

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: disciplina positiva ed effettività

Capitolo I Inquadramento dell'istituto

1. Introduzione
2. Procedure giudiziali e accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi nel contesto storico italiano
3. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti
4. Natura e *ratio* dell'istituto
5. Contenuto degli accordi
 - 5.1. Le clausole degli accordi di ristrutturazione
6. Ruolo degli istituti di credito
7. Comparazione con i principali sistemi giuridici stranieri

Capitolo II Disciplina positiva

1. Presupposti per l'applicazione degli accordi di ristrutturazione
 - 1.1. L'imprenditore
 - 1.2. La crisi d'impresa
 - 1.3. L'adesione dei creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti. Il regolare pagamento dei creditori estranei
2. La formazione dell'accordo. L'informativa
3. La pubblicazione dell'accordo e il deposito degli atti in Tribunale
4. La relazione del professionista
5. Effetti dell'accordo nella fase antecedente all'omologazione
 - 5.1. Il divieto di azioni esecutive e cautelari dopo il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito in l. 122/2010
6. Il procedimento di omologa e le opposizioni.
 - 6.1. Il contenuto del giudizio omologatorio
7. L'esecuzione degli accordi. L'inadempimento
8. Il rapporto tra procedimento per omologa e procedimento per dichiarazione di fallimento
9. Effetti dell'apertura del fallimento
 - 9.1. La revocatoria
 - 9.2. La prededucibilità dei crediti
 - 9.3. La prededucibilità per i finanziamenti bancari
 - 9.4. La prededucibilità per i finanziamenti dei soci
 - 9.5. La prededucibilità per il compenso del professionista attestatore
10. Profili penalisici
11. La transazione fiscale. Cenni
12. Gli accordi di ristrutturazione e i gruppi di imprese
 - 12.1. Le società partecipanti all'accordo
 - 12.2. Le caratteristiche degli accordi di gruppo
 - 12.3. Il deposito degli accordi

12.4. Il computo delle percentuali di adesione

Capitolo III

Effettività dell'istituto. Gli accordi omologati dal Tribunale di Torino, di Roma e di Milano

1. Premesse metodologiche
2. Gli accordi omologati dal Tribunale di Torino
 - 2.1. IFAS
3. Gli accordi omologati dal Tribunale di Roma
 - 3.1. FIMAT Media & Comunicazioni srl
 - 3.2. gruppo imprese La Ficara-Gilaf spa
 - 3.3. La Cascina
 - 3.4. TAS Tecnologia avanzata dei sistemi srl
 - 3.5. AGRESCO Italia spa
 - 3.6. Immobiliare Buoninsegna 2000 srl
 - 3.7. SIET Information & Engineering Technologies spa
4. Gli accordi omologati dal Tribunale di Milano
 - 4.1. Fillattice spa
 - 4.2. Commercial Petroplus srl in liquidazione
 - 4.3. Immobiliare Briantea srl in liquidazione
 - 4.4. Telma srl in liquidazione
 - 4.5. IRM srl
 - 4.6. Società Editoriale Annuaristica srl in liquidazione
 - 4.7. Dante O. Benini & Partners srl
 - 4.8. Form spa
 - 4.9. CELTECH srl
 - 4.10. Lavorint Risorse spa
 - 4.11. La ristrutturazione del Gruppo Risanamento
 - 4.12. La ristrutturazione del Gruppo Gabetti
5. Conclusioni

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: disciplina positiva ed effettività

Capitolo I

Inquadramento dell'istituto

Sommario

1. Introduzione – 2. Procedure giudiziali e accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi nel contesto storico italiano – 3. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti – 4. Natura e *ratio* dell'istituto – 5. Contenuto degli accordi - 5.1. Le clausole degli accordi di ristrutturazione – 6. Ruolo degli istituti di credito – 7. Comparazione con i principali sistemi giuridici stranieri.

1. Introduzione

Il presente lavoro si articola in tre capitoli.

Nel primo capitolo, dopo una breve analisi del contesto storico dal quale traggono origine gli accordi di ristrutturazione, vengono esaminati gli elementi caratterizzanti l'istituto: la natura, la *ratio* e i possibili contenuti degli accordi.

Sono in particolare prese in considerazione le principali clausole degli accordi, ovvero quelle maggiormente ricorrenti.

Si è considerato altresì lo specifico ruolo delle banche, vere protagoniste degli accordi medesimi.

Il secondo capitolo è dedicato alla disciplina positiva dell'istituto ed esamina i presupposti applicativi e il procedimento che conduce all'omologa degli accordi da parte del Tribunale (e i suoi rapporti con il procedimento per dichiarazione di fallimento); viene poi esaminata l'applicazione degli accordi nei gruppi di imprese.

Nel terzo capitolo si affronta in pieno la questione dell'effettività del nuovo istituto e si analizzano gli accordi di ristrutturazione omologati nei Tribunali di Milano, Roma e Torino dal 2005 ad oggi.

2. Procedure giudiziali e accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi nel contesto storico italiano

La legge fallimentare fu promulgata nel 1942. Nel corso degli anni l'originario impianto normativo si dimostrò non essere più adeguato ai tempi per il concorrere di due fattori principali: il mutamento del contesto economico e sociale e l'intervenuta adesione dell'Italia all'Unione Europea¹.

Quanto al primo fattore, occorre rilevare che nel 1942 l'Italia si trovava in una fase di transizione tra l'economia contadina e quella propria di un Paese industrializzato, in un contesto dove il successo delle imprese era in gran parte dovuto alle scelte individuali del singolo imprenditore².

Quanto al secondo aspetto, per un verso appare evidente che la nostra economia è fortemente influenzata da fattori che coinvolgono un ampio numero di Paesi: il fenomeno economico della "globalizzazione" fa sì che, considerate le dimensioni dei mercati e il numero di soggetti su di essi presenti, il successo delle imprese derivi solo in parte dalle scelte del singolo imprenditore che ne è titolare; per altro verso, le esigenze di omogeneità con le normative vigenti in altri Paesi dell'Unione imponevano da tempo un intervento riformatore finalizzato ad arginare l'artificiosa sopravvivenza delle imprese decotte e ad incentivare una composizione concordata della crisi, in tempi rapidi rispetto al suo manifestarsi.

Nel contesto delineato, il grave insuccesso delle soluzioni delle crisi d'impresa rimesse a modelli rigidamente predeterminati da parte delle pubbliche autorità ha imposto il ricorso a soluzioni alternative, che la prassi ha individuato negli accordi stragiudiziali di salvataggio, attraverso un'autoregolamentazione che nasce dagli stessi attori del mercato, i quali sono i primi a voler trovare una soluzione efficiente.

Gli accordi di salvataggio scaturiscono proprio dalla volontà di evitare e

1 PICCINI, SANTORONI, *Crisi d'impresa e riforma della legge fallimentare*, Roma, 2002, 13.

2 MARABINI, *La gestione delle crisi d'impresa alla luce della riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2009, 232 osserva che nell'impresa d'allora il capitale reale tendeva a coincidere con quello di credito, situazione tale da ritenere legittimo che attraverso la liquidazione del patrimonio aziendale si potesse giungere ad una soddisfacente copertura del passivo. Progressivamente si è invece assistito ad un primato del debito, preminente sul patrimonio aziendale, con conseguente propagazione all'esterno del rischio d'impresa in caso di *default*. La situazione è aggravata dalla tendenza a conseguire la mera disponibilità di mezzi produttivi (piuttosto che acquisirne la proprietà) il cui valore tende a dissolversi già al momento dell'apertura della procedura fallimentare.

preregolamentare l'assoggettamento delle imprese in crisi alle procedure concorsuali giudiziali, in ragione soprattutto della rigidità che connotano i modelli legali: si pongono quindi al di fuori e spesso come alternativa alle procedure concorsuali regolate dal legislatore³.

Il primo passo verso le soluzioni stragiudiziali è stata la presa d'atto del "fallimento del fallimento": la principale procedura concorsuale si è dimostrata non adeguata alla mutata realtà economica e spesso inefficiente, con un'assoluta incapacità a raggiungere in termini soddisfacenti le finalità liquidatorie a cui era ispirata⁴. Le procedure fallimentari come regolate fino al 2005, hanno infatti avuto nella prassi lunga durata e scarsa redditività. Le spese delle procedure hanno spesso esaurito gran parte dell'attivo ricavato dalla vendita dei beni del fallito sia per via dei costi per la conservazione e la liquidazione dei beni, sia per via dei compensi del curatore e dei suoi ausiliari; la commerciabilità dei beni oggetto di liquidazione fallimentare, che consentivano a pochi terzi la conoscenza delle vendite, hanno spesso consentito di speculare al ribasso. Le formalità legali e la proposizione di eventuali azioni giudiziarie, revocatorie o risarcitorie, allungavano i tempi, tanto che di fatto le procedure si chiudevano tra il quinto e il decimo anno posteriore alla dichiarazione di fallimento⁵.

