.

Invero per quanto concerne i creditori estranei all'accordo, un loro attuale interesse ad agire in opposizione, può individuarsi essenzialmente nella inidoneità dello stesso ad assicurare il loro regolare pagamento, così come prescritto dalla norma, circostanza che

²²⁴ E' discusso se questa debba essere depositata in copia conforme o meno, una recente pronuncia giurisprudenziale ha ritenuto non necessario che le adesioni all'accordo fossero depositate in copia autentica, Così Trib Rimini, 20 marzo 2009, in, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1650.htm>

²²⁵ E' stata evidenziata l'opportunità, anche al fine di limitare le spese di pubblicazione, che il tribunale rilasci un estratto contenente gli elementi essenziali dell'accordo, unitamente all'avvertenza che gli interessati possono visionare la documentazione completa presso il tribunale o il professionista, Così: G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, in, *Riv. Dir. Fall.*, n. 6/2007, p. 954.

²²⁶ Così FERRO, *Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, cit. p. 59; Trib. Brescia 22 febbraio 2006, aderisce alla tesi secondo cui il primo atto del procedimento di formazione degli accordi di ristrutturazione è depositato dal deposito presso il Registro delle Imprese, necessariamente anteriore a quello in tribunale.

²²⁷ Cfr. Trib. Rimini 20 marzo 2009: <<decreto di omologazione ex art. 182 bis>>, in, www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1650.htm.

andrà adeguatamente dimostrata, trattandosi anche di contestare quanto affermato dal professionista nella propria relazione. Questo sembrerebbe l'unico motivo per il quale l'accordo potrebbe essere impugnato dai creditori estranei, trattandosi dell'unico profilo espressamente considerato dall'art. 182 bis, dovendo trovare, per il resto, comunque applicazione il principio di relatività degli effetti negoziali di cui all'art. 1372 cod. civ. comma 2, per cui l'accordo non può produrre effetti, rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge.

Per quanto concerne invece la posizione dei creditori aderenti all'accordo, la loro legittimazione a proporre opposizione, trova fondamento sia nel tenore letterale della norma, che fa generico riferimento alla figura dei "creditori", sia nell'esigenza di riconoscere ai creditori aderenti, la possibilità di rivedere la propria posizione contrattuale. Ciò infatti sarebbe giustificato dal fatto, che tutti i documenti da allegare al ricorso per l'omologa vengono depositati in Tribunale e pubblicati nel registro delle imprese, quando l'accordo è già stato raggiunto, per cui dopo la pubblicazione nel registro delle imprese e sulla base delle notizie così acquisite, può sorgere l'interesse per un creditore aderente, ad opporsi all'omologazione dell'accordo.

Per quanto concerne invece il riferimento a <<ogni altro interessato>>, occorre verificare di volta in volta la sussistenza di un attuale interesse ad agire (art. 100 c.p.c.).

Il Tribunale decide le opposizioni con procedimento in camera di consiglio, pertanto aderendo alla tesi che evidenzia la natura autonoma degli accordi di ristrutturazione, troveranno applicazione le disposizioni previste dagli artt. 737 e segg. c.p.c. in tema di disposizioni comuni sui procedimenti in camera di consiglio, per cui il procedimento è introdotto con ricorso e il tribunale, assunte sommarie informazioni decide con decreto. La forma della domanda è quella del ricorso da depositarsi presso la cancelleria del tribunale.

Si ritiene applicabile anche al giudizio di omologa, il principio generale di cui all'art. 82 comma 3 c.p.c. che afferma la necessità della rappresentanza tecnica per i procedimenti innanzi al tribunale, per cui il ricorso introduttivo dovrà essere sottoscritto da un difensore fornito di procura alle liti.

In assenza di opposizioni il tribunale si limiterà a fissare un'udienza in camera di consiglio per la comparizione del debitore che ha depositato la domanda di omologazione dell'accordo.

In presenza di opposizioni invece, il tribunale dovrà provocare l'instaurazione del contraddittorio tra le parti pronunciando un decreto e disponendo che lo stesso, unitamente al ricorso dell'opponente sia notificato al debitore, lasciando un adeguato lasso di tempo tra la notifica e l'udienza, al fine di permettere al debitore un adeguato esercizio del suo diritto di difesa²²⁸.

Il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato (art. 182 bis quarto comma).

²²⁸ Cfr. CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Le nuove norme processuali e fallimentari* (a cura) di C. Punzi – E.F. Ricci, Padova, 2005, 220.

Si ritiene che il procedimento mantenga la sua natura unitaria anche in seguito ad eventuali opposizioni, alle quali non consegue una fase decisoria autonoma, costituendo le stesse l'antecedente logico della decisione finale.

In ogni caso il tribunale dovrà verificare prima la sussistenza dei presupposti, delle condizioni procedurali di accesso alla procedura, prima fra tutte l'avvenuto deposito dell'accordo presso il registro delle imprese, nonché la competenza del tribunale adito e la qualità di imprenditore commerciale del debitore istante. L'organo giudiziario dovrà poi verificare il deposito della relazione del professionista, i suoi requisiti professionali e la documentazione prevista dal richiamato art. 161 l.fall. e quindi della relazione patrimoniale aggiornata, dello stato analitico dell'attivo e del passivo, dell'elenco dei diritti dei terzi, del valore dei beni e dei crediti particolari dei soci illimitatamente responsabili.

Un ulteriore aspetto, oggetto della valutazione preliminare del tribunale, è quello relativo alla necessità che l'accordo sia stato stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti. Sotto tale profilo, una prima pronuncia giurisprudenziale aveva ritenuto che la percentuale del sessanta per cento dei crediti dovesse raggiungersi al momento del deposito e della pubblicazione nel registro delle imprese²²⁹; in senso contrario una più recente giurisprudenza ha invece ritenuto, che il raggiungimento della percentuale minima di adesioni del sessanta per cento non costituisce un presupposto di ammissibilità dell'accordo di ristrutturazione, ma condizione dell'omologazione, per cui è sufficiente che essa sussista al momento dell'omologazione medesima²³⁰.

Nell'ipotesi in cui all'accordo di ristrutturazione si accompagni una transazione fiscale, la percentuale prevista, dovrà considerarsi quella risultante dalla somma dei crediti tributari e di quelli dei creditori sottoscritti dall'accordo.

Ai fini del computo della percentuale del 60% dei crediti, l'ultimo comma del nuovo art. 182 quater, inserito nella legge fallimentare dal D.L. 78/2010, ha previsto che i crediti derivanti da finanziamenti erogati banche e altri intermediari finanziari in funzione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 quater comma 2), nonché quelli derivanti da finanziamenti effettuati dai soci (art. 182 quater comma 3), e quelli spettanti al professionista incaricato di redigere la relazione sulla fattibilità dell'accordo (art. 182 quater comma 4), sono esclusi dal computo della percentuale del 60% dei crediti, richiesta dall'art. 182 bis primo comma, ai fini dell'omologazione dell'accordo, nonché dall'art. 182 bis comma 6, ai fini dell'istanza di sospensione depositata nel corso delle trattative stragiudiziali.

La verifica delle condizioni di omologabilità dell'accordo, costituisce il contenuto necessario dell'accertamento demandato al tribunale.

²²⁹ Così Trib. Brescia, 22 febbraio 2006 (decr), in, *Il Fall.*, n. 6/2007, p. 669, con nota di G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*.

²³⁰ Così Trib. Milano, sez. II, 23 gennaio 2007 (decr.), in, *Riv. Dir. Fall.*, n. 2/2008, p. 136 e segg., con nota di R. PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, e in *Il Fall.*, n. 6/2007, p. 701 e segg., con nota di F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la <<meno incerta>> via italiana alla <<reorganization>>*.

Il tribunale accerta d'ufficio la sussistenza delle condizioni per l'omologa e l'idoneità dell'accordo, costituisce un elemento fondamentale della domanda depositata dal debitore.

Dunque una volta accertata la sussistenza dei presupposti, delle condizioni procedurali di accesso previste dal primo comma ed il raggiungimento della percentuale del 60% dei crediti, rispetto al passivo complessivo del debitore, calcolata sul totale comprendente oltre che i creditori dissenzienti ed estranei, anche quelli privilegiati²³¹, il tribunale passerà ad affrontare, il momento decisivo che caratterizza la fase dell'omologazione, diretto a valutare l'attuabilità dell'accordo con particolare riferimento al soddisfacimento integrale dei creditori estranei.

Non devono ritenersi ammissibili eventuali modifiche dei termini dell'accordo da parte del tribunale in sede di omologa, potendo questi limitarsi ad omologare o a rigettare, ma non a modificare i termini dell'accordo. Il provvedimento finale di omologa ha la forma del decreto.

4.5.2. Il contenuto della tutela omologatoria: controllo di "legittimità" o di "merito".

Occorre a questo punto stabilire i limiti entro i quali dovrà essere circoscritto il giudizio del tribunale²³², se cioè questi dovrà limitarsi ad una valutazione della mera legittimità dell'accordo o se invece dovrà spingersi a valutare il merito dello stesso.

Una delle prime pronunce giurisprudenziali, aveva ritenuto che nella fase di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, il controllo del tribunale non potesse limitarsi alla semplice verifica dell'avvenuta approvazione del piano, secondo la maggioranza richiesta dalla legge, della regolarità del ricorso e della documentazione allegata, della sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi e del rispetto delle regole processuali, ma dovesse estendersi anche al merito dell'accordo, con particolare riferimento alla concreta attuabilità del piano²³³.

Veniva inoltre evidenziata la necessità che il tribunale esprimesse un giudizio circa l'attuabilità dell'accordo, tenendo conto che un eventuale successivo inadempimento del debitore, a causa dell'esenzione da revocatoria per gli atti attuativi dell'accordo, determinerebbe una situazione in cui i creditori rimasti estranei, non potrebbero, anche se privilegiati, porre rimedio, per cui il tribunale dovrebbe valutare la fattibilità

²³¹ Così Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, (decr.) , in, *III Fall.*, n. 6/2006, p. 669, con nota di G.B. NARDECCHIA.

²³² Cfr. A. PATTI, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, pag. 74, il quale sottolinea che la contrapposizione tra autonomia privata, funzionale alla risoluzione della crisi d'impresa e controllo pubblico induce ad una rimodulazione degli spazi e dei poteri di intervento del giudice, in quanto il prevalente approccio negoziale, sminuisce la funzione di garanzia dell'autorità giurisdizionale.

²³³ Così Trib. Milano, sez. II, 23 gennaio 2007 (decr.), in, *Riv. Dir. Fall.*, n. 2/2008, p. 136 e segg., con nota di R. PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, e in *Il Fall.*, n. 6/2007, p. 701 e segg., con nota di F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la <<meno incerta>> via italiana alla <<reorganization>>*.

dell'accordo, in rapporto alle concrete prospettive di realizzo e alla sussistenza di una liquidità che consenta il pagamento dei creditori estranei²³⁴.

In un altro caso il Tribunale ha ritenuto di nominare un consulente tecnico per la verifica dei requisiti di cui all'art. 182 bis l. fall., non ritenendo sufficiente l'attestazione del professionista nominato dall'imprenditore²³⁵, lo stesso Tribunale in base alle risultanze della CTU, aveva ritenuto, in primo momento non sussistenti i presupposti per l'omologazione, concedendo tuttavia un termine per l'integrazione della documentazione relativa ad alcune adesioni, che sono dunque pervenute dopo il deposito del ricorso.

In verità sembra preferibile ritenere che in mancanza di opposizioni, il controllo del giudicante, debba limitarsi alla verifica dei profili di legittimità dell'accordo, la quale si traduce nell'accertare che: 1) la domanda proviene da un imprenditore commerciale in possesso dei requisiti dimensionali di cui all'articolo 1 della legge fallimentare; 2) che l'imprenditore si trova in stato di crisi; 3) che l'accordo è stato stipulato con creditori che raggiungono almeno il sessanta per cento dell'indebitamento complessivo; 4) che alla domanda è stata allegata la documentazione prevista dall'articolo 161 l. fall.; 5) che il ricorso per l'omologazione è stato corredato da una relazione redatta da un professionista munito dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall., sull'attuabilità dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

In mancanza di opposizioni dunque, il giudizio del tribunale deve fondarsi esclusivamente sull'esame della relazione redatta dal professionista, prendendo in considerazione la chiarezza espositiva, la completezza, verificando che le analisi e le valutazioni svolte dallo stesso siano accurate, logiche, coerenti ed esaustive.

Pertanto la valutazione della fattibilità dell'accordo dovrà essere effettuata dal tribunale in astratto, sulla base delle risultanze della relazione dell'esperto e costituirà un controllo della sola legittimità dell'intesa.

In particolare con riferimento all'attestazione dell'esperto possono individuarsi due momenti logici: il primo riguarda la verifica della veridicità dei dati aziendali sui quali si fonda il piano di ristrutturazione; il secondo riguarda invece la valutazione concernente l'attuabilità dell'accordo con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei²³⁶.

Orbene nell'esercitare il controllo di legalità sulla relazione dell'esperto, il giudice, prescindendo da ogni considerazione sulla convenienza dell'accordo e sul merito di un eventuale piano industriale, deve invece limitarsi a valutare, se nella relazione siano presenti gli elementi che consentono che essa svolga la funzione che la legge le attribuisce, ovvero quella di fornire ai creditori e ad eventuali terzi interessati conferma

²³⁴ Cfr. Trib. Ancona 12 novembre 2008, (decreto di omologazione ex art. 182 bis), in, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1494.htm>.

²³⁵ Così Trib. Rimini 20 marzo 2009, (decr. omologazione ex art. 182 bis), in, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1650.htm>.

²³⁶ Cfr. Trib. Roma, 4.11.2009, sez. fall. Pres. Monsurrò, Rel. Di Marzio (decreto ex art. 182 bis l. fall.), in, www.ilcaso.it;

della veridicità dei dati aziendali e di sottoporre al loro giudizio elementi utili di valutazione sulla fattibilità dell'accordo.

In particolare, con riferimento alla valutazione svolta dal professionista sull'attuabilità dell'accordo, il compito del giudice non è di sindacare, attraverso l'esame dell'attestazione il merito dell'accordo, in quanto l'esame del giudice si incentra sulla valutazione che il professionista fa sull'attuabilità dell'accordo di ristrutturazione.

Il giudice non potrà neanche sindacare il merito della valutazione del professionista, esprimendo un giudizio di condivisione o meno delle conclusioni a cui essa giunge.

Al contrario il giudizio di legalità svolto dal giudice si traduce nella verifica di un aspetto estrinseco al contenuto, e consistente nella verifica della coerenza e completezza logico argomentativa della asseverazione svolta dall'esperto.

Pertanto una relazione fondata su conclusioni non coerenti con le premesse, sformata di sufficiente motivazione, oppure contraddittoria o motivata in maniera illogica, si rivela inidonea a svolgere quella essenziale funzione informativa sugli elementi di valutazione dell'accordo. Un eventuale vizio logico della relazione dell'esperto potrà riguardare l'intero ragionamento svolto nella relazione, così pregiudicandola in tutti gli aspetti rilevanti, oppure potrà riguardare il ragionamento svolto su una o più parti essenziali dell'accordo. Anche in questa seconda ipotesi, il difetto logico-argomentativo, coinvolgendo un passaggio essenziale del piano di ristrutturazione rischierà di vanificare i risultati raggiunti dal professionista.

Soltanto nell'ipotesi in cui siano state proposte delle opposizioni all'accordo, il controllo svolto dal tribunale può diventare più incisivo, in quanto il suo oggetto deve estendersi necessariamente all'esame delle deduzioni e delle eccezioni, introdotte dall'opponente.

Ne consegue che soltanto in quest'ultima ipotesi il tribunale dovrà valutare nel merito le contestazioni sollevate dai creditori oppositori, verificandone la fondatezza sotto il profilo della reale fattibilità degli impegni programmati con l'accordo di ristrutturazione.