Anche per l'amministrazione controllata e il concordato preventivo il bilancio non appare molto migliore. La prima è tendenzialmente stata utilizzata come mezzo per evitare l'immediata dichiarazione di fallimento, al fine di salvaguardare i livelli occupazionali, ma con scarso successo⁶. Quanto al concordato preventivo, soprattutto nella modalità con cessione di beni, ha mostrato le stesse inefficienze in termini di costi e di tempi del fallimento⁷.

3 BONFATTI, *Gli accordi stragiudiziali per la composizione della crisi d'impresa nei progetti di riforma della legge fallimentare. Profili civilistici*, in *Le procedure concorsuali tra nuove frontiere e prospettive di riforma*, a cura di BONFATTI e FALCONE, Milano, 2002, 113 ss; GAMBINO, *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 237.

4 Secondo una statistica dell'ABI presentata nel 2002 alla Commissione per la riforma della legge fallimentare, ben il 45% dei fallimenti si chiudeva per insufficienza o mancanza dell'attivo (www.abi.it).

5 BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007, 15.

6 CAVATUZZI, *L'amministrazione controllata da procedura più lunga a procedura più larga*, in *Giur. comm.*, 1982, II, 613.

7 CASELLI, *Le crisi aziendali in L'azienda e il mercato*, in *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.*, III, diretto da GALGANO, Padova, 1979, 635 ss.; LANFRANCHI, *Uso «alternativo» delle procedure concorsuali, amministrazione controllata e prededucibilità dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 133.

Premesso dunque che le procedure concorsuali hanno sempre mostrato gli inconvenienti dell'eccessiva durata e dell'alta falcidia dei creditori⁸, è la stessa impostazione della legge fallimentare che è risultata datata. L'idea che permeava la legge fallimentare era che il fallito fosse un soggetto potenzialmente pericoloso e che l'impresa insolvente dovesse essere rimossa dal sistema produttivo. L'antico brocardo "*decoctor ergo fraudator*", appare sorprendentemente indicativo di quella che è stata la concezione tradizionale, non soltanto in ambito nazionale, del fenomeno. Tale formula, nei fatti, indica quale fosse il generale atteggiamento di diffidenza nei confronti dell'imprenditore insolvente, ritenuto in tempi meno recenti non soltanto l'artefice del disfacimento di una realtà economica e come tale incapace di gestire l'attività imprenditoriale stessa, ma anche "*fraudator*" di quel ceto creditorio che sulla solidità dell'attività e della relativa gestione aveva fatto affidamento per la concessione di risorse finanziarie, e che a seguito di tale crisi si veniva a trovare depauperato della garanzia di rientrare dal proprio investimento, e, da un certo punto di vista, tradito nella fiducia accordata⁹. La concezione della vita economica come "*meccanismo perfetto, che non conosce errori e che non consente altra spiegazione dell'insolvenza se non quella dell'incapacità o comunque dell'inidoneità dell'imprenditore*"¹⁰, ha enormemente influenzato il tenore della prima versione della legge fallimentare.

L'idea di fondo era dunque quella dell'insolvenza e della crisi d'impresa come patologia del sistema da sottoporre ad un rigido controllo pubblico. Percorrendo una strada eminentemente pubblicistica, infatti, non fu sostanzialmente concesso spazio a forme di regolazione diretta dei rapporti tra debitore e suoi creditori, prediligendo nettamente la strada della liquidazione dell'impresa in crisi, e la conseguente espulsione dal mercato del titolare della stessa¹¹. Nella legge del 1942 non vi è infatti spazio per un accordo sulla regolazione dell'insolvenza: il problema è sottratto al mercato e gestito dallo Stato¹².

Solo negli anni settanta si fa strada un'idea nuova: quella di evitare lo smembramento dei complessi produttivi e di garantire il mantenimento dei livelli

8 BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Trattato dir. comm. pubbl. econ.*, diretto da GALGANO, IX, Padova, 1986, 3.

9 BOGGIO, *cit.*, 96.

10 CASELLI, *cit.*, 647.

11 BOGGIO, *cit.*, 81; BONSIGNORI, *Inattualità del fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1978, I, 429.

12 VETTORI, *Il contratto nella crisi dell'impresa*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, 486.

occupazionali; la tutela dell'interesse pubblico intesa come tutela dei livelli occupazionali assume una posizione prioritaria rispetto alla tutela del conflitto tra debitore e creditori. Il primo sostanziale mutamento di prospettiva in questo senso deve essere fatto risalire al dettato costituzionale, che appare segnato da un sistema di valori nel cui contesto la salvaguardia, a determinate condizioni, dei complessi produttivi risulta preferibile alla mera liquidazione concorsuale delle imprese in crisi¹³. Il mutamento di prospettiva si desume chiaramente dalla legislazione di salvataggio, che si è sviluppata dal 1970 ad oggi, con la serie di leggi sull'amministrazione straordinaria¹⁴. La legge Prodi rompe per la prima volta quella coincidenza tra tutela del diritto di credito e interesse pubblicistico alla selezione naturale di tipo darwiniano che porta all'eliminazione dell'impresa inefficiente, che era sottesa alla logica della legge fallimentare del 1942¹⁵; ne risulta ribaltata la gerarchia degli interessi e non già per mano della giurisprudenza, ma dello stesso legislatore, quindi con valenza generale ed astratta e con riflessi sistematici sull'intera

13 Secondo BOGGIO, *cit.*, 85 occorre prendere le mosse dalla lettera dell'art. 41 comma 2 e ss. Cost. La disposizione, imponendo che l'iniziativa economica privata, libera, non contrasti con l'utilità sociale e non rechi danno alla sicurezza, alla libertà, e alla dignità umana, ed imponendo altresì che la legge determini programmi e controlli opportuni affinché l'attività economica stessa, pubblica o privata che sia, possa essere indirizzata e coordinata a tali fini sociali, sembra individuare la necessità che tutti gli interventi statuali non ledano irragionevolmente la libertà economica individuale. Il dettato sembra indicare che l'intervento pubblico debba essere inteso alla più assoluta salvaguardia da riflessi dannosi sulla realtà economico-sociale in cui le imprese in crisi si inseriscono anche nella fase liquidatoria, che come ricorda la legge fallimentare stessa all'art. 104, pur rappresentando un momento patologico e terminale della vita dell'impresa, costituisce pur sempre parte integrante del processo produttivo. La lettura costituzionalmente orientata della disciplina concorsuale va condotta anche alla luce degli articoli 35 e 36 Cost., inerenti la protezione del lavoro in tutte le sue forme, sancendo non solo il diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro prestato, ma anche la tutela accordata dal nostro ordinamento giuridico alla garanzia della sopravvivenza del posto di lavoro. Inoltre è possibile intravedere nello stesso art. 47 Cost., relativo alla tutela del risparmio in tutte le sue forme, tanto la necessità della tutela dei terzi che investono in imprese creditrici dell'impresa in crisi, quanto la salvaguardia degli investimenti finanziari, per lo più provenienti dal settore bancario, operati mediante apporti di capitale direttamente a beneficio dell'impresa insolvente (CAVALLI, *Credito bancario, parità di trattamento: qualche spunto per una riflessione*, in *Fallimento*, 1990, 192 e ss). Non è mancato, altresì, chi ha individuato interrelazioni tra la disciplina della crisi d'impresa ed il dettato dell'art. 42 Cost., ritenendo che la disciplina costituzionale non si riferisca esclusivamente al dominio di una *res*, ma a qualsiasi altra situazione che rappresenti un valore patrimoniale per chi ne è titolare (D'ALESSANDRO, *Intervento*, in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: due anni di esperienze*, in *Giur. comm.*, 1981, I, 846). Tale mutata impostazione rispetto al fenomeno in esame ha condotto, come sopra accennato, ad uno stratificarsi legislativo via via sempre più frequente ed assiduo, teso ad un adattamento della originaria normativa fallimentare precostituzionale.

14 Diffusamente sul punto STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 76 ss.

15 ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Fallimento*, 2009, 1029.

normativa concorsuale¹⁶.

Negli anni novanta si sviluppano i concordati stragiudiziali, che nascono nella prassi e si pongono come alternativa alle insoddisfacenti soluzioni giudiziali, per far fronte a crisi di grossi gruppi industriali o finanziari¹⁷. Si tratta di soluzioni negoziali incentrate su contratti atipici, consistenti negli accordi di ristrutturazione dei debiti dell'impresa conclusi in forma stragiudiziale e nelle "convenzioni di salvataggio", altrimenti dette "interbancarie", vista la prevalente natura bancaria dei sottoscrittori¹⁸.

Il principale vantaggio degli accordi stragiudiziali è rappresentato dall'assenza di specifiche previsioni legislative che ne limitino utilizzo e contenuti, con il vantaggio di adattare ciascun progetto di risanamento alle caratteristiche e alle possibilità dei partecipanti e alle condizioni del mercato sul quale operava l'impresa in crisi, in completa assenza di contenuti predeterminati ed immutabili. Le soluzioni stragiudiziali, i c.d. *workouts* nella letteratura internazionale, trovano la loro motivazione principale nell'esigenza di evitare i costi delle procedure d'insolvenza - le parti hanno convenienza a risolvere privatamente la crisi tutte le volte che i costi di una procedura d'insolvenza siano maggiori del costo della soluzione basata sull'accordo - con maggiore rapidità e flessibilità¹⁹.

Questo non significa tuttavia che anch'esse non abbiano dei costi: se non costano di solito nulla alla collettività, esse hanno comunque dei costi per le parti, in termini di tempo e di energie spese dal *management* per risolvere la crisi, in termini di assistenza e di avvio di procedure che consentano lo scambio di informazioni e il monitoraggio successivo dell'operazione. Un altro limite delle soluzioni stragiudiziali pure è che essendo basate sul contratto sono prive di strumenti autoritativi: di solito non ci sono strumenti per arrestare le azioni dei creditori che chiedono di essere pagati o per recuperare ciò che è uscito dal patrimonio del debitore in frode ai creditori o per costringere i dissenzienti ad accettare la

16 RODORF, *Le procedure concorsuali e la par condicio fra diritto positivo usi alternativi e prospettive di riforma*, in *Quaderni del C.S.M.*, Roma, 1988, 23.

17 SANTINI, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alla crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 609; ROSSI, *Crisi dell'impresa: la soluzione stragiudiziale*, in *Riv. Soc.*, 1996, 328.

18 DE NOVA, *Le convenzioni attuative del piano di ristrutturazione*, in *Crisi d'impresa e risanamento, ruolo delle banche e prospettive di riforma* a cura di MASCIANDARO e RIOLO, Milano, 1997, 229 precisa che le convenzioni vedono come parti da un lato le banche creditrici e dall'altro lato le società in crisi, ovvero le sole banche creditrici. Le prime sono volte a disciplinare le obbligazioni strumentali all'attuazione del piano, le seconde sono volte a controllare l'esecuzione di tali obbligazioni.

19 STANGHELLINI, *cit.*, 306.

soluzione concordata²⁰.

In effetti l'utilizzazione di strumenti alternativi per la soluzione della crisi d'impresa era proprio disincentivata dalla natura non istituzionale e atipica degli stessi, sì che i soggetti che vi ricorrevano ne sopportavano i rischi dell'eventuale insuccesso, *in primis* le banche finanziatrici: all'incertezza circa l'effettiva tenuta degli accordi, stante la loro non vincolatività, si sommavano, in caso di successivo fallimento dell'impresa, l'alea dell'esercizio di azioni revocatorie degli atti compiuti in esecuzione della convenzione e il rischio di incorrere in un ventaglio di responsabilità civili e penali²¹.

Originariamente questi strumenti non incontrarono una immediata "fortuna" in dottrina e giurisprudenza²²; una prima regolamentazione volta a facilitare i tentativi di salvataggio e a disciplinare l'assunzione di comportamenti collaborativi tra i soggetti

20 STANGHELLINI, *cit.*, 307. L'Autore precisa che questo tuttavia non significa che le norme di legge siano irrilevanti nella fase di trattativa di una procedura stragiudiziale, dal momento che le parti hanno la consapevolezza di quali sarebbero gli effetti nel caso si aprisse una procedura di insolvenza. Le parti, quindi, contrattano "all'ombra della legge". Tipicamente sono i grandi creditori che hanno interesse a negoziare con il debitore per trovare soluzioni efficienti, dal momento che hanno così tanto da perdere da avere interesse a sobbarcarsi da soli i costi del salvataggio. Il piccolo creditore ha invece meno incentivi, dal momento che i benefici della trattativa sono minori, a fronte di costi ugualmente elevati. Inoltre il piccolo creditore è cosciente del fatto che se una soluzione esiste, i grandi creditori la raggiungeranno anche senza di lui, che potrà approfittarne da *free rider*.

21 MARABINI, *cit.*, 237.

22 I concordati stragiudiziali non incontrarono un immediato favore in Italia. Infatti in giurisprudenza con una sentenza che creò poi un filone giurisprudenziale (Trib. Ferrara, 28 giugno 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, 306) si statuì che nell'ordinamento vigente non residuerebbe alcuno spazio per il concordato stragiudiziale dell'imprenditore, che versi in stato di insolvenza; secondo questa impostazione l'unica figura di concordato stragiudiziale da considerare lecita, è quello proposto dall'imprenditore non insolvente, che tenti tale soluzione per cessare la propria attività tacitando i creditori con pagamenti decurtati. Questo per due ordini di motivi. Il primo ordine di argomentazioni si basa sull'interpretazione di un passaggio della relazione alla legge fallimentare, nella parte relativa al concordato preventivo, in cui si auspica che "la disciplina della cessione legale dia buoni frutti, soprattutto nel senso di eliminare quelle forme stragiudiziali di accomodamento che si risolvono in una sperequazione tra creditori". Tuttavia quest'argomentazione era confutabile, perchè la relazione non prevede un divieto legale espresso per i concordati stragiudiziali (RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, 670 ss.). Il secondo ordine di argomentazioni posto alla base della pretesa illiceità dei concordati stragiudiziali si basava sul preteso dovere del debitore di fronte al proprio stato di insolvenza di richiedere il fallimento, se non voleva incorrere nei reati di cui all'art. 216 e 217 l. fall.: sul presupposto dell'indisponibilità dell'insolvenza, si dubitava della meritevolezza sociale dei concordati stragiudiziali (*ex art. 1322 c.c.*). Per una critica a questa teoria v. FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 37 ss. Sulle incertezze che erano state manifestate dalla dottrina e dalla giurisprudenza meno recente sulla liceità/meritevolezza delle soluzioni stragiudiziali alla crisi d'impresa, con particolare riferimento alla possibilità di depauperare i pubblici poteri della competenza a trattare la liquidazione dell'impresa si veda NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare secondo la nuova legislazione*, I, Bologna, 1934, 169; PETRUCCI, *Concordato stragiudiziale*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 523 (ma già *contra* PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, II, Milano, 1964, 2222. In giurisprudenza si richiamano su tutte le pronunce di App. Roma, 1 luglio 1985, in *Fall.*, 1986, 971 e Trib. Napoli, 17 luglio 1987, in *Dir. Giur.*, 1987, 552 nel senso della nullità, di Trib. Torino, 22 maggio 1986, in *Giur. piem.*, 1986, 387 nel senso dell'inefficacia.

coinvolti si colloca infatti solo nel 2000, con la predisposizione del codice di comportamento banche/imprese in crisi, curato dall'ABI²³. Il codice raccogliendo e organizzando le *best practices* adottate dagli operatori, ha proposto un modello comportamentale ottimale da assumere nella gestione della crisi d'impresa al fine di agevolare il conseguimento degli accordi stragiudiziali. Il codice prevede una procedura di concertazione delle banche coinvolte con la partecipazione dell'imprenditore e con la possibilità di aggregare altre categorie di creditori²⁴.

Successivamente il progetto di riforma elaborato nel 2003 dalla "Commissione Trevisanato" contiene riferimenti alla composizione stragiudiziale della crisi e alle procedure di allerta e prevenzione; sarà però solo con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80²⁵ e con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5²⁶, entrato in

23 Per la versione integrale del codice si rinvia a ZADRA, *Codice di comportamento fra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi d'impresa* in *Riv. dir. fall.*, 2000, I, 1457. Si vedano inoltre le *Linee guida al finanziamento alle Imprese in Crisi* elaborate nel 2010 (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), la cui finalità è quella di individuare, in maniera condivisa con tutti i soggetti potenzialmente interessati alla ristrutturazione delle imprese in crisi, delle "buone prassi", volte ad incoraggiare l'erogazione di nuova finanza (su www.assonime.it).

24 Sul tema v. MARABINI, *cit.*, 238 ss. ove ulteriori riferimenti; BOGGIO, *cit.*, 24

25 La legge 80/2005 è stata intitolata "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*". Pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 111 del 14 maggio 2005, supplemento ordinario n. 91. Lo schema di d. lgs. è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 23 settembre 2005, in esame preliminare sulla base delle bozze presentate dai Ministeri coproponenti Economia e Giustizia. A questo fine il Ministro della giustizia, con decreto del 31 maggio 2005, ha costituito presso il ministero una commissione tecnica per la redazione dello schema, composta tra gli altri dai Professori Angelici, Fortunato, Fabiani, Jorio, Ferro Luzzi, Fimmanò e Stanghellini.

26 Con la riforma del 2006 viene definitivamente smantellata l'equazione *decoctor ergo fraudator*: viene infatti soppresso il registro dei falliti e il procedimento di riabilitazione. Sono altresì state soppresse le incapacità politiche che colpivano il fallito. Inoltre da segnalare anche la riforma dei reati societari, contenuta nel d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, con conseguenze dirette sulla legge fallimentare, in virtù della quale gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società fallite, possono, a differenza del passato, intanto essere accusati del reato di bancarotta, in quanto la loro condotta materiale contraria a precetti penali, abbia rappresentato un elemento deliberato ed imprescindibile della catena causale che ha portato al danneggiamento della massa creditoria, e non soltanto una casualità. La tessa normativa europea non è rimasta impermeabile alle mutate prospettive e considerazioni precedentemente citate. La Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 e il relativo Protocollo, contengono numerose disposizioni, tra cui gli artt. 6, 8 e 13, che nell'alveo della più generale tutela della proprietà, della riservatezza della corrispondenza, della libertà di circolazione delle persone e della garanzia dell'azione in sede giurisdizionale, integrano forme di difesa della dignità del soggetto fallito. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha completato l'opera di rivalutazione a livello comunitario della dignità dell'imprenditore suddetto, riconducendo i procedimenti concorsuali al novero dei "processi", e

vigore il 16 luglio 2006 (seguiti dal decreto correttivo del 2007²⁷, e dalle ulteriori modifiche del 2010²⁸ apportate alla disciplina), che troveranno un espresso riconoscimento legislativo gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani attestati di risanamento.