Laddove poi l'accordo sia stato preceduto dal deposito di un ricorso di fallimento, il controllo del tribunale dovrà necessariamente valutare nel merito anche le eccezioni sollevate dal ricorrente che chiede dichiararsi il fallimento²³⁷, esame questo, che dovrà essere preceduto però dalla valutazione del tribunale circa la omologabilità degli accordi, la quale assume carattere pregiudiziale rispetto alla pronuncia sull'istanza di fallimento.

Ciò in considerazione della prevalenza dell'interesse, anche pubblico, alla conservazione dei complessi aziendali e alla continuazione dell'attività d'impresa, laddove il vantaggio complessivo conseguito dai creditori e indirettamente dal mercato tutto, sia comunque maggiore di quello che si ricaverebbe dalla procedura fallimentare.

²³⁷ Cfr. Cfr. Trib. Milano, 10 novembre 2009, (decr.), Pres. Lamanna – Rel. Pernotti, in, www.ilcaso.it.

L'individuazione del contenuto della tutela omologatoria, passa dunque necessariamente attraverso il corretto inquadramento del rapporto che intercorre tra il <<momento negoziale>> e quello <<giurisdizionale>> di formazione dell'accordo²³⁸.

Esclusa la possibilità di applicare in via analogica le norme dettate in tema di concordato preventivo, in considerazione della specialità della disciplina del concordato, la disciplina procedimentale dell'art. 182 bis, può invece essere completata con l'applicazione analogica e con il limite della compatibilità, degli articoli 737 c.p.c. e seguenti, contenenti le disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio.

In tale prospettiva il controllo del giudice in sede di omologazione ha il contenuto di tutela camerale omologatoria²³⁹, ovvero di quella tipologia di tutele camerale giurisdizionali, che si risolvono nell'autorizzazione/omologazione di atti di diritto sostanziale previa verifica della loro legittimità.

In queste ipotesi, cioè quando il provvedimento camerale è dalla legge considerato quale condizione di efficacia di atti negoziali già posti in essere da privati al di fuori del processo, l'intervento del giudice concorre alla realizzazione di effetti ulteriori che sono direttamente riconducibili a quella futura fattispecie, ovvero all'atto negoziale o all'attività negoziale da compiere o già posti in essere dai privati, inserendosi in una vicenda che nasce e dovrà svilupparsi e concludersi al di fuori del processo.

Si è dunque in presenza di una fattispecie complessa, in cui il provvedimento camerale di omologazione dell'accordo non opera in funzione del perfezionamento della fattispecie, nella sua componente negoziale, bensì quale requisito affinché l'atto di diritto privato già compiuto possa produrre quegli effetti legali ulteriori, qualificanti la fattispecie, che consistono nell'esenzione dalla revocatoria fallimentare (art. 67 comma 3 lett. e), nell'esenzione dai reati di bancarotta semplice e preferenziale (art. 217 bis l. fall.) e nel riconoscimento della prededucibilità in favore dei finanziamenti erogati in esecuzione o in funzione all'omologazione dell'accordo (art. 182 quater).

L'accordo di ristrutturazione omologato, rimane così espressione, sotto il profilo contenutistico, dell'autonomia privata, anche dopo l'intervento omologatorio del giudice camerale. Quest'ultimo pertanto, non viene coinvolto nella ricerca e nella valutazione, nel merito, di soluzioni "ricompositive", svolgendo piuttosto la funzione di organo tutore del rispetto dei diritti e regolatore di conflitti, sempre su iniziativa altrui e mai propria²⁴⁰.

²³⁸ Cfr. M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. Dir. Civ.*, Padova, 2009, pag. 337 e segg., il quale evidenzia la distinzione tra: <<effetti negoziali dell'accordo e suoi effetti legali, mediati dal procedimento>>

²³⁹ Cfr. L. MONTESANO e G. ARIETA, *Le Tutele Camerali Autorizzative – Omologatorie*, in *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2003, Vol. II/2, pagg. 1285 e segg.

²⁴⁰ E' stato evidenziato che lo spazio di intervento giurisdizionale si traduce in un controllo di legalità, di assicurazione della garanzia dei diritti nelle situazioni di conflitto tra debitori e creditori e tra questi stessi, secondo modalità non più di eterotutela, con un intervento direttivo del giudice sulla procedura, a protezione degli interessi dei soggetti coinvolti, ma di assicurazione di un effettivo e libero esercizio del principio di autotutela: Così A. PATTI, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, pag. 76.

4.5.3. I limiti posti ad una valutazione prospettica dell'idoneità dell'accordo a rimuovere lo stato d'insolvenza.

Un ulteriore problema, di grandissima rilevanza, che si pone con riferimento al giudizio di omologa, è quello di stabilire se il tribunale, investito, con la proposizione di una opposizione, anche della valutazione del merito dell'accordo, possa o meno effettuare, sempre entro i limiti del tema di indagine introdotto dalla deduzioni dell'opponente, una valutazione prospettica, dell'idoneità dell'accordo a rimuovere lo stato di insolvenza, o se invece tale valutazione debba tenere esclusivamente conto dello stato di fatto esistente al momento in cui viene richiesta l'omologazione dell'accordo.

Il problema acquista un rilevante interesse, in quanto comporta una rivisitazione del principio tradizionale, della necessità di una valutazione "attuale" dello stato di insolvenza.

Come già evidenziato, la disciplina degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis) esalta il conflitto che nasce dall'intersezione del fenomeno patologico costituito dall'insolvenza, con lo strumento dell'autonomia privata, intesa qui come mezzo, per consentire il superamento della crisi d'impresa, attraverso la valorizzazione della dimensione dinamica dell'impresa, così esaltando il vantaggio competitivo, degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis), rispetto al fallimento, in quanto potenzialmente idonei, anche secondo una valutazione prospettica, a garantire la produzione di una quantità di risorse maggiore, da destinare alla soddisfazione dei creditori.

In materia di accordi di ristrutturazione dunque, la circostanza che molti degli impegni programmati negli stessi, siano destinati a trovare attuazione a distanza anche di anni, comporta che entro certi limiti il tribunale debba necessariamente effettuare non solo una valutazione attuale, ma anche prospettica dell'idoneità dell'accordo a rimuovere lo stato d'insolvenza.

Sotto tale profilo, la giurisprudenza ha evidenziato, come la valutazione prospettica, circa la reale capacità dell'imprenditore proponente, di far fronte agli impegni assunti, per gli anni successivi al primo, dipenda totalmente dallo sviluppo attuativo del piano.

Pertanto soltanto gli impegni destinati a trovare esecuzione nel presente o nell'immediato futuro possono essere oggetto di una valutazione dettagliata da parte del tribunale, mentre invece quelli destinati a trovare attuazione a distanza di anni, essendo più esposti al verificarsi di variabili non controllabili, si prestano di conseguenza ad una considerazione di portata più generale, incentrata quasi esclusivamente sulle argomentazioni svolte dal professionista che ha redatto la relazione di cui all'art. 182 bis comma 1 l.fall.²⁴¹

Pertanto deve ritenersi che un apprezzamento equilibrato della idoneità degli accordi a superare lo stato di insolvenza richieda necessariamente una valutazione prospettica, che pur tenendo conto degli impegni destinati a trovare esecuzione in futuro, non si

²⁴¹ Così Trib. Milano 10 novembre 2009 (decr.) Pres. Lamanna – Rel. Perrotti, in *www.ilcaso.it*, : Sulla base di questo ragionamento il Collegio, nel caso di specie ha escluso lo stato d'insolvenza delle società proponenti, giungendo così ad omologare gli accordi depositati, previo rigetto dell'istanza fallimento.

proietti comunque eccessivamente in avanti, e in ogni caso deve fondarsi soprattutto sull'esame di quanto descritto e argomentato dall'esperto nella sua relazione.

Dunque elemento qualificante dello stato di insolvenza è quello della non transitorietà della situazione di difficoltà che attraversa l'imprenditore, rispetto al regolare adempimento delle obbligazioni contratte²⁴². Pertanto la liquidazione in sede fallimentare deve prospettarsi soltanto per quelle imprese il cui dissesto non lascia intravedere possibilità di intraprendere un percorso di risanamento²⁴³ attraverso l'utilizzo degli strumenti di composizione negoziale della crisi, quali gli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis), il nuovo concordato preventivo (art. 160 e segg.) la transazione fiscale (art. 182 ter) o il piano di risanamento attestato (art. 67 comma 3 lett. d).

4.6. Il rigetto della domanda di omologazione

Il rigetto dell'omologazione potrà conseguire, alla mancanza delle condizioni per l'ammissione del ricorso, oltre che ad una valutazione negativa dei profili di legittimità dell'accordo, oppure ad una considerazione negativa del merito dell'accordo, qualora tale valutazione venga effettuata dal tribunale nel decidere eventuali opposizioni radicate, dai creditori o da altri interessati.²⁴⁴

Deve escludersi che il tribunale possa automaticamente dichiarare il fallimento, in considerazione della diversità delle due procedure.

Si renderà quindi necessario un nuovo accertamento dello stato di insolvenza, ed in ogni caso la procedura non potrà iniziarsi d'ufficio, essendo stata abolita la dichiarazione di fallimento d'ufficio ex art. 6 l.fall. con l'entrata in vigore del D. Lgs. 9 gennaio 2006 n. 5. Per cui non sarà ammissibile una iniziativa d'ufficio, in assenza di istanze presentate dai creditori, al più il giudice potrà trasmettere gli atti all'ufficio del pubblico ministero, a cui compete l'iniziativa, quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente da un giudice nell'ambito di un procedimento civile.

Il decreto di rigetto del tribunale è reclamabile alla corte d'appello ai sensi dell'art. 183 l. fall., in quanto applicabile entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel Registro delle Imprese. Occorre stabilire se il reclamo segue il procedimento di cui all'art. 739 c.p.c. o meno. La soluzione affermativa comporterebbe la grave conseguenza applicativa di considerare ai sensi dell'art. 742 c.p.c. revocabile e modificabile il decreto così pronunciato che dunque sarebbe insuscettibile di passare in giudicato, con il conseguente rischio della permanente provvisorietà del provvedimento e dell'incertezza

²⁴² Cass. Civ. 27.2.2008, n. 5215, in, *Il Fall.*, 2008, 715; Cass. Civ. 4.3.2005 n. 4789, in, *GDir*, 2005, 15, 86; Cass. Civ. 21.9.2004, n. 18027, *ivi*, 2004, 49, 65.

²⁴³ Cfr. G. CAPO, *I presupposti e il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Trattato diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Utet, Torino, 2009, pag. 63 e segg.

²⁴⁴ Così Trib. Milano, sez. II, 23 gennaio 2007 (decr.), in, *Riv. Dir. Fall.*, n. 2/2008, p. 136 e segg., con nota di R. PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, e in *Il Fall.*, n. 6/2007, p. 701 e segg., con nota di F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la <<meno incerta>> via italiana alla <<reorganization>>*.

del perdurare dei suoi effetti. In particolare la revocabilità e modificabilità del decreto pone rilevanti problemi con riguardo al principale effetto dell'accordo omologato, ovvero quello dell'esenzione dall'azione revocatoria per gli atti posti in essere in esecuzione dell'accordo.

L'art. 182 bis individua il termine per il reclamo in quindici giorni, decorrenti dalla pubblicazione del decreto nel registro delle imprese.

Secondo i principi generali la legittimazione al reclamo si determina esclusivamente *per relationem* in considerazione della qualità di parte formalmente assunta nel giudizio di primo grado.

Il provvedimento della corte d'appello non è più reclamabile con il ricorso straordinario in cassazione, se non per la regolamentazione delle spese di giudizio, non trattandosi di un provvedimento decisorio e definitivo, essendone sempre ammissibile una sua successiva revoca. L'eventuale revisione, per fatti sopravvenuti, del provvedimento emesso in sede di reclamo spetta al giudice competente a pronunciarsi in primo grado e quindi in questo caso al tribunale²⁴⁵.

4.7. Gli effetti dell'accordo prima della pubblicazione nel registro delle imprese.

Ai sensi dell'art. 182 bis comma 2, l'accordo acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione nel registro delle imprese. L'espressione appare imprecisa e necessità di un coordinamento, occorre infatti chiedersi a quali effetti intenda riferirsi la norma, in quanto l'accordo di ristrutturazione, per la genesi privatistica che lo caratterizza, produce tra le parti fin dalla sua conclusione, gli effetti di un contratto (art. 1321 e segg.) alla sua pubblicazione nel registro delle imprese consegue la produzione di effetti ulteriori sotto il profilo della protezione del patrimonio del debitore, ed in ogni caso la produzione degli effetti definitivi che completano e qualificano la fattispecie, si manifestano solo in seguito alla sua omologazione.

Alla conclusione dell'accordo tra l'imprenditore in crisi e i suoi creditori conseguono gli effetti tipici di un negozio di diritto privato, pertanto in virtù del principio di cui all'art. 1326 cod. civ. il suo perfezionamento avverrà quando l'ultima accettazione giungerà a conoscenza di tutte le altre parti. Alla conclusione dell'accordo come negozio di diritto privato potrebbe conseguire, se ciò risultasse in modo "non equivoco" dalla volontà delle parti (art. 1230 comma 2 cod. civ.) un effetto novativo, con conseguente sostituzione delle nuove obbligazioni assunte con l'accordo a quelle precedenti (art. 1230 comma 1 cod. civ.), ad eccezione di quelle modificazioni soltanto accessorie, che non comportano novazione, tra cui quelle relative ad una semplice modifica dei termini e/o delle modalità di pagamento (cfr. art. 1231 cod. civ.). La previsione di un eventuale effetto novativo dell'accordo raggiunto è molto rilevante anche sotto il profilo delle garanzie che assistevano il credito precedentemente, in quanto i privilegi, il pegno e le ipoteche, che eventualmente garantivano il credito originario si estingueranno se le parti non convengono espressamente di mantenerli per

²⁴⁵ Cass. 1 marzo 1983, n. 1540, in, *Foro It.*, 1984, I, 1953.

il nuovo credito (art. 1232 cod. civ.), e nell'ipotesi in cui vi siano dei terzi garanti dell'imprenditore in crisi, al fine di mantenere le garanzie nei confronti di questi, sarà necessario evidenziare tale volontà nell'accordo, in quanto in mancanza si produrrà un effetto liberatorio anche rispetto ai condebitori solidali (art. 1300 cod. civ.) , con la conseguenza che i privilegi, il pegno e le ipoteche che garantivano il credito anteriore potranno essere conservati soltanto sui beni dell'imprenditore in crisi (art. 1233 cod. civ.). L'accordo, in questa fase, può inoltre già produrre degli effetti remissori rispetto alle obbligazioni precedentemente assunte, sotto questo profilo occorre tener ben presente che la remissione effettuata a favore di uno dei debitori in solido, libera anche gli altri debitori, salvo che il creditore abbia riservato il suo diritto verso gli altri (art. 1301 comma 1°).

Gli effetti del negozio di diritto privato così concluso sono circoscritti in virtù del principio di relatività degli effetti negoziali (art. 1372 cod. civ.) ai soli creditori aderenti.