Dalla legislazione più recente emerge la definitiva presa di coscienza, da parte del legislatore ordinario, che in taluni casi e a determinate condizioni, il salvataggio dell'impresa ed il suo mantenimento in attività rappresentano l'unico reale mezzo per far sì che la crisi non investa violentemente anche le situazioni soggettive di coloro che, in qualche modo siano coinvolti dalla stessa, imponendo una valutazione "caso per caso" degli effetti che la liquidazione definitiva da un lato, e la salvaguardia dell'impresa dall'altro, comporterebbero sulle posizioni di tutti gli interessati²⁹. Il consolidarsi della tendenza ad approdare a soluzioni di tipo privatistico è stato variamente inquadrato dalla dottrina³⁰ in termini di "privatizzazione del fallimento", "fuga dalla giurisdizione", "defallimentarizzazione della crisi d'impresa".

Una moderna legislazione concorsuale, per predisporre strumenti efficienti di prevenzione e soluzione delle crisi, non può presupporre aprioristicamente un determinato assetto di interessi che le procedure debbano necessariamente realizzare, ma deve conferire alle parti piena autonomia del volere. Questo nuovo approccio di fondo ha permeato il nuovo diritto della crisi d'impresa, che in quest'ottica non è più diritto fallimentare in senso stretto³¹.

riconoscendo conseguentemente ai debitori soggetti a procedure concorsuali, tutte le garanzie tipiche del processo, tra cui il diritto ad una durata ragionevole dello stesso, e nel caso di superamento del limite di durata, un diritto all'indennizzo per il danno subito (Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 aprile 2004, n. 7503/02; Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 febbraio 2004, n. 39884/98; Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 luglio 2003, n. 32190/96; Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 luglio 2003, n. 56298/00; il tutto in www.dirittiuomo.it). La previsione di questi meccanismi di tutela, denota fortemente l'intento, perseguito anche a livello europeo, di contemperare agli opposti interessi dei creditori concorsuali e di coloro che sono titolari di rapporti in corso di esecuzione, anche l'interesse del debitore a non essere irragionevolmente pregiudicato dall'apertura del concorso medesimo.

27 D. lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

28 D.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito in l. 30 luglio 2010, n. 122.

29 STANGHELLINI, *Creditori "forti" e governo dell'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2006, 378 osserva che a diretto corollario di ciò, risulta rivalutata anche la posizione di chi, fino al momento di insolvenza dell'impresa, ne ha retto la gestione, ritenendo non più automatico e necessario, in capo a tali soggetti, il completo depauperamento di ogni gestione del patrimonio aziendale. In questo modo, laddove possibile, il proprietario o il *manager*, vengono resi compartecipi della condivisione di veritieri flussi informativi sulla gestione economica dell'impresa con i creditori e vengono spinti alla conclusione della soluzione concordata.

30 MARABINI, *cit.*, 236.

31 BOGGIO, *cit.*, 100.

3. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti

Nel 2005 il legislatore, sulla spinta delle associazioni dei creditori istituzionali (ABI, Banca d'Italia e Confindustria in particolare), confeziona gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo strumento per la composizione concordata della crisi d'impresa non isolandolo, però, rispetto al fallimento, in quanto accanto agli accordi muta la struttura e la finalità del concordato preventivo e istituisce un ulteriore meccanismo, costituito dal piano attestato di risanamento³².

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti si caratterizzano per essere, sostanzialmente, concordati stragiudiziali³³ per i quali, tuttavia, la legge richiede, affinché sia loro attribuita efficacia nei confronti dei creditori, che vengano presentati al Tribunale fallimentare nelle forme previste per la domanda di concordato preventivo, affinché, decise le opposizioni, ne disponga l'omologa dopo un accertamento di legalità³⁴.

L'istituto è disciplinato nei suoi aspetti procedurali nell'art. 182 *bis* l. fall. e quanto agli effetti che produce nell'art. 67, comma terzo, lett. e) l. fall. Entrambe queste disposizioni sono state innestate dal d.l. 35/2005 nella legge fallimentare, che costituisce quello che è stato definito l'"antipasto" delle successive riforme del 2006, del 2007 e del 2010.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti costituiscono, insieme ai piani attestati di risanamento di cui all'art. 67, comma terzo, lett. d) l. fall.³⁵, il primo tentativo di

32 FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Diritto fallimentare. Principi e regole*, a cura di FABIANI e JORIO, in corso di pubblicazione su www.unijuris.it.

33 Occorre mettere in luce le somiglianze e le divergenze che legano gli accordi al più ampio e distinto *genus* dei concordati stragiudiziali, nati nello stesso alveo funzionale e d'obiettivi. Con l'istituto del concordato stragiudiziale, gli accordi condividono la finalità di evitare l'assoggettamento alle procedure concorsuali giudiziali liquidatorie, ma mentre il concordato stragiudiziale non appare idoneo ad ottenere più di questo, gli accordi mirerebbero all'altrettanto importante obiettivo della salvaguardia delle strutture aziendali e del risanamento dell'impresa. Ulteriore notevole differenza tra le due figure risiede nella capacità di ottenere il *placet* giudiziale dell'omologazione, di primaria importanza negli accordi, ma assolutamente assente nel concordato.

34 FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, 4.

35 Non si può prescindere da un breve raffronto tra la disciplina degli accordi di ristrutturazione e quella del "piano di risanamento attestato", istituto caratterizzato dalla finalità di risolvere, in via negoziale, le crisi dell'impresa, disciplinato all'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall. Un aspetto comune ad entrambi gli istituti è l'attestazione di attuabilità, che viene rilasciata da un esperto. Per quanto riguarda le differenze, rese oggi

tipizzazione normativa della figura del concordato stragiudiziale³⁶. La conclusione di accordi stragiudiziali, prima dell'introduzione dell'art. 182-*bis* l. fall., doveva essere sempre posta in relazione con il rischio della successiva dichiarazione di fallimento e le sue conseguenze. Infatti l'accordo stragiudiziale, vincolante solo per le parti, non impediva, in presenza del presupposto oggettivo dell'insolvenza, la successiva dichiarazione di fallimento. L'accordo diveniva allora per un verso suscettibile di azioni revocatorie, ovvero di azione diretta a far valere l'abusiva concessione del credito, per un altro verso di comportamenti qualificabili, sotto diversi profili, in termini di rilevanza penale, con l'ulteriore pericolo per gli aderenti all'accordo di essere coinvolti in un concorso in bancarotta preferenziale. Le parti allora, piuttosto che ricorrere a tali accordi oggettivamente privi di tale protezione, preferivano di solito il più agevole salvataggio offerto dal susseguirsi di procedure concorsuali³⁷.

L'intervento legislativo affronta in prima battuta il problema della gestione concordata della crisi d'impresa, ponendo in prima linea l'utilità di trovare soluzioni efficaci alternative alla gestione burocratica del fallimento³⁸. La nuova disciplina pare valorizzare il ruolo dell'autonomia privata e le sue potenzialità nel fronteggiare la situazione in cui versa l'impresa³⁹. La funzione che il legislatore ha inteso assegnare al

ancor più marcate dal decreto correttivo, risiedono *in primis* nel presupposto oggettivo di ammissibilità, ben definito in termini percentuali di creditori aderenti per gli accordi, ed imprecisato per i piani. Anche l'effetto, comune ad entrambi gli istituti, di esentare da revocatoria (in caso di successivo fallimento) gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in essere in esecuzione degli stessi piani e accordi, viene ottenuto in maniera completamente differente. Mentre nei piani di risanamento, infatti, non occorre un preventivo accordo dei creditori, un'anticipata pubblicazione nel registro delle imprese ed un previo controllo omologatorio del tribunale, negli accordi tutti questi aspetti costituiscono componente imprescindibile. La necessità, per i piani, della sola redazione precedente al compimento degli atti che si vuole sottrarre revocatoria e l'attestazione di ragionevolezza da parte di un esperto, sembrerebbe renderli, *prima facie*, farne uno strumento più semplice e vantaggioso. In realtà tale istituto soffre di notevole incertezza, in quanto va esibito al giudice solo successivamente all'apertura del fallimento, per contrastare l'azione revocatoria del curatore. La possibilità, tutt'altro che remota, che il giudice, a fronte dell'insuccesso del tentativo di salvataggio, ritenendo sin dall'inizio l'accordo inadatto a superare la crisi, non accordi l'esenzione dalla revocatoria degli atti esecutivi, ne rappresenta la vera criticità. Gli accordi, invece, escludono tale eventualità mediante il controllo giudiziale preventivo; inoltre rappresentano uno strumento più flessibile rispetto ai piani anche per quanto riguarda le finalità, che a differenza di questi ultimi, come precedentemente sottolineato, non necessariamente debbono consistere nel ritorno *in bonis* del debitore.

36 D'AMBROSIO, *Accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da FAUCEGLIA e PANZANI, Torino, 2009, 1799.

37 GABRIELLI, *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, I, 972.

38 FABIANI, *cit.*, 1.

39 FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (commento sub art. 182 bis l. fall.)*, in *Codice*

nuovo istituto è quella di creare una rete di protezione che agevoli la praticabilità di esperienze delle quali è data una valutazione positiva.

Se l'impresa insolvente e non tutti i suoi creditori, ma una parte di essi vengono ad essere autorizzati e quasi incoraggiati dall'ordinamento a porre in essere delle attività negoziali con l'imprenditore insolvente, questo pare smentire un dogma ereditato dalla legislazione anteriore: quello dell'indisponibilità dell'insolvenza⁴⁰. A questo proposito si è argomentato che, se la stessa legittimazione sociale dell'imprenditore risiede nell'investimento di propri mezzi economici (il capitale di rischio), così, quando i risultati negativi hanno distrutto l'investimento, cade quella legittimazione che si trasferisce alla comunità dei creditori: quando i risultati negativi abbiano bruciato l'investimento di rischio, la legittimazione alla gestione dell'impresa scende di uno scalino: passa cioè dall'investimento di rischio, che non c'è più, al capitale di credito⁴¹.

Nell'intento di dare una prima qualificazione al fenomeno, una parte della dottrina⁴² ha utilizzato l'espressione "privatizzazione della gestione della crisi d'impresa", evidenziando così la funzione e l'ampiezza che l'autonomia privata esplica in tale settore. In questo modo i profili procedurali escono ridimensionati e così pure il ruolo di "assistenza" dell'autonomia privata del Tribunale, tanto che si è parlato di "degiurisdizionalizzazione" del diritto concorsuale, come avviene negli accordi di ristrutturazione, ove il controllo giurisdizionale sull'autonomia privata avviene solo nella fase di omologazione⁴³.

Evidente è il nesso e la rilevanza che in questo contesto ha il rapporto tra libertà contrattuale e crisi d'impresa, dal momento che il legislatore ha disciplinato il procedimento di formazione degli accordi senza porre limiti all'autonomia delle parti nella creazione di strutture negoziali dirette ad attuare la complessiva operazione di ristrutturazione, nel rispetto degli interessi dei creditori e dei terzi; l'elemento in cui trovano un punto di contatto autonomia privata e crisi d'impresa è l'individuazione delle

commentato del fallimento, diretto da LO CASCIO, Ipsa, 2008, 1605.

40 ROVELLI, *cit.*, 1034.

41 LIBONATI, *Prospettive di riforma nella crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, I, 2001, 332.

42 BOGGIO, *cit.*, 7; BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in *Giur. comm.*, 1997, 488.

43 AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da COTTINO, Padova, 2008, 157 ss.

modalità con le quali l'autonomia contrattuale può creare un collegamento virtuoso tra crisi d'impresa e contratto finalizzato al salvataggio della stessa, così da qualificare la fattispecie in termini di meritevolezza⁴⁴.

La valutazione della meritevolezza passa attraverso l'esame della causa dell'accordo di ristrutturazione⁴⁵; nel caso degli accordi, è stato affermato che la ragione economico sociale che, secondo la valutazione del legislatore della riforma, rende particolarmente meritevole di tutela questi accordi, è quella per cui la gestione della crisi d'impresa, privatamente concordata tra l'imprenditore e la parte più significativa dei suoi creditori, potrebbe generare una quantità di risorse disponibili superiore a quella che potrebbe crearsi con l'apertura della procedura fallimentare⁴⁶.

4. Natura e *ratio* dell'istituto.

La *ratio* della disposizione di cui all'art. 182-*bis* l. fall. va ricercata in una prospettiva di ampio respiro, che tenga conto della filosofia di fondo che pervade l'intera legge fallimentare novellata, in seguito all'introduzione delle nuove forme di composizione negoziale della crisi d'impresa.

L'introduzione di nuovi istituti, quali gli accordi di ristrutturazione, la transazione fiscale, il piano attestato di risanamento e la modifica della disciplina del concordato preventivo rispondono all'esigenza di contemperare la stabilità dei rapporti negoziali con l'evento patologico costituito dall'insolvenza, componendo il conflitto dei diversi interessi in gioco di cui sono portatori i soggetti coinvolti.

L'interesse perseguito con questi nuovi strumenti, e in particolare con gli accordi di ristrutturazione, non è solo quello del debitore proponente, ma quello dell'intero ceto creditorio: dei creditori aderenti che avranno valutato che dall'accordo potranno ottenere vantaggi maggiori di quelli conseguenti ad una dichiarazione di fallimento e dei creditori

44 GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Santarcangelo di Romagna, 2011, 352.

45 MACARIO, *Insolvenza crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, 146 osserva che nell'accordo di ristrutturazione il superamento della crisi caratterizza la causa del contratto: occorre allora chiedersi se sia stato introdotto nel nostro ordinamento un principio in virtù del quale la gestione negoziata della crisi d'impresa esprima un interesse, di per sè meritevole di tutela, allorchè la crisi sia da considerarsi reversibile.

46 ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l. fall.*, in *Fallimento*, 2007, 8.

estranei, che verranno comunque pagati regolarmente. Se quindi è vero che l'accordo soddisfa gli interessi del ceto creditorio in maniera migliore della procedura fallimentare, indirettamente viene tutelato anche l'interesse pubblico ad un corretto funzionamento del mercato e del sistema economico nel suo complesso⁴⁷.

Inoltre lo strumento in questione consente di evitare l'assoggettamento dell'impresa in crisi alle rigidità e alle limitazioni che spesso sembrano costituire parte integrante delle procedure concorsuali giudiziali; funzione secondaria segnalata da alcuni⁴⁸ è quella di pre-regolamentare l'ammissione alle procedure giudiziali, attraverso la pianificazione di ritocchi ed "aggiustamenti" sulle tempistiche e sulle modalità di avvio delle procedure succitate, in modo da accompagnare l'impresa verso una "fine" meno traumatica, evitando tra l'altro, eccessivi pregiudizi ai creditori principali.

Tra questi sicuramente rientrano le banche. Il ruolo giocato dagli enti creditizi nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, come si avrà modo di osservare nel prosieguo della trattazione, si articola secondo due direttrici, che rappresentano le diverse posizioni che l'istituto bancario può rivestire in occasione della conclusione di un accordo di questo genere. In primo luogo, e nella quasi totalità dei casi, le banche rappresentano la gran parte della compagine creditoria dell'impresa in crisi, e conseguentemente, in caso di fallimento della stessa, rischiano di essere gravate da ulteriori oneri economici, primo tra tutti quello derivante dall'esercizio di azioni revocatorie fallimentari. In secondo luogo, ed anche in presenza di banche creditrici, ve ne sono altre che assumono il ruolo di consulenti o *advisors*, nella predisposizione dei piani di risanamento, e nella negoziazione dei relativi accordi. L'importanza che ricoprono, in entrambi i ruoli, gli istituti di credito ha portato nella prassi addirittura ad indicare non infrequentemente gli accordi di ristrutturazione con la denominazione di "convenzioni bancarie di salvataggio"⁴⁹ ed ha spinto non solo la dottrina, ma anche le istituzioni, a concentrare la propria attenzione sul fenomeno⁵⁰.

47 GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione e il risanamento del gruppo*, nota a Trib. Milano, in *Dir. fall.*, 2010, II, 350.

48 Su tutti BOGGIO, *cit.*, 3, nt.1.

49 Per l'effettivo utilizzo di tale locuzione si veda SCHLESINGER, *Convenzioni bancarie di salvataggio*, in *Fall.*, 1997, 893 e ss.

50 CESARINI, *Le banche creditrici delle imprese in crisi: ruolo, responsabilità e problemi*, in *Banca, borsa e tit.cred.*, 1996, I, 569 e ss.; GUALTIERI, *Il processo decisionale delle banche per l'adesione ai piani di risanamento delle imprese*, in *Riv. Soc.*, 1996, 855 e ss. L'interesse delle istituzioni in merito al ruolo giocato dalle banche nelle situazioni di crisi dell'impresa, è rappresentato, su tutti, dalla *Circolare ABI*,

Per quanto propriamente concerne la disciplina positiva, non sembra in contrasto con la *ratio* dell'istituto, da individuarsi nel tentativo di evitare formalismi, incognite e costi tipici delle procedure giudiziali, e nell'esigenza di tutelare il valore economico dell'impresa e del complesso aziendale⁵¹, la previsione di un intervento dell'autorità giudiziaria, volto, più che altro, a tutelare e garantire le ragioni del credito, nonché la più generale esigenza di legalità.