Se la fattispecie si arrestasse a questo stadio preliminare l'accordo così concluso, sarebbe assimilabile dunque ai concordati stragiudiziali²⁴⁶, che la prassi già conosceva prima della riforma del diritto fallimentare, e il cui punto debole è l'assenza di qualsiasi tutela delle parti nell'ipotesi di un successivo fallimento, con il rischio di subire l'azione revocatoria sia rispetto all'accordo raggiunto, sia rispetto agli atti strumentali alla sua realizzazione, quali l'apporto di nuova finanza, sia per gli atti esecutivi successivi, nonché quello di incorrere nell'applicazione di sanzioni civili e penali, nell'ipotesi in cui siano configurabili le fattispecie dell'abusiva concessione di credito o ipotesi di bancarotta. Tuttavia le parti potrebbero condizionare sospensivamente l'efficacia dell'accordo all'omologazione, esse inoltre avrebbero l'obbligo in questo frangente di comportarsi secondo buona fede al fine di mantenere integre le ragioni delle altre parti secondo la specifica previsione dell'art. 1358 cod. civ., relativa al comportamento delle parti in pendenza dell'avveramento della condizione, oltre che naturalmente, in virtù delle previsioni più generali relative ai principi di correttezza (art. 1175 cod. civ.) e buona fede (1375 cod. civ.).

Oppure in alternativa l'accordo potrebbe essere apposta una condizione risolutiva, per il caso di mancata omologazione.

Per quanto riguarda inoltre gli effetti del concordato stragiudiziale non omologato, nei confronti dei coobbligati e dei fideiussori del debitore²⁴⁷, deve in ogni caso escludersi l'applicabilità in via analogica sia dell'art. 135 comma 2 , sia dell'art. 184 l. fall., essendo il concordato stragiudiziale un contratto per il quale trovano applicazione le norme dettate dal codice civile in materia di contratti e obbligazioni. Tuttavia le parti nell'ambito della loro autonomia negoziale potrebbero inserire nel contenuto dell'accordo specifiche clausole al fine di mantenere inalterate le garanzie fideiussorie in precedenza prestate, tale discorso vale anche per i coobbligati solidali, ovviamente ciò comporta un'estensione della sfera dei soggetti coinvolti nell'accordo, dovendo in

²⁴⁶ Cfr. E. FRASCAROLI SANTI, Voce *Concordato stragiudiziale*, in, *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Commerciale*, Torino, 1988, pag. 283 e segg.

²⁴⁷ Cfr. E. FRASCAROLI, SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, p. 182.

questo caso aderire soggetti come i coobbligati e i fideiussori che in mancanza resterebbero estranei²⁴⁸.

4.8.1. Gli effetti dell'accordo dopo la pubblicazione nel registro delle imprese: la protezione del patrimonio del debitore.

L'accordo diventa efficace con la sua pubblicazione nel registro delle imprese (art. 182 bis comma 2°), cioè da questo momento esso è opponibile ai terzi secondo i principi della pubblicità dichiarativa.

Questo effetto è strettamente collegato ad uno ulteriore previsto dalla norma, secondo cui dalla data della pubblicazione dell'accordo e per i sessanta giorni successivi, i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio dell'imprenditore in crisi (artt. 182 bis. comma 3).

La protezione che in questo modo si vuole garantire al patrimonio del debitore è funzionale alla realizzazione dell'operazione di ristrutturazione²⁴⁹, l'introduzione di questa previsione ad opera del decreto correttivo (D.lgs. 160/2007) si è resa necessaria a causa della mancanza iniziale di una previsione come quella contenuta nell'art. 168 l.fall. che in tema di concordato preventivo, vieta ai creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore o di acquisire diritti di prelazione, dal momento del deposito del ricorso e fino a quando il decreto di omologazione diviene definitivo.

Sotto il profilo soggettivo, il divieto riguarda i creditori che agiscono in virtù di titolo o di una causa anteriori alla data di pubblicazione dell'accordo e deve considerarsi riferibile sia ai creditori aderenti, rispetto ai quali un impegno analogo, sarà sicuramente trasfuso anche nelle clausole contrattuali, che ai creditori estranei allo stesso.

Sotto il profilo oggettivo, occorre chiedersi, se questo divieto si riferisca esclusivamente ai beni rispetto ai quali l'imprenditore vanta un diritto di proprietà o un diritto reale minore (es. usufrutto, superficie ecc.) o anche ai beni rispetto ai quali l'imprenditore abbia soltanto un diritto personale di godimento, ad esempio in virtù di un contratto di *leasing*, di affitto o di locazione e pertanto se in relazione a questi ultimi gli sia concessa la possibilità di scongiurare ad esempio azioni di sfratto o di rilascio.

Orbene se la *ratio* della norma è quella di realizzare una protezione temporanea del patrimonio del debitore nella prospettiva di un più agevole raggiungimento delle finalità che l'ordinamento vuole perseguire con gli accordi, non può non tenersi conto del fatto che in una fase di transizione così delicata e precaria qual è quella che conduce dalla sottoscrizione dell'accordo, alla sua pubblicazione e alla successiva omologazione,

²⁴⁸ Secondo un'Autrice, il concordato stragiudiziale non omologato, sarebbe un vero e proprio negozio estintivo, per cui l'effetto esdebitativo sul patrimonio del debitore, conseguirebbe direttamente a questo e non ad una ipotesi di estinzione dell'obbligazione diversa dall'adempimento (es. remissione, novazione, compensazione ecc.): Così E. FRASCAROLI SANTI, *Op. ult. Cit.*, p. 250.

²⁴⁹ Il D.L. 78/2010 e la relativa legge di conversione n. 122/2010, hanno introdotto un'ulteriore ipotesi di sospensione disciplinata nell'art. 182 bis nei commi 6 -7-8 e 9 riguardante la fase delle trattative stragiudiziali, di cui si parla nel secondo capitolo.

anche la possibilità di mantenere inalterati i rapporti contrattuali da cui derivi un diritto personale di godimento, si pensi all'utilizzo di beni strumentali all'esercizio dell'attività d'impresa, quali macchinari e attrezzature concessi in *leasing*, o all'affitto dei locali commerciali, si vede come necessariamente l'effetto dell'esenzione previsto dalla norma debba considerarsi esteso anche a questi rapporti.

Invero l'espressione <<*patrimonio del debitore*>> utilizzato dalla norma per circoscrivere l'ambito del divieto di azioni cautelari o esecutive, va intesa, come il complesso dei rapporti giuridici attivi e passivi riconducibili ad un soggetto giuridico, come tale comprensivo non soltanto di diritti di natura reale a anche quelli di natura personale.

Per quanto riguarda invece la possibilità di promuovere un'azione cautelare o esecutiva sui beni di terzi che hanno fornito garanzia personale o reale, la risoluzione del problema è molto più complesso e non può essere affrontato in maniera esaustiva in questa sede, dipendendo dalla natura dell'obbligazione di garanzia, la quale potrebbe essere autonoma, si pensi al caso contratto autonomo di garanzia, oppure solidale, è il caso della fideiussione, con conseguente applicazione in quest'ultimo caso delle norme sulle obbligazioni solidali, nei limiti in cui non sia stato convenuto il *beneficium escussionis* (art. 1944 cod. civ.).

Inoltre data l'efficacia transattiva dell'accordo di ristrutturazione potrebbe pensarsi all'applicazione analogica dell'art. 1304 comma 1 cod. civ. ai sensi del quale la transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido non produce effetti nei confronti degli altri se questi non dichiarano di volerne profittare.

Per quanto riguarda invece l'ipoteca concessa da terzi, un ostacolo all'azione esecutiva sul bene del terzo datore, in seguito alla pubblicazione dell'accordo potrebbe ricavarsi in via interpretativa oltre che dalla ratio del 182 bis comma 3 anche dal principio di accessorietà che caratterizza la garanzia ipotecaria e che evidenzia il profondo collegamento funzionale esistente tra credito garantito ed ipoteca (cfr. art. 2808 cod. civ.). Deve ritenersi inoltre che l'effetto sospensivo previsto dal 182 bis si produca anche rispetto alle esecuzioni promosse in virtù di un mutuo fondiario, che in base alla normativa contenuta nell'art. 41 del T.U.B. – D.lgs. 385/2003 non verrebbero invece sospese in caso di fallimento del debitore, e ciò non solo perché questa disposizione nulla dispone a tal proposito in quanto emanata in epoca anteriore, ma perché una diversa lettura si porrebbe in contrasto con lo spirito della norma introdotta dalla riforma della legge fallimentare²⁵⁰.

²⁵⁰ Il problema si complica ulteriormente per quanto concerne la disciplina di cui al D.Lgs. 170/2004 relativa ai c.d. contratti di garanzia finanziaria, individuati nel contratto di pegno, nel contratto di cessione del credito, nel contratto avente ad oggetto la cessione della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie. Si tratta in particolare di una serie di garanzie, sia tipiche, quali il pegno, che atipiche, caratterizzate dall'attribuzione di un diritto reale su determinate attività finanziarie, denaro contante o altri strumenti finanziari. Questa disciplina trova applicazione nell'ipotesi in cui queste obbligazioni siano state stipulate tra soggetti qualificati, ovvero tra banche e altri intermediari finanziari soggetti a vigilanza pubblica, o anche da uno di questi enti e altri soggetti diversi dalle persone fisiche, incluse imprese e associazioni prive di personalità giuridica. La difficoltà di coordinamento con la disciplina dell'art. 182 bis deriva da

Le prescrizioni che sarebbero state interrotte da atti cautelari o esecutivi sul patrimonio del debitore rimangono sospese e le decadenze non si verificano (artt. 182 bis comma 3 e 168 comma 2 l. fall.).

Priva di giustificazione è la mancata previsione di un divieto analogo a quello previsto dall'art. 168 comma 3 l.fall. in tema di concordato preventivo, che preveda il divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione, in seguito al deposito dell'accordo per la pubblicazione presso il registro delle imprese e nelle more dell'omologazione.

Tuttavia il D.L. 78/2010 e la legge di conversione n. 122/2010 hanno introdotto la possibilità di depositare presso il registro delle imprese, già in fase di trattative stragiudiziali un'istanza da depositare presso il registro delle imprese, in virtù della quale si apre un sub-procedimento volto ad ottenere, già in fase di trattative stragiudiziali, la sospensione delle azioni esecutive e cautelari, nonché il divieto di acquisire, dalla pubblicazione dell'istanza, titoli di prelazione non concordati.

Un ulteriore limite, deriva dal termine breve di soli sessanta giorni durante il quale è previsto il blocco delle azioni esecutive e cautelari, e al contempo dalla mancanza di un termine massimo entro il quale dovrebbe intervenire l'omologazione.

Questi ultimi aspetti, hanno indotto la dottrina²⁵¹, anche in seguito alle modifiche apportate con il decreto correttivo (D.lgs 169/2007), a prospettare con favore l'utilizzo del *trust* risolutivamente condizionato all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione, anche al fine di rafforzare l'effetto protettivo del patrimonio dell'imprenditore in crisi.

4.8.2. L'inapplicabilità del divieto di cui all'art. 182 bis comma 3 l. fall., alle azioni volte ad ottenere la dichiarazione di fallimento: la riunione dei procedimenti.

Occorre chiedersi se il concetto di azioni esecutive, debba essere inteso nel senso più ampio e quindi comprendente anche il deposito del ricorso per ottenere la sentenza

quanto previsto dall'art. 4 del D.lgs 170/2004 secondo cui al verificarsi di un evento per il quale è prevista l'escussione della garanzia, il creditore ha la facoltà, anche in caso di apertura di una procedura di risanamento o di liquidazione di procedere osservando le formalità previste nel contratto: 1) alla vendita delle attività finanziarie oggetto del pegno, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino alla concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita; 2) all'appropriazione delle attività finanziarie oggetto del pegno, diverse dal contante, fino alla concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, a condizione che tale facoltà sia prevista nel contratto di garanzia finanziaria e che lo stesso ne preveda i criteri di valutazione; 3) all'utilizzo del contante oggetto della garanzia per estinguere l'obbligazione finanziaria garantita. Nella prima ipotesi il creditore pignoratizio deve informare immediatamente il datore della garanzia o se del caso gli organi della procedura di risanamento o di liquidazione in merito alle modalità di escussione adottate e all'importo ricavato e deve provvedere a restituire l'eccedenza. L'opponibilità ai terzi della garanzia finanziaria, legata esclusivamente all'utilizzo della forma scritta, non richiede requisiti ulteriori, anche se previsti da vigenti disposizioni di legge (artt. 2 e 3).

²⁵¹ Cfr. D. ZANCHI, *Osservazioni in ordine alla possibile applicazione di un trust agli accordi di cui all'art. 182 – bis L.F.*, in, *Trusts e attività fiduciarie*, 2008, p. 155 e segg; L. ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l. fall.*, in, *Fall.*, n. 5/2007 p. 595 e segg.

dichiarativa del fallimento, o se invece la norma di cui all'art. 182 bis comma 3, abbia inteso riferirsi soltanto alle azioni esecutive e cautelari in senso stretto.

In relazione a questo profilo, recentemente il Tribunale di Milano, si è occupato di alcuni procedimenti di omologa ex art. 182 bis, presentati da società appartenenti allo stesso gruppo, caratterizzati dalla contestuale pendenza del ricorso per dichiarazione di fallimento presentato dal Pubblico Ministero, e dei procedimenti per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, questi ultimi tra l'altro depositati successivamente²⁵².

I giudici nel caso di specie, hanno ritenuto innanzitutto di non poter applicare la norma di cui all'art. 182 bis comma 3, secondo cui dalla data della pubblicazione degli accordi e per i sessanta giorni successivi, i creditori per titolo o causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore sulla base di due elementi, desunti da un lato da un'interpretazione letterale della norma, e dall'altro da una precisa opzione interpretava in ordine alla sua *ratio*.

In relazione al primo profilo, viene evidenziato il riferimento della norma alle sole "azioni esecutive e cautelari" e dunque il mancato collegamento, anche implicito, ai ricorsi di fallimento di cui all'art. 6 l. fall. ed in particolare alla richiesta di fallimento presentata dal pubblico ministero.

Tale interpretazione, viene motivata inoltre, sul presupposto che la *ratio* del divieto di agire in *executivis* o in via cautelare sul patrimonio del debitore, risieda nella opportunità di evitare che queste possano determinare dei vincoli patrimoniali che avvantaggiano soltanto alcuni creditori, pregiudicando invece gli altri, a causa della limitazione subita alla disponibilità del patrimonio.

In questa prospettiva, l'istanza di fallimento è stata considerata, da questa giurisprudenza, di per sé inidonea, a creare questo vincolo alla libertà di disporre delle proprie risorse, o a creare o consolidare posizioni di vantaggio per una cerchia ristretta di creditori.

Un ulteriore ostacolo, all'applicazione del divieto di cui all'art. 182 bis comma 3 l. fall., è stato individuato, nell'ipotesi di pregressa pendenza di un ricorso ex art. 6 l. fall. ed in particolare, per il caso in cui questo sia stato depositato dal pubblico ministero, nella prevalente esigenza, di natura pubblicistica, di accertare l'eventuale stato di insolvenza dell'obbligato.

Tale interesse pubblico assumerebbe dunque, secondo la giurisprudenza, carattere prevalente, rispetto <<all'interesse particolare del debitore>> a non vedere alterata la propria situazione patrimoniale nei sessanta giorni successivi al deposito dell'accordo.

Quest'ultima affermazione appare tuttavia contraddittoria rispetto all'assunto precedente e pertanto non convince, perché da un lato la giurisprudenza afferma che la norma tutelerebbe gli interessi di tutti i creditori a non vedere alterate, nelle more dell'omologazione dell'accordo, la situazione patrimoniale del debitore a vantaggio di

²⁵² Si tratta del procedimento di omologazione degli accordi di ristrutturazione presentati da nove società proponenti riconducibili al gruppo Risanamento S.p.a. cfr. Trib. Milano, 10 novembre 2009, (Decr.) Pres. Lamanna – Rel. Pernotti, in, www.ilcaso.it.

alcuni soltanto di essi, mentre dall'altro sostiene che questa tutelerebbe <<l'interesse particolare del debitore>>.

Orbene sembra invece che la *ratio* della disposizione di cui all'art. 182 comma 3 l. fall., vada ricercata in una prospettiva di più ampio respiro, che tenga conto della diversa filosofia di fondo che pervade l'intero impianto della legge fallimentare novellata, in seguito all'introduzione delle nuove forme di composizione negoziale della crisi d'impresa.