È proprio quest'ultimo aspetto che introduce all'analisi di uno dei punti più controversi in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti: l'individuazione della natura giuridica dell'istituto.

Vi è chi⁵² cataloga l'accordo come atto di natura puramente stragiudiziale, ponendo attenzione sia alla sua conclusione, funzionale al superamento o alla prevenzione della situazione di crisi, sia all'esecuzione che il debitore vi dia, privilegiando così l'aspetto privatistico dell'accordo. Questa impostazione si ritrova anche nella giurisprudenza di merito⁵³: *“l'intento di valorizzare l'autonomia privata per la gestione della crisi dell'impresa si è concretamente manifestato con l'introduzione di un sistema di soluzioni stragiudiziali, la cui efficacia sia garantita da un provvedimento di omologazione da parte dell'autorità giudiziaria che riguardi, peraltro, il solo controllo di legalità e di correttezza della procedura svolta”*, lasciando intendere che il “cuore pulsante” dell'istituto ha ben altra natura.

La fattispecie normativa prevista dall'art. 182-bis si compone per la verità di due fasi: la prima stragiudiziale riservata al potere di autonomia dei privati, la seconda

serie legale n. 9 del 3 aprile 2000, indirizzata alle proprie associate e contenente un "codice di comportamento" da osservare in caso di adesione a convenzioni di salvataggio. Il codice detta modalità, tempi e procedure volti a facilitare il superamento delle crisi d'impresa reversibili. Su di essa si vedano i numerosi commenti. Tra gli altri GRANATA, *Dall'Abi il via alla concertazione per aiutare le imprese in crisi*, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 12 e ss.; MAIMERI, *Sistemazioni extragiudiziali delle crisi di impresa e codice di comportamento bancario*, in *Banca, borsa e tit. Cred.*, 2000, I, 417 e ss.; BONFATTI-FALCONE, *la concertazione per la soluzione delle crisi d'impresa: la "amministrazione bancaria" ed il nuovo codice di comportamento bancario sulla gestione delle crisi aziendali*, in *Dir. banc.*, 2001, I, 365 e ss.

51 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 3; BONELLI, *cit.*, 493; PANZANI, *La gestione sta giudiziale dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 1997, 553.

52 BONFATTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009, 560; TARZIA, *La nuova tutela del debitore e dei finanziatori negli strumenti di prevenzione del fallimento*, in *Dir. fall.*, 2010, 548; ZANICHELLI, *I concordati stragiudiziali*, Torino, 2010, 601.

53 Trib. Bari, decr. 21 novembre 2005 in *Foro. it.*, 2006, I, 263, con nota di FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla "reorganization"*; in *Fallimento*, 2006, 171 con nota di PRESTI, *L'art.182-bis al primo vaglio giurisprudenziale*.

giudiziale, nella quale l'intervento del giudice consente all'accordo di produrre effetti *erga omnes*⁵⁴. L'accordo si configura dunque come atto di autonomia privata inserito in un procedimento giurisdizionale, tanto che si è parlato di "composizione concordata della crisi di natura ibrida"⁵⁵.

La commistione tra fulcro negoziale degli accordi e intervento del giudice rappresenta un profilo di criticità dell'istituto; il controllo del giudice rappresenta sicuramente un ombrello protettivo, tuttavia i confini di questo giudizio sono molto incerti, con la conseguenza che non è agevole comprendere quanto l'istituto sia rivolto verso l'autonomia privata ovvero quanto soffra di un eccesso di eteronomia rappresentato dal controllo giudiziale. La forza del decreto di omologa è infatti tale che esplica un effetto sanante e cioè produce gli effetti, anche nel caso in cui l'accordo non avesse avuto i requisiti per essere omologato⁵⁶.

Resta fermo che soltanto il susseguirsi teleologicamente orientato e funzionalmente connesso di atti e attività organizzati secondo la scansione del procedimento soddisfa la necessaria compresenza di tutti gli elementi sostanziali e formali descritti nella norma: l'accordo, la pubblicazione e l'omologazione.

Nella "fase preliminare" del procedimento, deputata alla formazione della volontà negoziale delle parti e come tale, ovviamente, al di fuori del potere del giudice si forma l'accordo. L'accordo deve essere sempre unitariamente considerato - perchè unitaria è l'operazione economica sottesa ed unico l'effetto perseguito, ossia la rimozione della crisi - sia nella fase della pubblicazione che in quella dell'omologazione, sicchè anche in presenza di un fascio di accordi, l'omologazione avrà ad oggetto l'accordo nella sua unità formale e non i singoli accordi atomisticamente considerati⁵⁷. L'unità dell'operazione trova conferma se la fattispecie viene guardata sul piano della disciplina dei suoi effetti patologici: a seconda che sia stata costruita come contratto plurilaterale con comunione di scopo ovvero collegamento tra negozi, l'eventuale vizio di uno dei singoli accordi può far venire meno

54 D'AMBROSIO, *cit.*, 1804 e VALERIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare* a cura di Caiafa, Torino, 2009, 664 parlano infatti di struttura bifasica.

55 D'AMBROSIO, *cit.*, 1804.

56 FABIANI, *cit.*, 3.

57 GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 93 ss.

l'accordo oppure quest'ultimo può sopravvivere⁵⁸.

La fase della pubblicazione costituisce invece la “fase costitutiva”, attribuendo efficacia all'accordo stesso.

La funzione “integrativa dell'efficacia”, invece, viene assolta dall'omologazione, la quale fa salvi, sul piano dell'opponibilità, e quindi anche del concorso esecutivo, gli atti compiuti precedentemente ad essa, chiudendo il procedimento.

L'omologa rappresenta un elemento esterno ed estraneo alla fattispecie⁵⁹, ma integrativo della stessa; il rigetto dell'omologazione rappresenta il fatto risolutivo dell'accordo medesimo⁶⁰.

Molto dibattuto è il carattere concorsuale o meno della procedura di cui all'art. 182-*bis* l. fall..

Il quesito non ha carattere solo teorico, dal momento che dalla risposta scaturiscono anche notevoli risvolti pratici, basti pensare al riconoscimento del rango della prededuzione ai crediti che sorgono durante il procedimento di cui all'art. 182-*bis* e all'applicazione del Regolamento CE 1446/2000.

Fino alla riforma degli accordi di ristrutturazione attuata con la l. 122/2010 si tendeva ad escludere che gli accordi potessero essere inseriti nel novero delle procedure concorsuali; in questo senso infatti era orientata la dottrina maggioritaria⁶¹ per una serie di ragioni che si possono così riassumere: i) non è previsto un provvedimento di apertura; ii) non vi è la nomina di organi (un commissario, un giudice delegato, un comitato dei

58 Sul punto PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2006, 302.

59 GABRIELLI, *cit.*, 983.

60 Occorre fare una precisazione sul punto. Gli accordi sono pienamente efficaci fin dalla loro stipulazione (salvo che i paciscenti non abbiano condizionato l'efficacia interna dell'accordo all'omologazione) e dunque l'omologa funge, al più, da *condicio iuris*. In tale contesto nulla esclude che il difetto di omologa non si rifletta sulla validità e sulla impegnatività degli accordi, il che porta ad escludere che un accordo senza omologazione sia un "non accordo" (in questo senso FABIANI, *cit.*, 24).

61 AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, *cit.*, 17; PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, in *Fallimento*, 2007, 193 (nota a Trib. Roma, 16 ottobre 2006); FABIANI, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182 bis l. fall.*, in *Foro it.*, 2006, I, 2566; CASTIELLO D'ANTONIO, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 609; NIGRO, VATERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 382; PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di AMBROSINI, Bologna, 2008, 561; SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 347; PATTI, *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, 104; contra, però, per la qualificazione degli accordi come un procedimento concorsuale a tutti gli effetti, v., FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 82; PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 908.

creditori); iii) non c'è una regolazione concorsuale del dissesto (non tutti i creditori sono coinvolti); iv) i creditori sono organizzati non come collettività ma come somma di tante teste; v) il debitore resta *dominus* dell'impresa, non solo perchè continua a dirigerla, ma anche perchè non vi è alcuna forma di spossessamento, neppure attenuato e i suoi atti non sono assoggettati a vincoli nè a controlli. Ora, se si prendono in esame le altre procedure disciplinate nella legge fallimentare (ma anche l'amministrazione straordinaria), si nota che invece proprio questi sono connotati caratterizzanti⁶².

Merita un autonomo rilievo la valutazione degli assetti creati dagli accordi, che sono spesso oggettivamente distanti rispetto alla soddisfazione proporzionale al credito vantato: la circostanza che l'accordo configura di fatto una situazione in cui difficilmente i creditori, a seguito del *placet* del tribunale, riceveranno il medesimo trattamento che avrebbero ricevuto se il debitore fosse stato ammesso ad una diversa procedura concorsuale giudiziale, ha fatto sorgere non pochi dubbi sul fatto che, anche nello specifico caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l. fall.*, sia rispettato quel principio di *par condicio creditorum* che si è tradizionalmente ritenuto essere requisito imprescindibile per la legittimità delle procedure concorsuali; negli accordi di ristrutturazione il debitore in effetti può trattare liberamente con ogni creditore modalità diverse di soddisfazione, senza dover essere vincolato a prestare lo stesso trattamento a creditori che si trovino in situazioni omogenee, prescindendo da una regolazione concorsuale.

La prassi insegna (sul punto si rimanda al capitolo III) che molto spesso, per non dire nella totalità dei casi, negli accordi di salvataggio si configurano delle notevoli disomogeneità all'interno anche delle singole categorie di creditori. Esisteranno così, con tutta probabilità, creditori che accetteranno in pagamento soddisfacente somme in percentuali minori rispetto a quelle che sarebbero loro spettate nell'ambito di altri contesti liquidatori, come la prassi non ha mancato di dimostrare nel caso, ad esempio, di imprese collettive, in cui il socio che vanta un credito commerciale verso l'impresa stessa, frequentemente accetta un trattamento peggiore pur di favorirne il salvataggio; o come, parimenti, si verifica nel caso in cui il creditore-fornitore dell'impresa ritenga in tal modo di potersi garantire future commesse, avendo contribuito a tutelarne l'operatività.

62 FABIANI, *cit.*, 4.

Al contempo, alcuni creditori, pur non vantando una posizione privilegiata rispetto ad altri, potrebbero ricevere il pagamento di somme proporzionalmente superiori, o addirittura l'integralità del loro credito, come effettivamente avviene nella maggioranza dei casi per i creditori non aderenti all'accordo; senza considerare che spesso è la natura del credito a fungere da *discrimen* nel trattamento, come accade nel caso in cui vi siano creditori "bancari" e "fornitori".

Non vanno altresì dimenticate le tempistiche e le modalità di pagamento che, anch'esse oggetto di disposizione, possono essere liberamente pattuite al fine di avvantaggiare ulteriormente, o compensare degli svantaggi subiti, i creditori.

Di fronte ad un quadro di questo tipo, appare invero difficile poter parlare di *par condicio creditorum*, in senso proprio.

Nonostante, infatti, vi sia chi ha, iperbolicamente, definito la *par condicio* una norma di "polizia processuale"⁶³, non si può depauperare completamente di significato uno strumento che ha rappresentato uno degli assi portanti della nostra disciplina concorsuale. In definitiva ciò che manca negli accordi rispetto ad una procedura concorsuale è il profilo della universalità della regolazione⁶⁴, visto che il debitore è arbitro di scegliere con chi e

63 JAEGER, "Par condicio creditorum", in *Fallimento*, 1984, 63; in senso conforme MIMOLA, *Risanamento delle imprese, mercato e parità di trattamento*, Milano, 2004, 115.

64 Tuttavia la FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 84 afferma che anche in altre procedure, come il concordato preventivo, si possono pattuire, nel rispetto della legge, trattamenti differenziati tra i vari creditori, senza che nessuno ne metta in dubbio la collocazione tra le procedure concorsuali. Di fatti, se da un lato al rispetto pedissequo di tale regola sono sottoposti gli organi giudiziari, nulla vieta che il titolare di una posizione di credito nei confronti di un soggetto debitore possa rinunciare, in tutto o in parte, ad essa senza ledere alcuno. In tal modo, infatti, potrà difficilmente essere sostenuto che sia mancato il soddisfacimento di tutti i creditori, con la sola differenza, rispetto alla visione "classica" della parità di trattamento, che ciò può avvenire con modalità differenti a seconda dei creditori, ma pur sempre nei limiti pattuiti espressamente nell'accordo da tutti i creditori aderenti, dato che i non aderenti, come già osservato, vengo spesso liquidati per intero, e quindi nei loro confronti *nulla quaestio*.

Ciò che merita sottolineare, sta nel fatto che in virtù di questa nuova concezione il principio della *par condicio creditorum* assume un carattere relativo, o meglio sussidiario e dispositivo per le parti private, lasciando ad ognuno la possibilità di scelta in merito agli interessi che intenda far valere; già nel senso dei limiti del rispetto del principio di proporzionalità, come unico in grado di garantire la parità di trattamento, SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 330. Nel senso della concorsualità della procedura anche CASTIELLO D'ANTONIO, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei patti attestati*, *cit.*, 604; PEZZANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bisl. fall.: un'occasione da non perdere*, in *Dir. fall.*, 2006, II, 674, nota a Trib. Milano 15 dicembre 2005; questi autori mettono in luce anche i seguenti aspetti che depongono nel senso della concorsualità: la possibilità concessa a tutti i creditori di partecipare od opporsi all'accordo mediante un sistema di pubblicità dello stesso, la necessaria previsione di una percentuale minima di partecipazione di creditori per l'efficacia dell'accordo e la previsione del regolare pagamento di coloro che fossero rimasti estranei, e per l'esenzione in caso di successivo fallimento, dalla revocatoria per

come accordarsi e nella formazione di eventuali classi di debitori non è previsto, come avviene nel concordato, un controllo del giudice⁶⁵.

Nella disciplina del 2005 si osserva un'impronta marcatamente privatistica data agli accordi dal legislatore⁶⁶; tuttavia con il decreto correttivo nel 2007 il legislatore sembra aver cambiato "rotta": viene introdotto (e poi ampliato alla fase delle trattative con la riforma del 2010) il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari⁶⁷: il blocco delle azioni esecutive o cautelari per i creditori costituisce un elemento che caratterizza, senza alcuna distinzione, tutte le procedure concorsuali previste dal nostro ordinamento⁶⁸.

Con la riforma del 2010, è stata introdotta anche la previsione della prevedibilità di determinati crediti in caso di successivo fallimento dell'impresa; queste due modifiche verranno esaminate ampiamente nel prosieguo della trattazione; per ora, ai fini che qui interessano, occorre segnalare che esse possono essere lette come due tarli nella ricostruzione proposta circa la non concorsualità degli accordi, dei quali, proprio alla luce di queste modifiche, deve considerarsi ormai quasi compiuta la mutazione genetica. Quindi nella loro attuale configurazione gli accordi appaiono più che mai nella loro complessità duale, tanto che la dottrina ha parlato di "simulacro di procedura concorsuale"⁶⁹.

Ancora oggi è possibile affermare che gli accordi di ristrutturazione costituiscono un istituto *"a metà del guado tra l'accordo stragiudiziale puro (il piano attestato di risanamento) e il concordato preventivo (che è a tutto tondo una procedura concorsuale) e rappresentano pertanto il terreno elettivo delle nuove forme di autonomia negoziale con controllo giudiziale"*⁷⁰.

gli atti compiuti in esecuzione dell'accordo, analogamente a quanto previsto ex art. 67, comma 3, lett. e) per il concordato preventivo.

65 FABIANI, *cit.*, 5.

66 DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (Art. 182 bis L. fallim.) (Presupposti, procedimento ed effetti dell'anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, in *Dir. fall.*, 2011, 17.

67 Il decreto correttivo 169/2007, introducendo la sospensione per sessanta giorni dalla pubblicazione nel registro delle imprese, delle azioni esecutive e cautelari, ha fugato qualsiasi reticenza su questo aspetto. Sul punto si veda STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, *cit.*, 72, il quale sottolinea come si sia tratto dal divieto di azioni esecutive individuali la natura concorsuale di alcune procedure speciali (ad es. liquidazione del gruppo EFIM).

68 VALERIO, *cit.*, 668. Si vedano infatti: l'art. 51 l. fall. per il fallimento, l'art. 168 l. fall. per il concordato preventivo, l'art. 83, comma terzo d.lgs. 385/1993 per la liquidazione coatta delle banche, l'art. 262 d.lgs. 209/2005 per la liquidazione coatta delle assicurazioni, gli artt. 18 e 49 d. lgs. 270/1999 per l'amministrazione straordinaria.

69 FABIANI, *L'ennesima riforma della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2010, 899.

70 FABIANI, *L'ulteriore up grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle*

Si può invece considerare ormai archiviato il dibattito sul fatto che gli accordi di ristrutturazione rappresentino un istituto autonomo e non una forma semplificata di concordato preventivo⁷¹. Piuttosto è stato osservato che il legislatore ha probabilmente concepito gli accordi di ristrutturazione come una forma alternativa di procedura di concordato preventivo, piuttosto che come una forma di accordo stragiudiziale⁷².

Ulteriore aspetto attorno al quale si sono sviluppati ampi dibattiti dottrinali, non senza conseguenze pratiche, riguarda la natura unitaria o plurale dell'istituto⁷³.

Vi è stato chi⁷⁴, nell'ambito di tale valutazione, ha preso le mosse dal dato normativo mettendo in luce l'apparente contrasto tra la rubrica dell'art. 182-bis l. fall., che parla al plurale di "accordi", ed il contenuto precettivo della norma che stabilisce che "L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (...)", concludendo che tale discrasia, ammesso che fosse voluta, rappresenterebbe la presa di coscienza da parte del legislatore, della pluralità di forme che gli accordi possono assumere nella realtà.

soluzioni concordate, in *Fallimento*, 2010, 900.