Invero l'introduzione di istituti quali gli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis), la transazione fiscale (art. 182 ter), il piano attestato di risanamento (art. 67 comma 3 lett. d), e la modifica della disciplina del concordato preventivo (artt. 160 e segg. l.fall.), risponde proprio all'esigenza di contemperare la stabilità dei rapporti negoziali, con l'evento patologico costituito dall'insolvenza, nonché al fine di comporre il conflitto d'interesse generato dall'intersezione di questi due fenomeni.

Se è vero infatti che l'insolvenza costituisce la qualificazione giuridica di un fatto, considerato patologico dall'ordinamento, e al quale occorre porre rimedio, autorevole dottrina ha evidenziato come l'autonomia negoziale, rappresenta al contempo uno dei valori fondanti dello stesso e trova la sua espressione massima nell'ambito dei diritto dei contratti²⁵³.

L'interesse perseguito dunque, con questi nuovi strumenti ed in particolare con gli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis) non è soltanto quello del debitore proponente, ma è innanzitutto quello di tutto il ceto creditorio, innanzitutto dei creditori aderenti, i quali sono mossi ad aderire all'accordo, non certo per spirito di liberalità ma piuttosto, perché avranno valutato che così facendo potranno ottenere comunque dei vantaggi maggiori, di quelli conseguenti ad una dichiarazione di fallimento.

Allo stesso tempo i creditori estranei verranno comunque pagati integralmente.

Se dunque l'accordo soddisfa gli interessi del ceto creditorio in maniera migliore di una procedura fallimentare, indirettamente viene tutelato anche l'interesse pubblico ad un corretto funzionamento delle dinamiche di mercato e del sistema economico nel suo complesso.

Ciò significa che il fatto che la procedura fallimentare, caratterizzata per definizione da una forte connotazione pubblicistica, a causa del carattere della "officiosità" della stessa, non necessariamente soddisfa l'interesse pubblico sopra descritto in maniera più efficace di una composizione negoziale della crisi attuata mediante lo strumento degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis).

Questo assunto è dimostrato, dalle adesioni convinte delle banche agli accordi di ristrutturazione sottoposti di recente all'attenzione dei giudici²⁵⁴, e dagli impegni,

²⁵³ F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Rivista delle Società*, Milano, 2008, fasc. 1, p. 102 e segg.

²⁵⁴ Cfr. Trib. Milano, 10 novembre 2009, (decreto ex art. 182 bis l. fall), Pres. L. Lamanna, Rel. P. Perrotti, in *Riv. Dir. Fall.*, n° 3-4 del 2010, pag. 343 e segg. con nota di M. GALARDO; Trib. Milano 17 giugno 2009, (decreto ex art. 182 bis l. fall), Pres. Relatore Galioto – Dott. M. Vitiello – Dott. R. Nunnari; Trib. Milano, 18 Luglio 2009, Sez. II Civile, (decreto ex art. 182 bis l. fall), Pres. M. Galioto, Rel. M. Vitello.

assunti dalle stesse, da considerarsi essenziali nell'economia delle complessive operazioni di ristrutturazione.

Per tale ragione, il riferimento ad un generico e non dimostrato interesse pubblico, al fine di giustificare comunque la procedibilità delle azioni volte ad ottenere la dichiarazione di fallimento, dell'imprenditore che ha richiesto l'omologazione di un accordo di ristrutturazione, appare un'affermazione troppo generica, laddove si consideri, che la gestione della crisi privatamente concordata, dimostra di generare una maggiore quantità di risorse rispetto ad una procedura fallimentare, realizzando così l'interesse dei creditori e dell'economia nel suo complesso.

Invero in questa prospettiva, la stessa giurisprudenza²⁵⁵ ha ritenuto che laddove la pubblicazione degli accordi di ristrutturazione sia stata preceduta da un'istanza di fallimento presentata dal pubblico ministero, il tribunale, previa riunione dei procedimenti, pur dovendo esaminare nel dettaglio anche le considerazioni critiche svolte da quest'ultimo e dai suoi consulenti, valutando in un unico contesto l'uno e l'altro tipo di procedimento, nell'ambito di una struttura articolata, in entrambi i casi in senso camerale, dovrà tuttavia rispettare un rapporto di pregiudizialità logica e funzionale, valutando prioritariamente se siano omologabili gli accordi di ristrutturazione e solo in caso di risposta negativa a detto quesito se sussistano i presupposti per la declaratoria di fallimento.

Queste considerazioni, in seguito alle modifiche apportate dal D.L. 78/2010 e della legge di conversione 122/2010, possono oggi estendersi al procedimento relativo alla sospensione, promosso nell'ambito delle trattative stragiudiziali, di cui all'art. 182 bis commi 6-7-8 e 9.

4.9. Gli effetti dell'accordo dopo l'omologazione: l'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare. La prededucibilità e l'esenzione dai reati di bancarotta (Rinvio).

Il vantaggio per i creditori aderenti all'intesa è insito nell'economia della stessa, essi infatti, in quanto operatori economici, saranno indotti ad aderire in virtù di una valutazione di convenienza e di opportunità economica. Questi infatti, di fronte al rischio di fallimento del proprio debitore, che potrebbe ridurre ulteriormente la possibilità di soddisfare i propri crediti, potrebbero trovare conveniente accettare preventivamente una decurtazione percentuale del valore degli stessi, essendo questa comunque inferiore a quella che conseguirebbe alla falce fallimentare e all'applicazione delle regole del concorso fallimentare, o anche una dilazione magari accompagnata dall'acquisizione di una idonea garanzia²⁵⁶.

Occorre poi verificare se l'accordo anche dopo l'omologazione, resti assoggettato al principio di relatività degli effetti negoziali, di cui all'art. 1372 cod. civ. , senza avere la

²⁵⁵ Così Trib. Milano, 10 novembre 2009, (Decr.) Pres. Lamanna – Rel. Pernotti, con nota di M. GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione e il risanamento del gruppo* in, *Dir. Fall.*, n. 3-4-2010, pag. 343 e segg.

²⁵⁶ Così G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit. p. 391.

possibilità di riverberare i suoi effetti nei confronti di soggetti rimasti estranei allo stesso, o se invece possa incidere anche sulla posizione dei creditori estranei e dei terzi in genere.

Sotto tale profilo parte della dottrina²⁵⁷ ha evidenziato che l'accordo omologato produce degli effetti rilevanti al suo esterno, sia di carattere positivo che negativo, se esso è infatti idoneo a rimuovere la situazione di crisi in cui versa l'impresa, comporta un beneficio non solo per chi l'ha concluso ma anche per chi è rimasto estraneo.

Se l'accordo di ristrutturazione andrà a buon fine, i creditori rimasti estranei, otterranno infatti il valore nominale del loro credito senza alcuna decurtazione.

Potranno poi esservi dei creditori che preferiranno rimanere estranei all'accordo, per speculare sul maggiore interesse dei creditori aderenti, sapendo che questi procederanno comunque all'operazione anche senza la loro partecipazione.

La casistica giurisprudenziale sta evidenziando che con gli accordi di ristrutturazione, l'imprenditore cerca in genere di calamitare l'adesione dei grandi creditori, soprattutto delle banche e del fisco²⁵⁸ che da soli spesso raggiungono la percentuale indicata dalla norma e che possiedono tutti gli strumenti tecnici per valutare correttamente il rischio legato alla irrecuperabilità del loro credito e gestirlo professionalmente, monitorare la situazione economica e finanziaria del debitore, valutare le reali possibilità di ristrutturazione e negoziarla.

Tendono invece a restare generalmente estranei all'accordo, un cospicuo numero di piccoli creditori commerciali, che si avvantaggiano così degli effetti dell'accordo concluso con i creditori aderenti.

Se è vero però che l'accordo, produce questi effetti positivi anche rispetto ai creditori rimasti estranei all'accordo, occorre ricordare che l'accordo ristrutturazione potrebbe non riuscire ad evitare il fallimento.

In questa situazione bisogna tenere conto degli effetti negativi che possono prodursi rispetto ai creditori estranei. Infatti l'esenzione dall'azione revocatoria prevista dall'art. 67 comma 3° lett. e) per gli atti, i pagamenti e le garanzie, attuate in esecuzione dell'accordo omologato potrà comportare per il creditore estraneo, la riduzione del patrimonio oggetto della procedura fallimentare, o anche l'aumento delle pretese che in tale sede possono essere fatte valere in concorso con la sua.

Lo stesso effetto si produrrà in seguito al riconoscimento del beneficio della prededuzione rispetto ai crediti derivanti dai finanziamenti previsti dall'art. 182 quater.

Né vi sarà la tutela pubblicistica prevista dalle norme penali, in seguito all'introduzione dell'art. 217 bis l. fall che prevede l'esenzione dai reati di bancarotta semplice (art. 217 l. fall.) e preferenziale (art. 216 comma 3 l. fall.) per i pagamenti e gli atti attuativi dell'accordo.

²⁵⁷ G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, (AA. VV.), *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. Ambrosini, Zanichelli, 2006, p. 379 e segg.

²⁵⁸ Laddove all'accordo di ristrutturazione si accompagna una transazione fiscale.

Pertanto in questo scenario, potrebbe riverberarsi, sui creditori non aderenti, parte del rischio legato ad un eventuale esito negativo della ristrutturazione.

Un ulteriore effetto negativo, per i creditori estranei, in questa ipotesi, potrebbe conseguire anche all'acquisizione da parte di alcuni o tutti i creditori aderenti, di una posizione di vantaggio, attraverso l'ottenimento di una garanzia reale, non più soggetta alla revocatoria, la cui presenza inevitabilmente modifica in sede concorsuale la posizioni dei creditori, rispetto alla situazione anteriore all'omologa dell'accordo.

L'art. 182 bis non impedisce che vi sia uno squilibrio tra le posizioni di vantaggio negoziate dai singoli creditori aderenti, richiedendo soltanto che l'accordo coinvolga almeno il sessanta per cento dei creditori e che sia idoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

L'importanza del controllo giudiziale, risiede allora nella circostanza che in mancanza vi sarebbe un rischio elevatissimo che gli accordi di ristrutturazione divengano uno scudo dietro il quale celare trasferimenti di ricchezza a vantaggio di alcuni creditori e a danno di altri.

In conclusione è stato efficacemente affermato che: <<il passaggio che i creditori estranei prendono sull'autobus della ristrutturazione non è affatto gratis>>²⁵⁹, il prezzo infatti consiste nel possibile peggioramento delle condizioni nell'eventualità di esito negativo della ristrutturazione, possibilità che il legislatore non prende in considerazione in quanto l'unica finalità perseguita è il buon fine dell'operazione di ristrutturazione.

Per quanto riguarda gli effetti prodotti dall'accordo di ristrutturazione omologato nei confronti di coobbligati e fideiussori, il problema è stabilire se siano applicabili in via analogica gli artt. 135 e 184 l. fall. che dispongono, in deroga alla disciplina del codice civile, il diritto dei creditori di agire nei confronti dei fideiussori, dei coobbligati e degli obbligati in via di regresso, del debitore ammesso al concordato fallimentare e preventivo, per il soddisfacimento integrale delle loro ragioni, o se invece debba trovare applicazione la normativa civilistica in tema di obbligazioni e contratti.

Parte della dottrina²⁶⁰ pur evidenziando l'autonomia degli accordi di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo giunge a ritenere applicabile in via analogica l'art. 184 l.fall..

In realtà, sembra preferibile escludere l'applicazione analogica degli artt. 135 e 184 l.fall., in considerazione della prevalente genesi negoziale dell'accordo di ristrutturazione, il quale si inserisce come componente principale, anche se non autosufficiente, nell'ambito della fattispecie descritta nell'art. 182 bis, pur sempre caratterizzata da profili procedurali.

A ciò occorre aggiungere, che essendo previsto per legge il regolare pagamento dei creditori estranei, non si vede perché ad essi dovrebbe essere attribuita un'azione nei

²⁵⁹ Così efficacemente PRESTI, *op. ult. Cit.*, p. 379.

²⁶⁰ E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis l.f.) e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, in, *Dir. Fall.*, 2005, I, p. 849 e segg.; I.D., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, p.---

confronti di coobbligati e fideiussori. Invero l'unico rimedio previsto per questa ipotesi deve ritenersi quello dell'opposizione al decreto di omologazione²⁶¹.

L'ambito di applicazione dell'esenzione dall'azione revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 182 bis l.fall. (art. 67 comma 3 lett. e) l. fall., riguarda gli atti compiuti dal debitore, direttamente esecutivi dell'accordo medesimo, deve cioè esistere un collegamento funzionale tra l'accordo di ristrutturazione (art. 182 bis) e il singolo atto attuativo esentato dalla revocatoria. Questo effetto inoltre è conseguenza dell'intervenuta omologazione dell'accordo e prescinde dalla conoscenza effettiva dell'accordo omologato da parte del terzo che contrae con il debitore. Nel giudizio revocatorio dunque, il debitore potrà paralizzare la pretesa attorea, eccependo che il pagamento ricevuto costituisce un atto esecutivo dell'accordo omologato.

Un ulteriore problema riguarda l'ampiezza di tale esenzione, se cioè essa riguardi anche l'azione revocatoria ordinaria o meno.

Nel silenzio della norma, la collocazione della stessa, nell'ambito dell'art. 67 l.fall., fa ritenere che l'esenzione riguardi soltanto l'azione revocatoria fallimentare.

Per quanto riguarda gli ulteriori effetti conseguenti all'omologazione dell'accordo e che si ricollegano alla preducibilità dei crediti relativi a finanziamenti erogati in esecuzione o in funzione dell'omologazione dello stesso (art. 182 quater), si rinvia allo specifico paragrafo contenuto nel terzo capitolo. Allo stesso modo i profili relativi all'esenzione dai reati di bancarotta (art. 217 bis) saranno trattati nel paragrafo successivo.

4.10. Il nuovo art. 217 bis l. fall.: l'esenzione dai reati di bancarotta semplice e c.d. preferenziale.

Nell'ipotesi in cui alla conclusione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis), segua il fallimento dell'imprenditore, occorre valutare l'esistenza di eventuali conseguenze penali, al fine di stabilire se anche da questo punto di vista vi siano delle differenze ulteriori rispetto ai concordati stragiudiziali non omologati.

Sotto tale profilo, con l'inserimento dell'art. 217 bis nel tessuto della legge fallimentare, ad opera della legge 30 luglio 2010 n. 122, sono state introdotte delle ipotesi di esenzione dai reati di bancarotta semplice (art. 217 l. fall.) e preferenziale con riguardo ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione in accordo di ristrutturazione omologato (art. 182 bis) o di un concordato preventivo (art. 160 l. fall.) o di un piano di risanamento attestato (art. 67 comma 3 lett. d).

Ciò costituisce un'ulteriore conferma, dell'intenzione del legislatore di valorizzare gli strumenti funzionali ad una definizione concordata della crisi d'impresa, superando definitivamente, le considerazioni svolte in passato, in merito alla illiceità dei

²⁶¹ In tal senso G. GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento attestati dell'impresa, nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni. Seminario sulla riforma del processo civile*, Andria, 1 luglio 2005, in, www.ordineavvocatitrani.it/pubblica.

concordati stragiudiziali, per violazione di norme imperative, in quanto considerati lesivi delle norme che presiedono alla tutela della *par condicio creditorum*.

In effetti la nuova disciplina, introdotta con l'art. 182 bis pone delle nuove problematiche anche sotto l'aspetto penale²⁶²;

Tuttavia, se da un lato un eventuale profilo di responsabilità penale dei soggetti coinvolti nella conclusione di accordo di ristrutturazione potrebbe comunque configurarsi, in relazione a condotte che non rientrano nelle ipotesi specifiche di esenzione previste dall'art. 217 bis, al contempo alla luce della riforma si impone comunque una diversa valutazione delle condotte.

In questa prospettiva, occorre ridimensionare la rilevanza penale della condotta dell'imprenditore, limitando i comportamenti punibili ai casi evidenti di frode.

Pertanto anche alla luce delle esenzioni specifiche previste dall'art. 217 bis, nelle ipotesi in cui si addivenga al fallimento in seguito all'omologazione di un accordo di ristrutturazione (art. 182 bis), il comportamento dell'imprenditore, potrà essere oggetto di una diversa valutazione da parte del tribunale se l'accordo stesso è stato omologato, in ciò evidenziandosi una profonda differenza rispetto all'esperienza dei concordati stragiudiziali *ante* riforma.

La *ratio* della nuova disposizione (art. 217 bis) va individuata, oltre che nella volontà del legislatore di favorire la composizione negoziale della crisi d'impresa, anche nella circostanza che l'accordo di ristrutturazione (art. 182 bis) è sottoposto prima alla valutazione del professionista che redige la relazione sull'attuabilità dello stesso, per quanto riguarda la sua idoneità a garantire il regolare pagamento dei creditori estranei e successivamente a quella del tribunale, che nell'omologarli, ne accerta la rispondenza ai requisiti di legge previsti dall'art. 182 bis. Pertanto se questa disciplina viene rispettata, anche in presenza di un accordo di ristrutturazione rimasto ineseguito, non possono ascrivere all'imprenditore responsabilità penali.

Un altro elemento che giustifica l'esenzione dall'applicazione dell'art. 216 comma 3, deve rinvenirsi nel fatto che nell'accordo di ristrutturazione (art. 182 bis) un trattamento differenziato dei vari creditori può costituire una cosa normale non essendovi alcun obbligo di rispettare la *par condicio creditorum*²⁶³.

²⁶² Costituiscono ad esempio questioni nuove, quelle riguardanti la responsabilità civile o penale del professionista, che attesta l'attuabilità del piano e il suo eventuale concorso nelle diverse situazioni criminose dell'imprenditore fallito. Occorre inoltre considerare le problematiche legate alla concessione di "nuova finanza" e dunque alla responsabilità del creditore professionale che abbia aderito ad un piano di ristrutturazione o di risanamento per la cui trattazione si rinvia al paragrafo contenuto nel terzo capitolo.

²⁶³ Cfr. INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi d'impresa*, in, *Giur. Comm.*, I, 2006, 446; BONFATTI – CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova 2006, pag. 277 e segg.

Nella stessa prospettiva va esclusa la configurabilità del reato di concessione abusiva di credito nell'ipotesi di un successivo fallimento, in quanto l'erogazione di nuova finanza, rientra nella nuova filosofia del sistema concorsuale tra quelle operazioni previste dalla legge, per il salvataggio dell'impresa in crisi, incontrando pertanto il favore dell'imprenditore (art. 182 quater)²⁶⁴.

4.11. Esclusione della concessione abusiva del credito con riferimento all'accordo di ristrutturazione omologato.

Occorre chiedersi se in seguito alla introduzione dell'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, di cui all'art. 182 bis l. fall., e all'inserimento, nel tessuto della legge fallimentare dell'art. 182 *quater*, relativo alla prevedibilità dei crediti erogati, oltre che nel concordato preventivo, anche nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, sia possibile escludere la responsabilità civile della Banca per concessione abusiva di credito²⁶⁵, nei casi in cui il finanziamento sia stato erogato in esecuzione di un accordo di ristrutturazione omologato, a cui segue poi il fallimento.

Emerge qui l'esigenza di contemperare due diversi interessi:

l'interesse generale al recupero e alla salvaguardia dell'efficienza dell'impresa in crisi, tutelato dall'ordinamento soprattutto nella disciplina di alcuni settori del diritto concorsuale, quali ad esempio l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, di cui al D.lgs. 279/1999, la ristrutturazione industriale di imprese in stato di insolvenza²⁶⁶ di cui alla l. 18 febbraio 2004 n. 39, interesse valorizzato ulteriormente

²⁶⁴ Cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, p. 39 e segg. ; C. D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Trattato diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Milano, 2009, Vol. III, p. 1826.

²⁶⁵ Ricorre in linea generale l'ipotesi dell'abusiva concessione abusiva di credito quando ricorrono i seguenti elementi: 1) la sussistenza al momento, dell'erogazione del finanziamento di una situazione di insolvenza dell'impresa, per la quale non vi siano prospettive di risanamento, rinvenibile con la diligenza professionale propria del buon banchiere; 2) l'apparenza artificiale di solvibilità creata sul mercato dalla erogazione del credito; 3) il comportamento doloso o colposo della banca finanziatrice; 4) la sussistenza di un nesso di causalità tra questo comportamento e l'evento dannoso. Nella valutazione del grado di diligenza tenuto dalla banca occorre tener conto delle circostanze concrete in cui questa si è trovata ad operare; Cfr: P. GAGGERO, *Responsabilità della banca*, in, *Digesto discipline privatistiche*, sez. civ. XVII, Torino, 1998, 255; S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in, *Il Fall.*, n. 1/2009 (Allegato), p.65 e segg.; F. ALLEGRI, *La concessione abusiva di credito: evoluzioni e prospettive anche alla luce della riforma della legge fallimentare*, in, *Riv. Dir. Fall.*, n. 3-4., 2007, p. 563 e segg. L. BOGGIO, *op. ult. Cit.*, 2007, p. 413. U. APICE, *L'impresa in crisi: rischi e responsabilità delle banche*, in, *Bancaria*, 1999, n. 5, 72; A. VISCUSI, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*, nota ad Appello Milano, 11 maggio 2004, in, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, 278 e segg.; in giurisprudenza Cfr. Cass. Sez. un. 28 marzo 2006, n. 7030, in, *Fall.* 2006; 1125; Trib. Foggia, 12 dicembre 2000, in, *Dir. Banc.*, 2002, I, 294; Trib. Foggia, 7 maggio 2002, in, *Dir. Fall.* 2002, II, 510.

²⁶⁶ Quest'ultima utilizzata, tra l'altro per fronteggiare l'insolvenza del gruppo Parmalat e successivamente della società Volare S.p.a

dalla riforma della legge fallimentare, con la quale il legislatore ha coniato nuovi strumenti per il risanamento delle imprese in crisi.

Vi è poi l'interesse privato delle banche finanziatrici dell'impresa, alla libera azione sul mercato, senza correre il rischio di essere accusati della abusiva erogazione del credito²⁶⁷; vi è inoltre l'interesse generale, a non vedere alterate le condizioni di trasparenza del mercato attraverso attività suscettibili di ingenerare nei terzi l'apparenza fuorviante della solidità delle imprese che vi operano.

Parte della dottrina²⁶⁸ ritenendo che nel nuovo istituto il legislatore abbia disposto la sola esenzione degli atti attuativi degli accordi di ristrutturazione, dall'azione revocatoria, esclude che i soggetti che accettano di finanziare la società in stato di crisi, possano considerarsi esonerati anche da eventuali responsabilità civili o penali²⁶⁹.

Altra parte della dottrina, si è espressa in senso contrario, ritenendo che dal riconoscimento della liceità delle operazioni di ristrutturazione, operato dal legislatore, anche sotto il profilo della esenzione dall'azione revocatoria, debba escludersi, fatti salvi i casi di comportamento doloso, la responsabilità della banca per abusiva concessione di credito²⁷⁰.

Negli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis è necessaria l'attestazione di un professionista in merito all'attuabilità dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei, occorre allora chiedersi, se ciò sia sufficiente ad escludere la responsabilità della banca finanziatrice, o se invece questa, in quanto soggetto professionale, altamente specializzato, anche a

²⁶⁷ La concessione o il mantenimento di linee di credito nei confronti di un'impresa in difficoltà, proprio in quanto erogato da soggetti dotati di "elevata professionalità", quali le banche viene percepito all'esterno come un segnale della solvibilità del soggetto finanziato, finendo così per condizionare l'affidamento ed influenzare le scelte negoziali delle altre imprese che vi entrano in contatto. Ne consegue la considerazione per cui la concessione di finanziamenti a soggetti non meritevoli costituisce un comportamento abusivo suscettibile di causare danno a terzi e come tale sanzionato dall'ordinamento giuridico, Cfr. DI MARZIO, *Abuso nella concessione di credito*, Napoli, 2004, 18-19; U. APICE, *Banche e imprese: responsabilità civili e penali*, 1996, n. 11, p. 59.

²⁶⁸ In questo senso S. BONFATTI, *La disciplina dell'azione revocatoria*, Milano, 2005, pagg. 203 e segg.

²⁶⁹ Nelle operazioni finalizzate alla ristrutturazione dei debiti di imprese in difficoltà, l'intervento delle banche nell'erogazione della c.d. "nuova finanza", potrebbe esporre queste ultime, al ricorrere di certe circostanze, al rischio di essere considerate responsabili di avere concesso abusivamente credito ad un imprenditore insolvente, causando danni ad altri creditori, i quali hanno interpretato il finanziamento erogato dall'istituto bancario all'impresa in difficoltà come un indice della solidità economica della stessa. E' evidente infatti che la banca, attraverso la concessione del credito potrebbe consentire all'impresa di occultare la situazione di crisi in cui versa, ingenerando nei terzi che operano sul mercato un'apparenza di solvibilità. La linea di confine tra la liceità e l'illiceità dei comportamenti risulta estremamente sottile, con conseguente difficoltà per gli istituti di assumere decisioni in condizioni di totale di sicurezza.

²⁷⁰ E' la posizione di L. PANZANI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità della banca per concessione abusiva di credito (prima parte)*.

Con riguardo alla vicenda Parmalat si è osservato che le banche non potevano non conoscere lo stato di crisi in cui versava la capogruppo Emiliana, da ciò è conseguito nei confronti degli istituti di credito coinvolti nella vicenda, l'esperienza, oltre che di azioni revocatorie, di azioni risarcitorie per abusiva concessione di credito, per il fatto di aver consentito alla Parmalat e alle società da questa controllate di continuare ad operare nonostante il dissesto, con conseguente danno per gli altri creditori tratti in inganno circa le effettive condizioni in cui versava il gruppo.

fronte di un'attestazione positiva del professionista consultato, debba comunque procedere alla verifica della fondatezza dell'attestazione medesima.

Sembra preferibile ritenere che l'apporto di nuova finanza, nell'ambito di una procedura di salvataggio, attuata con lo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis. l. fall., consenta di operare in condizioni di sicurezza²⁷¹, dovendosi in questo caso escludere la configurabilità di aree di rischio, non solo sotto l'aspetto dell'azione revocatoria, ma anche sotto il profilo risarcitorio e penale²⁷². Ciò in quanto un atto esplicitamente autorizzato da una norma è da considerare lecito dall'ordinamento e non può essere fonte di responsabilità sotto altri profili²⁷³, pertanto gli atti posti in essere in esecuzione di un accordo di ristrutturazione²⁷⁴ non possono rappresentare ipotesi di abusiva concessione di credito o addirittura di bancarotta.

Il principio di coerenza dell'ordinamento giuridico impedisce infatti che una regola volta ad autorizzare determinati comportamenti, possa coesistere con una regola che al compimento di quei medesimi atti faccia conseguire una responsabilità civile o penale. Ciò ovviamente nei limiti in cui lo strumento dell'accordo di ristrutturazione venga utilizzato secondo le sue reali finalità di superamento della crisi d'impresa²⁷⁵, nell'ambito di una operazione condotta con serietà, buona fede e mezzi idonei.

Pertanto anche alla luce del nuovo art. 182 *quater*, che disciplina espressamente i finanziamenti erogati in esecuzione o in funzione dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione, sotto il profilo della prevedibilità degli stessi, deve ritenersi che le operazioni di finanziamento di imprese in difficoltà per le quali sia prospetticamente praticabile un tentativo di superamento della crisi, attraverso la procedura di cui all'art. 182 bis, concretizzano un esercizio lecito della libertà negoziale della banca.

Sotto tale profilo occorre inoltre considerare che l'accordo di ristrutturazione (art. 182 bis l.fall) e dunque anche i finanziamenti eventualmente erogati in esecuzione dello stesso (art. 182 *quater* comma I), o in funzione della sua omologazione (art. 182 *quater* comma II) sotto sottoposti comunque ad una forma di controllo della sua legittimità

²⁷¹ *Linee Guida per Il Finanziamento alle Imprese in Crisi, 2010*, elaborate nell'ambito di un progetto che ha visto la collaborazione dell'Università di Firenze, del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili e dell'Assonime. Il documento è disponibile agli indirizzi: www.unifi.it/nuovodirittofallimentare; oppure www.cndcec.it, o anche www.assonime.it.

²⁷² Invero lo scopo delle "Linee Guida sul finanziamento alle Imprese in crisi" è proprio quello di ridurre le incertezze che gli operatori incontrano nel finanziamento delle operazioni di ristrutturazione. "Esse hanno lo scopo di suggerire prassi virtuose e comportamenti che pur non essendo strettamente imposti dalla legge, possono aumentare il grado di sicurezza delle operazioni di finanziamento.

²⁷³ Dunque il primo principio delineato dalle "Linee Guida sul Finanziamento delle Imprese in Crisi", è il seguente, c.d., << "Best Pratiche" n.1. (Contesto del risanamento e percorsi protetti): In presenza di una impresa in crisi per la quale sussista un rischio rilevante di insolvenza, ove non si ricorra a procedure concorsuali, è opportuno che l'erogazione di nuovi finanziamenti, la concessione di garanzie e in genere il compimento di atti potenzialmente revocabili siano effettuati nell'ambito di un piano attestato o di un accordo di ristrutturazione dei debiti >>

²⁷⁴ O anche in esecuzione di un piano attestato ai sensi dell'art. 67 comma° lett. d) l. fall.

²⁷⁵ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit. p. 165-167; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Il rischio per le banche nel finanziamento delle imprese in difficoltà*, cit. p. 253 e segg.; A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, cit. 208.

proprio nell'ambito del procedimento di omologa, che costituisce dunque, anche un momento di garanzia della correttezza del comportamento delle banche finanziatrici.

4.12. Vizi genetici e funzionali degli accordi (lineamenti).

Un ulteriore profilo, che l'art. 182 bis non disciplina, è quello delle possibili cause di invalidità dell'accordo di ristrutturazione omologato e dell'eventuale inadempimento delle obbligazioni assunte dal debitore o anche dai creditori aderenti.

Occorre innanzitutto stabilire se possa applicarsi in via analogica l'art. 186 l.fall. in tema di risoluzione e annullamento del concordato preventivo²⁷⁶ o se invece trovi applicazione la disciplina del codice civile in materia di causa di invalidità del contratto e di risoluzione.

La soluzione di questo problema passa necessariamente attraverso il corretto inquadramento del rapporto che intercorre tra il <<momento negoziale>> e quello <<giurisdizionale>> di formazione dell'accordo.

Muovendo dalla natura autonoma dell'accordo di ristrutturazione, e della sua origine di natura prevalentemente negoziale, sembra preferibile, ritenere non applicabile, neanche in via analogica l'art. 186 l. fall., in materia di risoluzione e annullamento del concordato preventivo, trattandosi di una norma che costituisce oggetto di una disciplina speciale.

Si ritiene invece, che la disciplina procedimentale dell'art. 182 bis, possa essere completata con l'applicazione analogica degli articoli 737 c.p.c. e seguenti, contenenti le disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio.

Pertanto con riferimento all'individuazione della disciplina in materia di cause di invalidità e di risoluzione per inadempimento, dovrà farsi riferimento a quella prevista dal codice civile per il contratto in generale.

Invero l'accordo potrebbe presentare dei vizi funzionali, laddove non trovi regolare esecuzione o si riveli inidoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Oppure potrebbe presentare dei vizi genetici, che ne potrebbero determinare la nullità, (art. 1418 e segg. cod. civ.) ad esempio per illiceità della causa o dei motivi comuni, o anche la sua annullabilità (art. 1441 e segg. cod. civ.), ad esempio nell'ipotesi in cui il consenso del creditore aderente sia stato dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo.

Sembra da escludere invece l'applicabilità della rescissione per lesione (art. 1448 cod. civ.), anche perché nell'accordo di ristrutturazione è insito comunque un elemento di alea, connaturato al rischio d'impresa e di riuscita della ristrutturazione.

²⁷⁶ Di questo avviso: M. SANDULLI, in, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2007, pag. 1244.

Inoltre per il tipo di funzione che l'accordo realizza, potrebbero essere frequenti delle rinunce che oltrepassano di oltre la metà il valore della controprestazione eseguita o promessa.

Inoltre la causa (art. 1325 n. 2 cod. civ.) dell'accordo di ristrutturazione presenta notevoli affinità con la causa del contratto di transazione (art. 1965 e segg. cod. civ.), per cui, può ritenersi applicabile, in via analogica l'art. 1970 cod. civ. ai sensi del quale la transazione non può essere impugnata per causa di lesione.

Nell'ipotesi di inadempimento delle obbligazioni assunte con l'accordo, deve in linea di massima ritenersi esperibile il rimedio della risoluzione per inadempimento di cui all'art. 1453 cod. civ., nell'ipotesi in cui non siano stati rispettati gli impegni assunti rispetto ai creditori aderenti²⁷⁷.

Tuttavia un limite all'utilizzabilità del rimedio della risoluzione per inadempimento, laddove nell'accordo di ristrutturazione, sia stata inserita una clausola con cui si conviene la novazione (art. 1230 cod. civ.) delle obbligazioni originarie, potrebbe derivare dall'applicabilità analogica dell'art. 1976 cod. civ., che esclude la risoluzione della transazione per inadempimento, nell'ipotesi in cui il rapporto preesistente sia stato estinto per novazione, salvo che il diritto alla risoluzione sia stato convenuto espressamente.

L'inadempimento potrebbe riguardare non solo l'imprenditore proponente l'accordo, ma anche uno dei creditori aderenti, si pensi al caso della banca che nell'ambito dell'accordo assume l'impegno fondamentale di procedere all'erogazione di nuova finanza in esecuzione dell'accordo omologato (art. 182 quater comma 1).

In casi del genere l'inadempimento di una delle parti alle obbligazioni assunte in forza di accordo di ristrutturazione omologato, potrebbe ledere anche la posizione giuridica degli altri contraenti, determinando l'impossibilità di far fronte agli impegni assunti con gli altri accordi di ristrutturazione conclusi, facendo sorgere altresì la responsabilità dell'inadempiente verso gli altri, con il conseguente obbligo di risarcire il danno e la possibilità per la controparte di ottenere la risoluzione del contratto.

Per quanto riguarda la possibilità di procedere alla risoluzione, in caso di contratto plurilaterale, dovrà valutarsi l'essenzialità della prestazione della parte che è venuta a mancare e ciò potrebbe accadere in quei casi in cui la mancanza della prestazione promessa comporti il venir meno delle condizioni necessarie per consentire il

²⁷⁷ Così Trib. Milano, 18 luglio 2009 Sezione II Civile, Pres. M. Galioto, Rel. M. Vitiello, (decreto ex art. 182 bis), secondo cui: << Il tribunale nel corso del giudizio di omologa, in mancanza di opposizioni, non può prendere in considerazione il profilo relativo alla carenza di certezza circa l'adempimento degli impegni assunti con gli accordi, dovendosi ritenere fisiologico, ed in certa misura immanente all'istituto, che in caso di inadempimento dell'obbligato agli impegni assunti, ogni creditore aderente, avrà a disposizione lo strumento della risoluzione contrattuale per inadempimento disciplinata nel codice civile agli artt. 1453 e segg.>>. Cfr. CAPOBIANCO E., *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in, *Banca Borsa e titoli di credito*, 2010, 3, pag. 295 e segg.

salvataggio dell'impresa, e non ne sia stata offerta la sostituzione da un'altra parte o da un terzo.

L'esempio più calzante, sembra possa essere proprio il caso del venir meno di un importante finanziamento a fini ristrutturativi, che doveva essere erogato da una banca aderente ai sensi dell'art. 182 quater comma 1 in esecuzione dell'accordo omologato.

In ogni caso, la valutazione circa i riflessi, che possibili vizi genetici o funzionali possono avere sugli accordi, richiede un'indagine, che va effettuata necessariamente caso per caso, non potendo prescindere dalle concrete modalità con cui è stata strutturata l'operazione dal punto di vista negoziale, in quanto l'operazione economica che viene realizzata ai sensi dell'art. 182 bis, potrebbe attuarsi, secondo modalità diverse, a seconda del concreto assetto d'interessi finale, e delle esigenze empiriche da realizzare

Sotto tale profilo il dato che emerge dalla prassi, sta evidenziando, che normalmente, si ricorre alla stipula di separati accordi ristrutturazione bilaterali, conclusi tra l'imprenditore e ogni singolo creditore, tra i quali viene instaurato un collegamento negoziale, subordinando l'efficacia di ciascuno di essi, alla duplice condizione dell'accettazione degli altri accordi di ristrutturazione da parte di un numero di creditori pari almeno al 60% della massa creditoria, nonché all'omologa da parte del tribunale competente così come richiesto dall'art. 182 bis.

Nell'ipotesi appena descritta, i diversi accordi di ristrutturazione si presentano come un fascio di contratti bilaterali tra loro collegati, e gli eventi dedotti in condizione, ai quali è subordinata l'efficacia dei vari accordi e da cui deriva il collegamento negoziale "volontario" instaurato tra gli stessi, devono avverarsi, entrambi al momento dell'omologazione, per cui in seguito alla stessa, un eventuale vizio genetico o funzionale che dovesse colpire il singolo accordo, non riverbererà i suoi effetti anche sugli altri, essendo cessato il collegamento volontario che li legava *ab origine*.

Tuttavia oltre al collegamento "volontario", instaurato dalle parti, tra i diversi negozi, negli accordi di ristrutturazione emerge anche un collegamento "necessario"²⁷⁸ che deriva dalla *ratio* dell'istituto che è finalizzato alla rimozione dello stato di crisi dell'impresa.

Bisogna dunque stabilire, se il vizio genetico o funzionale, che colpisce il singolo accordo del fascio, travolga anche gli altri, laddove venga meno l'idoneità degli accordi, complessivamente considerati, a rimuovere lo stato d'insolvenza, elemento da cui deriva il collegamento "necessario" instaurato tra i diversi negozi.

Sotto questo profilo, con riferimento al *pactum de non petendo*, si è detto che la circostanza che allo stesso abbiano o meno aderito tutti i creditori non è idonea, di per sé sola, ad individuare la linea di confine tra il patto che incide sullo stato d'insolvenza e quello che, invece, non rileva sul medesimo²⁷⁹. Il *pactum de non petendo* infatti,

²⁷⁸ Sul collegamento negoziale Cfr. SCOGNAMIGLIO R., Voce *Collegamento negoziale*, in, *Enc. Dir.*, Milano, 1969, pag. 375 e segg.; GAZZONI F. *Manuale di diritto privato*, Napoli 2010, pag. 820 e segg.

²⁷⁹ Cfr. RESTAINO L., *Ancora qualche considerazione sulla natura dell'attività esercitata dalla holding, e sulla rilevanza del pactum de non petendo*, nota a Trib. Napoli, 23/4/2002, in, *Giur merito*, 2003, 10, 1954.

incide direttamente sull'inadempimento, escludendolo, e si riflette sull'insolvenza se e in quanto detta inadempienza sia determinante al fine configurare la sussistenza di uno stato d'insolvenza. Ne consegue che né il patto sottoscritto da tutti i creditori, né quello sottoscritto da alcuni soltanto di essi ha un'efficacia diretta sullo stato d'insolvenza, in quanto l'oggetto del patto, non è lo stato d'insolvenza, ma solo l'inadempimento di uno o più crediti, o eventualmente anche di tutti.

In entrambi i casi, infatti, l'incidenza del patto sullo stato d'insolvenza è soltanto "mediata", nel senso che il patto è in grado di escludere lo stato d'insolvenza solo se e nella misura in cui, l'insolvenza medesima può essere rimossa, modificando anche soltanto parte dei rapporti obbligatori riconducibili all'impresa.

Orbene la legge negli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis) presume l'idoneità degli stessi a rimuovere lo stato d'insolvenza, laddove ricorrano le circostanze previste dall'art. 182 bis, che consistono nel coinvolgimento di almeno il 60% della massa creditoria e nel regolare pagamento dei creditori estranei²⁸⁰.

In considerazione pertanto, del collegamento instaurato tra i diversi contratti, andrà valutato non solo l'interesse sotteso ai singoli negozi in sé considerati, ma anche e soprattutto quello sotteso alla più ampia operazione economica²⁸¹.

Pertanto, laddove il vizio genetico o funzionale, che incide su uno degli accordi di ristrutturazione stipulati, sia tale da comportare un'alterazione dell'equilibrio economico dell'intera operazione, a causa, ad esempio dell'insostenibilità delle obbligazioni assunte nei confronti degli altri creditori, questi ultimi potranno, a loro volta, ottenere la risoluzione per inadempimento anche dell'accordo di ristrutturazione da essi stipulato, sciogliendosi dal vincolo contrattuale, e acquistando così nuovamente la legittimazione ad intraprendere tutte le azioni legali, volte al recupero del credito, compresa la dichiarazione di fallimento, qualora sussista nuovamente lo stato d'insolvenza.

Ovviamente questi rimedi contrattuali spetteranno soltanto ai creditori aderenti.

I creditori estranei invece, una volta trascorso il periodo di sessanta giorni dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, durante il quale sono inibite le azioni esecutive e cautelari individuali, (art. 182 bis comma 3 l. fall.) in caso di inadempimento, saranno nuovamente legittimati ad avvalersi degli strumenti che l'ordinamento prevede per la soddisfazione del loro credito, laddove l'imprenditore non abbia provveduto al loro "regolare pagamento" e dunque l'accordo si sia rivelato inidoneo a rimuovere lo stato di insolvenza.

²⁸⁰ Si tratterà ovviamente di una presunzione relativa, la cui prova contraria potrà essere fornita nell'ambito di un eventuale giudizio di opposizione all'omologazione dell'accordo.

²⁸¹ Sotto tale profilo è stato sostenuto che il concetto di "operazione economica" è stato ormai tipizzato, e una conferma di ciò sarebbe rinvenibile nell'art. 34 n. 1 del D.leg. 05/2006 con riferimento all'accertamento della vessatorietà di clausole contenute in contratti collegati. Così GAZZONI F. *Manuale di diritto privato*, Napoli 2009, pag. 822.

4.13. Profili fiscali.

Con riferimento agli effetti prodotti dall'accordo di ristrutturazione si pongono dei dubbi interpretativi in relazione al regime impositivo delle sopravvenienze da falcidia, delle plusvalenze da cessione e delle perdite derivanti dalla rimessione parziale dei debiti. Occorre chiarire se gli accordi di ristrutturazione debbano essere assoggettati al trattamento comune in materia di imposte sui redditi, o se invece possano usufruire delle agevolazioni previste in tema di concordato dall'art. 88 comma 4 Tuir.

Con questa disposizione il legislatore ha voluto favorire la procedura di concordato preventivo stabilendo una limitazione dell'imposizione diretta, al fine di impedire l'emersione apparente di reddito imponibile, alla quale si giungerebbe se si applicassero le regole ordinarie sul reddito d'impresa, generando così una incongruenza tra la situazione formale e quella sostanziale di reale capacità contributiva dell'imprenditore in difficoltà²⁸².

Il problema riguarda l'individuazione del regime fiscale da applicare alle sopravvenienze attive derivanti dalla riduzione dei debiti in seguito alle intese di ristrutturazione del passivo intercorse tra l'imprenditore in crisi e i suoi creditori.

La riduzione dei debiti in seguito alla falcidia derivante dalla ristrutturazione dei debiti, traducendosi in una insussistenza di passività, genera una sopravvenienza attiva propria²⁸³.

La rimessione di un debito da parte del creditore estinguendo parzialmente o totalmente un rapporto obbligatorio, costituisce una insussistenza passiva che genera per il debitore che si avvantaggia di questa circostanza una sopravvenienza attiva.

Non è pacifico tuttavia in dottrina l'inquadramento delle insussistenze passive nella categoria generale delle sopravvenienze attive.

²⁸² F. MARENGO, *Le eventuali sopravvenienze negli accordi ex art. 182 bis, l.fall.*, in *www.ilcaso.it*, p. 2008, p.2.

²⁸³ Cfr. E. POTITO, *Il sistema delle imposte sui redditi*, Milano, 1989, p. 188, e segg., il quale definisce le sopravvenienze attive, come variazioni positive del patrimonio netto dovute ad eventi di natura imprevedibile, straordinaria o occasionale, distinguendo tra sopravvenienze attive in senso proprio e sopravvenienze attive assimilate o improprie. Le prime consistono in proventi che pur derivando da eventi straordinari, si ricollegano a normali fatti di gestione traducendosi così in una correzione in senso positivo degli stessi. Si tratta: di ricavi o di altri proventi conseguiti a fronte di spese, perdite o di passività iscritte in bilancio nei precedenti esercizi (ad esempio gli sconti ottenuti successivamente dai fornitori); di ricavi o di altri proventi conseguiti per un ammontare superiore a quelli in precedenza rilevati (ad esempio il conseguimento di maggiori interessi commerciali); della sopravvenuta insussistenza di spese, perdite e passività precedentemente registrate (ad es. il recupero di crediti in sofferenza per i quali era stata già riscontrata una perdita). Si considerano invece sopravvenienze improprie gli ulteriori incrementi patrimoniali straordinari, riconducibili soltanto indirettamente agli accadimenti gestionali ordinari. Si tratta delle indennità conseguite a titolo di risarcimento dei danni diversi dalla perdita o dal danneggiamento di beni/merce o di beni strumentali (ad es. il risarcimento di danni per atti di concorrenza sleale) o dei proventi percepiti a titolo di contributo o di liberalità ad esclusione dei contributi spettanti *ex lege*.

Secondo alcuni²⁸⁴ l'insussistenza passiva non è concettualmente una sopravvenienza attiva, ovvero non incrementa la ricchezza del debitore in quanto la rimessione di un debito non è di per sé sintomatica di una nuova forza economica, pertanto in virtù del principio della capacità contributiva dovrebbe considerarsi esclusa dalla base imponibile. Secondo questa prospettiva non sarebbe possibile considerare una manifestazione di ricchezza quella situazione in cui un soggetto esposto ad esempio per cento debba pagare quaranta per ottenere la rimessione del debito da parte dei suoi creditori.

In senso contrario è stato affermato che sia nell'ipotesi di sopravvenienze attive che di insussistenze passive sarebbe configurabile un arricchimento del debitore rinveniente o da un elemento attivo che sopraggiunge, o dal venire meno di un elemento passivo, situazioni che anche se diverse, producono entrambe un incremento del patrimonio di riferimento.

Recentemente la Direzione Regionale dell'Agenzia delle Entrate dell'Emilia Romagna, con una nota²⁸⁵ ha modificato il precedente orientamento affermando la non imponibilità delle sopravvenienze attive negli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l.fall. in virtù di una interpretazione estensiva ed analogica dell'art. 88 comma quarto Tuir, così modificando il precedente orientamento del Ministero.

Tale recente indirizzo è sicuramente condivisibile in quanto con gli accordi di ristrutturazione si è voluto dotare l'imprenditore in stato di crisi di uno strumento che condivide con il concordato preventivo la finalità di favorire il superamento dello stato di crisi dell'impresa, per cui di fronte alla medesima *ratio* legislativa, non sarebbe coerente applicare un regime diverso per la tassazione delle sopravvenienze attive conseguenti alla riduzione dei debiti. In caso contrario il comportamento dell'Amministrazione risulterebbe sicuramente incoerente, in quanto riconoscendo l'emersione di materia imponibile in seguito alla riduzione dei debiti ristrutturati, si verificherebbe uno scollamento tra la situazione formale e quella sostanziale di reale capacità contributiva dell'imprenditore in difficoltà, oltre che una incongruenza tra le finalità che persegue la disciplina di cui all'art. 182 bis, e quella fiscale che per soddisfare esigenze legate al gettito della Finanza finirebbe per inficiare la funzione degli accordi, con conseguenze molto negative per il tessuto economico e sociale²⁸⁶. Nell'ipotesi in cui all'accordo di ristrutturazione si accompagni una transazione fiscale è stato efficacemente evidenziato un ulteriore e decisivo argomento per sostenere la non tassabilità di queste sopravvenienze, la quale sarebbe assolutamente ingiustificata e illogica in quanto l'Amministrazione finanziaria si troverebbe da una lato con la transazione fiscale a concedere remissioni del debito o ad accettare dilazioni del proprio

²⁸⁴ M.A. GALEOTTI FLORI, *La tassazione dei redditi nel concordato preventivo con cessione dei beni*, in, (AA.VV.) *Studi in Onore di Victor Uckmar*, 1997, p. 569 e segg.

²⁸⁵ Cfr. Nota Min. 7 febbraio 2008, prot. 6579/2008, in, www.agenziaentrate.it/documentazione, la quale evidenzia come: <<con il nuovo istituto della transazione fiscale, inserita nel contesto del concordato preventivo, L'Erario divenga soltanto uno dei creditori e le sorti delle scelte operate dagli uffici sono subordinate sia all'attività di verifica e controllo svolta dalla magistratura sia alle decisioni della maggioranza dei creditori>>.

²⁸⁶ Cfr. V. GRECO, *Gli accordi di ristrutturazione come negozi fallimentari di utilità sociale*, in, *Riv. Dir. Fall.*, n. 5/2008, p. 642.

credito e dall'altro a tassare con riferimento all'accordo di ristrutturazione le plusvalenze relative agli stessi crediti a cui ha rinunciato con la transazione fiscale²⁸⁷.

²⁸⁷ Così efficacemente F. MARENGO, *Il correttivo al correttivo della Transazione fiscale*, in, *IlCaso.it*, 2008, p. 10.

BIBLIOGRAFIA

- ABETE L., *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in, *Il Fall.*, 2007, 625.
- ALEGRIA, *El Acuerdo preventivo extrajudicial no homologado*, in, *Derecho concursal argentino e iberoamericano*, I, Buenos Aires, 1997.
- ALLEGRIITI, *La concessione abusiva di credito: evoluzioni e prospettive anche alla luce della riforma della legge fallimentare*, in, *Riv. Dir. Fall.*, n. 3-4., 2007, p. 563 e segg.
- ALVAREZ VEGA M. I., *Funzione conservativa del "concurso de acreedores", nella riforma del diritto fallimentare spagnolo*, in, *Dir. Fall.*, 2004, pagg. 760
- AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2008.
- ARATO M., *Convenzioni bancarie e procedure concorsuali*, in, *Fall.*, 1998, 928.
- ARATO M., *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, in, *Il Fall.*, n. 11/2008, p. 1237 e segg.
- ARMOUR-DEAKIN, *Norms in private insolvency procedures: the "London Approach" to the resolution of financial distress*, in, *Journ.*, c. l.s., 2001, 21.
- AZZARA' A., *Casi recenti di finanziamento alle imprese in crisi*, in, *Il Fall.*, n.1/2009 (Allegato), p. 41 e segg.
- APICE U., *L'impresa in crisi: rischi e responsabilità delle banche*, in, *Dir. Banc.*, 1999, I, 230.
- BACQUET-HERBAUX, *Le règlement des difficultés des entreprises, en Argentine*, in, *Rev. Dr. Aff. Int.*, 2000, 240.
- BAIRD D.G., *A World Without Bankruptcy*, in, <<Law & Contemporary Problems>> 50, 1987.
- BANCA MEDIOCREDITO, *I covenants di bilancio nei finanziamenti a medio e lungo termine*, Roma, 2003;
- BELCREDI, *Le ristrutturazioni stragiudiziali delle aziende in crisi nei primi anni novanta*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano 1996, p. 268.
- BELLO, in, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa e del fallimento*, (a cura di) F. Di Marzio, Milano, 2006.

BIANCA C. M., *Il Contratto*, Milano, 2000.

BNP- PARIBAS- PRICE WATER HOUSE COOPERS, *Finanza d'impresa*, Milano, 2002.

BOGGIO L., *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*. Milano, 2007.

BONELLI F., *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in, *Giur. Comm.* , 1997, p. 488/I e segg.

BONFATTI, in, AA.VV. *La disciplina dell'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare e nei "fallimenti immobiliari"*, Milano, 2005.

BONISSONI A., *Ristrutturazione del debito con conversione della passività in "equity"*, in, *Diritto e Pratica delle Società*, n. 4/2009, pag. 21 e segg.

BONSIGNORE R., *Il Finanziamento all'impresa in crisi nella fase preparatoria della ristrutturazione del debito*, in, *Il Fall.*, n. 1/2009 (Allegato), p. 37 e segg., Relazione al Convegno di Milano del 21 ottobre 2008.

BORTOLIN M. G. , *L'apertura della procedura di amministrazione straordinaria*, in, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza*, a cura di C. COSTA, Milano, 2008, pag. 153 e segg;

BOZZA G., *Formazione delle classi e alterabilità delle graduazioni legislative*, in, *Il Fall. n. 1/2007 (Allegato): Atti del Convegno "Dai piani attestati ai concordati giudiziali: finanziamenti e mercato delle crisi*, Milano 21 ottobre 2008".

BRITISH BANKER'S ASSOCIATION, *Description of the London Approach*, London 1996.

CAFAGGI F. – STANGHELLINI L. – MOLITERNI R. – D'ANGELO F. – TURELLI. S – ZORZI A. – PARATORE S. , *Linee Guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, Prima edizione 2010.

CAIAFA A., *Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione*, in, *Dir. Fall.*, 2006, II, pag. 536.

CAIAFA A. , *Vicende circolatorie dell'azienda nelle procedure concorsuali*, Padova, 2001.

CAMPOBASSO, *Le partecipazioni al capitale delle banche*, in, *Banca, borsa e tit. cred.*, 1994, I, 284

CANALE G., *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in, *Le nuove norme processuali e fallimentari*, a cura di C. Punzi e E. F. Ricci, Padova , 2005.

CANDELARIO MACIAS, *El convenio de continuacion como medio de proteccion del credito*, Granata, 1999.

CAPOBIANCO E., *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in, *Banca Borsa e titoli di credito*, 2010, 3, pag. 295 e segg.

CARUSO M., *Appunti in tema di diritto fallimentare e operazioni di <<securitization>>*, in, *Il Fall.*, n. 8/2006, pag. 883 e segg

CASTIELLO D'ANTONIO A., *La banca tra <<concessione abusiva>> e <<interruzione brutale>> del credito*, in, *Dir. Fall.*, 2005, I, 765.

CHIOZZI CENSONI, *I presupposti del fallimento*, in, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Panzani, I, Torino, 2000.

COPPOLA C., *Gli effetti dell'amministrazione straordinaria per i creditori*, in, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza*, a cura di C. COSTA, Milano, 2008, pag. 360:

COSTA C., *La soluzione stragiudiziale della crisi d'impresa*, in, *Riv. Dir. Fall.*, 1998, pag. 964.

COSTA C., (a cura di) *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza*, AA.VV., Milano, 2008.

COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2001.

D'AMBROSIO C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Trattato diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Milano, 2009, p. 1800.

D'AMORA S. , *Note esegetiche sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti*, in, *studi e ricerche*, su www.tribunaledimilano.it.

DE CARVALLO F. L. A., *Profili generali del nuovo regime dell'insolvenza nel diritto portoghese*, in, *Dir. Fall.*, 2004, I, pag. 1418

DE CRESCIENZO U.– L. PANZANI, *Il Nuovo Diritto Fallimentare*, Milano, 2005.

DEL FEDERICO L., *Art. 182 ter, Transazione fiscale*, in, *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Jorio, tomo II, Zanichelli, 2007, p. 2561 e segg.

- DI MARZIO, *Abuso nella concessione di credito*, Napoli, 2004.
- DIMUNDO A. , *Pactum de non petendo*, in, *Il Fall.*, 1996, 905.
- DIMUNDO F. , *Accordi di Ristrutturazione dei debiti: la meno “incerta” via italiana alla “reorganization”?*, in, *Fall.*, 2007, 6, p. 703 e segg.
- DOMENICHINI G., *Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato di insolvenza*, in, *Il Fall.*, 1996, 841.
- DONATO V., *Revocatoria della rimesse bancarie ed esenzioni dalla revocatoria a fronte di piani di risanamento: profili tecnico.aziendalistici*, in, *Il dir. Fall.*, 2006.
- FABIANI M., *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all’art. 182 bis legge fallim.*, in, *Foro It.*, 2006, fasc. 9, pt. 1, pagg. 2564 – 2568.
- FABIANI M. *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l’incerta via italiana alla “reorganization”*, in, *Foro It.* 2006, I, pag. 264.
- FABIANI M. *Ristrutturazione dei debiti con omologazione obbligatoria*, in, *Il Sole 24 Ore*, 6 gennaio 2006.
- FAUCEGLIA G., *Accordi di ristrutturazione dei debiti, commento sub. Art. 182 bis*, in, *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Ipsoa, 2008.
- FAUCEGLIA G., *L’anticipazione della crisi d’impresa: profili di diritto comparato e prospettive future – Atti del Convegno di Milano del 21.10.2008*, in, *Il Fall. n.1/2009*, (Allegato), p. 14 e segg
- FAUCEGLIA G. , *Istituzione del trust, per il recupero dei crediti fiscali*, nota a Trib. Roma 3 aprile 2003 (decr.) in, *Fall.*, n. 1/2004, p. 102.
- FAUCEGLIA G., *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Dir. Fall.*, 2005.
- FAUCEGLIA G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005*, in, *Fall.*, 2005.
- FERRO. M, “*Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in, *Il nuovo diritto delle società di capitali*, 2005.
- FERRO M., *Il piano attestato di risanamento*, in, *Il Fall.*, 2005, 1360.
- FERRO M., *Piano attestato di risanamento*, in, Ferro (a cura di) *Le insinuazioni al passivo*, I, Padova, 2005, p. 546.

FIMMANO', *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000.

FINCH, *Company Insolvency Law*, Cambridge, 2002, 211.

FLOOD, *Corporate recovery: the London Approach*, in, *Ins. Law practice*, 1995, 82.

FORTUNATO S., *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in, *Il Fall.*, n. 1/2009 (Allegato).

FRASCAROLI SANTI E., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo procedimento concorsuale*, Padova 2009.

FRASCAROLI SANTI E., *Effetti della composizione stragiudiziale dell'insolvenza*, Padova, 1995.

FRASCAROLI SANTI E., *Voce Concordato stragiudiziale*, in, *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Commerciale*, Torino, 1988, pag. 283 e segg

GABRIELLI E., *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione*, in, www.judicium.it,: Relazione svolta al Convegno <<Contratto e crisi d'impresa>> tenutosi a Verona, il 19 e 20 maggio 2006.

GALARDO M., *Gli accordi di ristrutturazione e il risanamento del "gruppo"*, nota a Trib. Milano, 10/11/2009, Pres. Lamanna, (decreto ex art. 182 bis), in, *Dir. Fall.*, n. 3-4 2010 pag. 343 e segg.

GALARDO M., *"Interesse di gruppo" e accordi di ristrutturazione*, nota a Trib. Milano, 17 giugno 2009, Pres. Rel. Galioto (decreto ex art. 182 bis), in, *Dir. Fall.*, (in corso di pubblicazione).

GALLO F., *Sull'asserita sopravvivenza del pactum de non petendo nel diritto civile italiano*, in, *Foro It.*, 1960, IV, 129.

GAUGHAN, *Mergers, acquisitions and corporate restructuring*, IV ed. , New York, 2007.

GAGGERO P., *Responsabilità della banca*, in, *Digesto discipline privatistiche, sez. civ. XVII*, Torino, 1998.

GALEOTTI FLORI M.A., *La tassazione dei redditi nel concordato preventivo con cessione dei beni*, in, (AA.VV.) *Studi in Onore di Victor Uckmar*, 1997.

GALGANO F., *Il Nuovo Diritto Societario*, Tomo I, Seconda Ed., Padova, 2004.

GASPARONI G. , *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Pratica fiscale professionale*, 2006, 12, p. 36.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009.

GENTILI G., *Il Tribunale di Ancona ha omologato il primo accordo di ristrutturazione dei debiti con transazione fiscale stipulato in Italia*, nota a Trib. Ancona, 12 novembre 2008, in, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1494.htm>.

G. GIANNELLI, *Le Soluzioni Giudiziarie delle crisi d'impresa. La gestione della crisi nel diritto spagnolo e italiano*, in, *Riv. Dir. Fall.*, Padova, 2009, pag. 125

GIANNELLI G., *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni in diritto*, in, *Dir. Fall.*, 2005, I, pag. 1156.

GIANNELLI G., *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento attestati dell'impresa, nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni. Seminario sulla riforma dl processo civile*, Andria, 1 luglio 2005, in, www.ordineavvocatitrani.it/pubblica

GODANO, *La legislazione comunitaria in materia bancaria*, Bologna, 1996, 2, 86.

GRECO V., *Gli accordi di ristrutturazione come negozi fallimentari di utilità sociale*, in, *Riv. Dir. Fall.*, n. 5/2008, p. 640 e segg.

GRECO V., *Il Trust quale strumento di soluzione e di prevenzione della crisi d'impresa nella riforma delle procedure concorsuali*, in, *Trusts*, 2007, fasc. 3, p. 219.

GROSSI M., *La riforma della legge fallimentare* Milano, 2006.

GUATRI L., *All'origine delle crisi aziendali: cause reali e cause apparenti*, in, *Finanza, Marketing e Produzione*, 1985, 3, p. 11 e segg.

GUATRI L., *Turnround: declino, crisi e ritorno al valore*, Egea, 1995.

GUERRA P., *Ristrutturazione del debito e assistenza finanziaria all'impresa: il c.d. consolidamento del debito*, in, *Banca Borsa e Titoli di Credito*, Milano, 1995, parte I

GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in, *Dir. Fall.*, 2008, I, pag. 258.

GUERRERA F. e MALTONI M., *Concordati Giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione"*, in, *Riv. Dir. Soc.*, 2008, nonché in, www.notariato.it, Studio n. 77-2007/I.

GUGLIELMUCCI L. *Il diritto concorsuale tedesco tra risanamento e liquidazione*, in, *Giur. Comm.*, 2003, I, 155

GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2007.

GUGLIELMUCCI L., *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005.

KENT, *Corporate workouts: a UK perspective*, in, *Int. Insolv. Rev.*, 1997, 165

KENT, *The London Approach*, in, *Journ. Int. Law pract.*, 1993, 81.

KIRSCHENER, *Prepackaged bankruptcy, plans: the deleveraging tool of the '90 in the wake of OID and tax concerns*, in, *Seton Hall law rev.*, 1991, 660.

INNOCENTI F., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, in, *Riv. Dir. Fall.*, n. 6/2007, p. 918 e segg.

INZITARI B., *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito; abuso nella concessione e rottura nel credito*, in, *Banca, borsa e tit. di credito*, 2001, I, 280.

ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, in, *Tratt. Dir. Civ. comm.*, fondato da Cicu e Messineo, Milano, 2003, 596 e segg.

INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi d'impresa*, in, *Giur. Comm.*, I, 2006.

IORIO, *La nuova legge francese sull'insolvenza*, in, *Giur. Comm.*, 1986, I, p. 625.

IORIO, *Modelli Europei e scelta fra sistemi a gestione giudiziaria o amministrativa*, in, *Fall.*, 1998, p. 952.

LA CROCE G., *Finanziamenti ponte e garanzie per debiti prescritti*, in, *Il Fall.* n. 1/2009, (Allegato) .

LO CASCIO G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova disciplina del fallimento. La recente disciplina della revocatoria*, a cura di G. Fauceglia, Salerno, 2005.

LOCONTE S., *La Transazione fiscale*, in, *Riv. Dir. Fall.* n. 2/2008, p. 186 e segg.

LUCARINI - ORTOLANI, *Le partecipazioni delle banche nelle imprese non finanziarie*, in, *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, a cura di Morera e Nuzzo. Milano, 1996.

- MACARIO F., *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in, *Rivista delle Società*, Milano, 2008, fasc. 1, p. 102 e segg;
- MAGNANI L., *La transazione fiscale*, in, *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, 2007, p. 682 e segg.
- MAIMERI F., *Sistemazioni stragiudiziali delle crisi d'impresa e codice di comportamento bancario*, in, *Banca Borsa e titoli di credito*, 2000, 3, 417.
- MANDRIOLI L., *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, § 2.8 in atti del convegno, *La riforma del diritto fallimentare*, Milano, 7 ottobre 2005.
- MARABINI A., *La gestione delle crisi d'impresa alla luce della riforma delle procedure concorsuali: strumenti attuativi, il riequilibrio finanziario*, in, *Riv. Dir. Fall.*, 2009, pag. 232 e segg
- MARENGO F., *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2008.
- MARENGO F., *Il correttivo e la nuova transazione fiscale*, in, www.ilcaso.it, 2008.
- MARENGO F., *Il correttivo al correttivo della transazione fiscale*, in, *Il www.ilcaso.it*, 2008.
- MARENGO F., *Le eventuali sopravvenienze negli accordi ex art. 182 bis, l.fall.*, in, www.ilcaso.it, p. 2008.
- MARINONI, *Le redressement judiciaire des entreprises*, Milano, 1989.
- MATTEI E., *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, www.ilcaso.it, 2008, p. 33 e segg.
- McCONNEL-SERVAES, *The economics of prepackaged bankruptcy*, 4, *J. Appl. Corp. fin.*, 1991
- McCONNELL-LEASE-TASHJIAN, *Prepacks as a mechanism for resolving financial distress: the evidence* 8, *J. appl. Corp. fin.*, 99, (1996).
- MONTESANO L.e ARIETA G., *Le Tutele Camerali Autorizzative – Omologatorie*, in, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2003, Vol. II/2.
- MOLINA SANDOVAL, *Acuerdo preventivo extrajudicial*, Buenos Aires, 2003.
- MORERA, *Il fido bancario. Profili giuridici*, Milano, 1998.

NARDECCHIA G.B., *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007.

NARDECCHIA G.B. , *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, nota a Trib. Milano, 21 dicembre 2005, in, *Fall.*, 2006, pag. 669 e segg.

NIGRO F., *Ristrutturazione del debito con conversione della passività in "equity"*, in, *Diritto e Pratica delle Società*, n. 4/2009, pag. 21 e segg

NIGRO A., *Note minime in tema di responsabilità per concessione abusiva del credito e di legittimazione del curatore fallimentare*, in, *Dir. Banc.*, 2002, I, 298.

OLIVA, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in, *Fall.*, 1999, 825.

PACCHI PESUCCI S., *La nuova disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, approvazione, omologazione, esecuzione e chiusura (art. 177 – 182;art. 182 bis.)*, in, *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, n. 282, Milano, 2005.

PACCHI PESUCCI, *Dalla meritevolezza dell'imprenditore, alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989, pag. 174 e segg.

PANZANI L., *Il d.lgs. 35/2005 e la riforma del diritto fallimentare*, in, *fallimento.ipsoa.it*, 13 aprile 2005, oppure in, *Atti del Convegno sul <<La riforma del diritto fallimentare>>*, Ipsoa, Firenze, 6 luglio 2005.

PANZANI L., *Il Caso Federconsorzi*, in, *Il Fall.*, n. 9/1996, p. 849 e segg.

PATTI A., *Affitto d'azienda e finanziamento dell'impresa fallita*, in, *Il Fall.*, n. 1/2009, (Allegato), p. 76 e segg.

PATTI. A., *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009.

PEZZANO A., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis. legge fall.: una occasione da non perdere*, nota a Trib. Milano, 15 dicembre 2005, in, *Dir. Fall.*, 2006, II, p. 674 e segg.

PIEPOLI, G., *Profili civilistici dei covenants*, in, *Banca Borsa e titoli di credito*, n. 5/2009, pag. 488 e segg;

POLLIO M., *La Transazione fiscale*, in, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia e L. Panzani, Utet, Torino, 2009.

POTITO E., *Il sistema delle imposte sui redditi*, Milano, 1989.

PRESTI G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, (AA.VV.) *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. Ambrosini, Zanichelli, 2006, p. 394.

PRESTI G., *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, in *Fall.* 2006, pag. 169.

PRESTI G., *Rigore è quando arbitro fischia?*, in, *Il Fall.* n. 1/2009, (Allegato), p. 25 e segg.

PROIETTI R., *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, nota a Trib. Milano, sez. II, 23 gennaio 2007 (decr.), in, *Riv. Dir. Fall.*, n. 2/2008, p. 136 e segg.

PROTO C., *Accordi di Ristrutturazione dei debiti e tutela dei creditori*, in, *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare. Scritti in onore di Lo Cascio*, a cura di M. Fagiani e A. Patti, Milano 2006.

PROTO C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Il Fall.*, n. 2/2006, p. 134.

RAGUSA MAGGIORE G., *La concessione abusiva del credito e la dichiarazione di fallimento*, in, *Dir. Fall.*, 2002, 510.

RANGONI, *La prevention des difficultès des entreprises nella legge francese di riforma n. 475 del 10 giugno 1994*, in, *Dir. Fall.*, 1996, I, pagg. 269 e segg.

RESTAINO L., *Ancora qualche considerazione sulla natura dell'attività esercitata dalla holding, e sulla rilevanza del pactum de non petendo*, nota a Trib. Napoli, 23/4/2002, in, *Giur merito*, 2003, 10, 1954.

ROBLES M., *Erogazione <<abusiva>> di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare del sovvenuto*, in, *Banca , borsa e tit. di cred.*, 2002, II, 279;

ROMANO M.– FAVINO C., *Individuazione della crisi d'impresa e profili di informativa economica nel nuovo concordato preventivo, (I parte)*, in, *Fall.*, 2006, 8, pag. 985.

ROVELLI L., *Il ruolo del trust, nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis. l. fall.*, in, *Il Fall.*, n. 5/2007, p. 598.

RUSCELLO, *Pactum de non petendo e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, in, *Riv. Dir. Civ.*, 1976, II, pagg. 198 e segg.

SALVATO L., *Il difficile bilanciamento delle esigenze di tutela dei creditori e del mercato nella disciplina dei finanziamenti alle imprese*, in, *Il Fall.*, n. 1/2009, (Allegato)p. 87 e segg.

SANDULLI M., in, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2007.

SANTARONI M., *L'intervento delle banche nelle imprese in crisi*, in, *Giust. Civ.* 2000, 2, 45.

SANSONE G., *Il caso Tripovich*, in, *Il Fall.*, 1996, p. 833.

SANTINI R., *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, in, *Giur. Comm.*, 1998, 4, 609.

SARGENTI, *Pactum de non petendo e remissione del debito*, in, *Foro Pad.*, 1959, 299 e segg.

SCHWARTZ A., *A Contract Theory Approach To Business Bankruptcy*>> in, *Yale Law Journal*>> 107, 1998.

SCARANI L., *Ristrutturazione del debito con conversione della passività in "equity"*, in, *Diritto e Pratica delle Società*, n. 4/2009, pag. 21 e segg.

SCIUTO M., *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *Rivista di Diritto Civile*, n. 3 del 2009, pag. 337.

SCOGNAMIGLIO R., voce, *Collegamento negoziale*, in, *Enc. Dir.*, Milano, 1960.

SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sul pactum de non petendo alla luce di un rimeditato concetto del patto nell'ordinamento attuale*, in, *Riv. Notariato*, 1986, I, pagg. 587 e segg.

SEGAL, *Corporate recovery and rescue. Mastering the key strategies necessary for successful cross border workouts: part. 1*, in, *Involv. Int.*, 2000, 17

STANGHELLINI L., *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in, *Il Fall.*, n. 9/2008, p. 1075.

STANGHELLINI L., *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Il Mulino, 2007.

TARZIA G., *Quale tutela per gli accordi con il finanziatore nella ristrutturazione dei debiti?*, in, *Il Fall.*, n. 1/2009 (Allegato).

TASHIAN – LEASE – McCONNELL, *An empirical analysis of prepackaged bankruptcies*, 40, *J. finn. Ec.* 135 (1996).

TOSI L., *La transazione fiscale*, in, *Rass. Trib.*, , 2006, 4 p. 1078.

TROYER L., *La responsabilità penale del professionista per le affermazioni e le valutazioni espresse in sede giudiziaria ovvero dirette all'autorità giudiziaria*, in, *Riv. Dott. Comm.*, 2006.

VALENSISE P., *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in, *La Riforma della Legge Fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Giappichelli, Torino, 2006, p. 1088 e segg.

VANZETTI A.– DI CATALDO V., *Manuale di Diritto Industriale*, V ed. Milano, 2005, p. 528.

VERNA G., *Sugli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.*, in, *Dir. Fall.*, 2005, I, p. 865.

VICARI A., *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in, *Giur. Comm.*, 2008.

VISCUSI A., *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*, in, *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2004, II, 648;

VISCUSI A., *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004.

VIVALDI R., *Il caso Serafino Ferruzzi S.r.l.*, in, *Il Fall.*, 1996, p. 343 e ss.

WOOD, *Law and Practice of International Finance*, London, 1980.

ZANCHI D., *Osservazioni in ordine alla possibile applicazione di un trust agli accordi di cui all'art. 182 – bis L.F.*, in, *Trusts e attività fiduciarie*, 2008, p. 155.

ZICCARDI, *Concordato stragiudiziale*, in, *Diz. Dir. Priv.*, a cura di Irti 3, Milano, 1981.

GIURISPRUDENZA

- Corte d'Appello Roma, Sez. I. Civile, 1 giugno 2010, (decreto ex art. 182 bis) Pres. C. Pandolfi, Rel. M. Roberti, in, www.ilcaso.it;
- Trib. Roma 20 maggio 2010, Pres. C. Monsurrò, Rel. F. Miccio (decreto ex art. 182 bis), in, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2238.pdf>
- Trib. Vicenza, 21 dicembre 2009, Pres. Bozza, Est. Limitone (decreto ex art. 182 bis), in, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2315.pdf>
- Trib. Alessandria, 24 novembre 2009 – Est. Mela, in, www.ilcaso.it;
- Tribunale di Roma, Cfr. Trib. Civ. Roma, Sez. Fall. 5.11.2009, Pres. C. Monsurrò, Rel. F. Di Marzio (decreto ex art. 182 bis);
- Trib. Milano, 10 novembre 2009, (decreto ex art. 182 bis l. fall), Pres. L. Lamanna, Rel. P. Perrotti, in, www.ilcaso.it e in, *Riv. Dir. Fall.*, n° 3-4 del 2010, pag. 343 e segg. con nota di M. GALARDO;
- Trib. Milano, 18 Luglio 2009, Sez. II Civile, (decreto ex art. 182 bis l. fall), Pres. M. Galioto, Rel. M. Vitiello ;
- Trib. Milano 17 giugno 2009, (decreto ex art. 182 bis l. fall), Pres. Relatore Galioto – Dott. M. Vitiello – Dott. R. Nunnari, in, *Dir. Fall.*, con nota di M. GALARDO, (*in corso di pubblicazione*);
- Trib. Milano, 22 ottobre 2009, sez. VIII Civile, Pres. Perozziello, Rel. Dal Moro, in, www.ilcaso.it
- Trib. Milano, 30 luglio 2009, - Est. Gandolfi, in, www.ilcaso.it.
- Trib. Rimini, 20 marzo 2009, (decreto ex art. 182 bis) in, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1650.htm>.
- Cass. Sez. I Civile, 19 marzo 2009, n. 6711, Pres. Carnevale, in, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1733.php>
- Trib. Ancona, 12 novembre 2008 (decreto ex art. 182 bis);
- Trib. Mantova 30 ottobre 2008;
- Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in, www.ilcaso.it.
- Trib. Milano, 23 gennaio 2007, (decreto ex art. 182 bis).
- Cass. Sez. Unite 28 marzo 2006, n. 7029;

- Cass. Sez. Unite 28 marzo 2006, n. 7030, in *Foro It.*, 2006, I, 3417 con osservazioni di M. FABIANI, nonché in, *Giur. It.* 2006, 1191 e in, *Corr. Giur.*, 2006, 643, con nota di G. FAUCEGLIA;
- Trib. Brescia, 22 febbraio 2006 (decreto ex art. 182 bis)
- Trib. Parma, sent. Del 3 marzo 2005, in, *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, p. 409
- Trib. Milano 15 dicembre 2005 (decreto ex art. 182 bis)
- Trib. Milano, 21 dicembre 2005, in, *Fall.*, 2006, pag. 669.
- Tribunale Bari, 21 novembre 2005, (decreto ex art. 182 bis)
- Trib. Salerno, 3 giugno 2005, in, *Fall.*, 2005, p. 1297.
- Trib. Napoli, 23 aprile 2002, in, *Giur. Merito*, 2003, 10, 1954.
- Cass. 12 marzo 1999 n. 2192, in, *Foro It.*, 1999, I, c. 2948 e in *Fall.*, 2000, 370.
- Cass. Sez. I, 24 aprile 1998, n. 4236.
- Cass. 29 settembre 1997, n. 9532, in, *Fallimento*, 1998, 1041;
- Cass. 5 febbraio 1996 n. 936, in, *Foro It.*, I, 1996, p. 2490 e in, *Corr. Giur.*, 1996.
- Cass. 5 agosto 1996 n. 7140.
- Cass. 11 marzo 1996, n. 2001, in, *Foto It.*, I, 1222;
- Cass. 28 ottobre 1992 n. 11722, in, *Fall.*, 1993, p. 352.
- Cass. 10 dicembre 1992, n. 13095, in, *Foro It.*, I, 1993, e in, *Il Fall.*, 1993.
- Cass. 19 novembre 1992 n. 12383, in, *Fall.*, 1993, p. 510 e in *Dir. Fall.*, 1993, II, pag. 1084.
- Trib. Milano, 4 luglio 1991, in, *Giur. Comm.*, 1992, II, 1019;
- Cass. 1 marzo 1983, n. 1540, in, *Foro It.*, 1984, I, 1953.
- Trib. Ferrara, 28 giugno 1980, in, *Giur. Comm.*, 1981, II, p. 306;
- Cass. 14 settembre 1976, n. 3150, in, *Riv. Dir. Comm.*, 1978, II, 220, con nota adesiva di G. FERRI;
- Cass. 20 marzo 1968, n. 2215, in, *Riv. Legisl. Fiscale*, 1969, 263;
- Cass. 2 aprile 1969, n. 1693, *ivi*, 1969, 1948;
- Cass. 20 ottobre 1969 n. 907, *ivi*, 1970, 1853
- Cass. 3.7.1958 n. 2386.