71 La configurazione originaria dell'istituto aveva spinto parte della dottrina a qualificarlo come forma semplificata di concordato preventivo, prima del decreto correttivo del 2007 (in questo senso: FERRO, *Art. 182-bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2005, 56; VALENSISE, *Art. 182-bis*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di NIGRO e SANDULLI, Torino, 2006, II, 1088; in giurisprudenza: Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 169; Trib. Milano, 21 dicembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 669). Dopo il decreto correttivo del 2007 la tesi suddetta è tramontata: il terzo comma dell'art. 182-bis specifica che il divieto di azioni cautelari ed esecutive decorre per 60 giorni dalla data di pubblicazione dell'accordo e si applica l'art. 168, comma secondo. Se il legislatore avesse considerato l'accordo una forma semplificata di concordato preventivo non avrebbe introdotto un divieto volto a produrre effetti protettivi per l'imprenditore, dal momento che essi si sarebbero prodotti *ex lege* in virtù dell'operatività dell'art. 168. Nel senso dell'autonomia dei due istituti: FABIANI, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182-bis l. fall.*, in *Foro it.*, 2006, I, 2564; AMBROSINI-DE MARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, 184; VALERIO, *cit.*, 665; RACUGNO, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, in *Trattato di diritto fallimentare* diretto da BUONOCORE e BASSI, Padova, 2010, 547; ZANICHELLI, *cit.*, 601; NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, 25; FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 88 ove l'Autrice ritiene applicabile la disciplina del concordato preventivo qualora quella degli accordi risulti per talune fasi incompleta. In giurisprudenza: Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Fallimento*, 2008, 701; Trib. Milano, 23 gennaio 2007, *ivi*, 2007, 701; Trib. Roma, 16 ottobre 2006, *ivi*, 2007, 187; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, *ivi*, 2006, 669.

72 BONFATTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, 480.

73 Nel senso che si tratti di un contratto plurilaterale FRASCAROLI SANTI, voce *Concordato stragiudiziale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1988, II, 286; nel senso che si tratti di un fascio di contratti DOMENICHINI, *Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato d'insolvenza*, in *Fallimento*, 1996, 841.

74 GABRIELLI, *cit.*, 977.

Molto discusso in effetti è il modo in cui catalogare gli accordi di ristrutturazione per quel che riguarda il versante negoziale. Si può infatti avere ora un unico contratto plurilaterale (se si vuole enfatizzare il profilo dell'unitarietà dei singoli apporti), ora un contratto bilaterale plurisoggettivo (se si intende focalizzare l'attenzione sulla dualità del rapporto, debitore da un lato e insieme dei creditori dall'altro), ora una sommatoria di singoli contratti, cui faccia (ma non necessariamente) da sfondo un contratto quadro⁷⁵.

La giurisprudenza ha aderito alla seconda impostazione, definendolo "contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria"⁷⁶. Questa definizione può essere un punto di partenza per alcune considerazioni. La plurisoggettività potrebbe essere smentita dalla possibilità che l'accordo si attui tra creditore e un solo debitore e sia quindi bilaterale secco⁷⁷; inoltre potrebbe configurarsi anche come trilaterale, se si caratterizzasse per l'intervento di un assuntore.

In realtà è impossibile fornire a priori una classificazione, che può essere calzante solo se attuata in concreto.

Stante, in effetti, la normale presenza di più soggetti (salvo il caso, quasi di scuola, in cui vi sia un unico accordo tra l'imprenditore in crisi ed il suo unico grande creditore), le molteplici manifestazioni di volontà possono ben essere esplicitate in un unico contesto o in momenti successivi, sia con la forma della stratificazione dei consensi in seno ad una singola soluzione contrattuale, sia con la redazione di più accordi, con i singoli creditori o classi di creditori⁷⁸. Anche se non vi è necessità di una trattativa unitaria con l'intero ceto

75 FABIANI, *cit.*, 9. L'Autore accantona la tesi del contratto bilaterale plurisoggettivo, affermando che si basa su un dato indimostrato: la categoria dei creditori come collettività.

76 Decr. Trib. Milano, 11 gennaio 2007, lo definisce testualmente "*un negozio di diritto privato classificabile come contratto bilaterale plurisoggettivo con causa unitaria*". Tuttavia secondo il Trib. Brescia 22 febbraio 2006 si tratterebbe di un contratto consensuale plurilaterale di natura sostanzialmente privatistica.

77 SCIUTO, *cit.*, 351 afferma che a la questione più rilevante, a fini concreti, è come gestire l'emersione di vizi genetici o funzionali dopo l'omologazione, riguardanti la posizione di un solo contraente, per valutare in quale misura, parziale o totale il vizio possa riverberarsi sull'accordo. L'Autore, scartato l'inquadramento tra i contratti plurilaterali con comunione di scopo (dal momento che l'obiettivo dei creditori, più che quello dell'imprenditore al salvataggio dell'impresa, è quello della tutela del proprio credito) qualifica l'accordo come un fascio di negozi bilaterali, accomunati da una causa unitaria, quella dell'art. 182-*bis*, e fra loro tendenzialmente collegati (con un collegamento se non volontario quantomeno funzionale, per la reciproca interdipendenza degli obblighi assunti).

78 GABRIELLI, *cit.*, 977 afferma che le singole pattuizioni che compongono l'accordo, anche se separatamente concepite e concluse sono comunque tra loro collegate al fine del superamento della crisi, dando così luogo ad un'operazione economica funzionalmente unitaria; tuttavia l'accordo può presentare condizioni economiche e termini d'adempimento differenziati nelle singole convenzioni che lo

creditorio, vi è tuttavia coessenzialità tra singolo accordo e accordo di ristrutturazione; inoltre un vero e proprio dovere di informativa sulle condizioni che regolano gli altri contratti non sussiste, tuttavia il singolo creditore deve avere consapevolezza del fatto che l'accordo particolare si innesta in un accordo generale che aspira a divenire accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-*bis*. Inoltre l'autonomia negoziale può liberamente disporre sul come reagire ad un vizio di funzionamento dell'operazione: le parti possono stabilire cosa accade dell'accordo quando non venga raggiunta la maggioranza, quando l'omologazione è rifiutata, quando ad omologazione avvenuta l'accordo si risolve e quando può sopravvenire il fallimento⁷⁹. Risulta comunque opportuno precisare che la stipula dell'accordo e la stipula degli accordi non sono la stessa cosa: il singolo accordo è regolato dalla legge del contratto e la sua forza deriva dal consenso delle parti; invece l'accordo di ristrutturazione non è regolato solo dall'autonomia privata, perchè in presenza delle condizioni che ne legittimano l'omologazione può produrre effetti nei confronti dei terzi, ossia i creditori non aderenti, in virtù dell'eteronomia espressa dal controllo del tribunale. Anche in quest'ottica va valutata l'ammissibilità di una revoca dell'adesione definibile come recesso in chiave di diritto civile (sul punto vedi capitolo II, paragrafo 1.3.).

Quanto ai criteri proposti per la classificazione, sono stati molteplici.

Alquanto semplicistico risulta vagliare la presenza di un unico documento o di più documenti per individuare la natura unitaria o plurale del fenomeno⁸⁰; in realtà occorre concentrare il *focus* sulle finalità⁸¹ e sul contenuto⁸².

La stessa giurisprudenza di legittimità⁸³ ha ribadito che “(...) *nel caso di più dichiarazioni contestuali aventi - se considerate l'una indipendentemente dalle altre - individualità ed efficacia proprie, occorre distinguere l'ipotesi in cui ciascuna*

compongono, in ragione della diversità e pluralità di interessi in gioco.

79 FABIANI, *cit.*, 10. L'Autore osserva che rispetto a ciascuna di queste situazioni l'ordinamento privatistico fissa dei principi e delle regole a cui attenersi, ma la volontà delle parti resta decisiva. La classificazione concreta dell'accordo produce non pochi riflessi, dalla tenuta in caso di patologie dei singoli accordi (annullamento, inefficacia, risoluzione) alla prova di resistenza sulla formazione della maggioranza, anche se non deve essere enfatizzata, dal momento che in molti casi le conseguenze sono equipollenti.

80 COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, 234.

81 D'AMBROSIO, *cit.*, 1804 suggerisce di valutare le finalità degli accordi: se la finalità è solo liquidatoria, allora è corretto definire gli accordi come fasci di negozi bilaterali tra debitore e ciascun creditore, se invece la finalità è di recupero della situazione di equilibrio, allora è possibile qualificarli come contratti plurilaterali con comunione di scopo.

82 BOGGIO, *cit.*, 112.

83 Cass., 17 novembre 1983, n. 6864, in *Giur. it.*, 1984, I, 1460.

dichiarazione viene in considerazione come un distinto negozio giuridico, per cui alla pluralità di dichiarazioni corrisponde una molteplicità di negozi, da quella in cui le varie dichiarazioni risultino combinate tra loro, sì da dar vita ad un negozio giuridico unitario. Mentre in quest'ultima ipotesi si ha un solo negozio, complesso o misto, caratterizzato dall'unificazione dell'elemento causale, nella prima ipotesi si ha invece un insieme di negozi che possono essere collegati funzionalmente o anche solo occasionalmente".

In altre parole, stante la necessaria unitarietà dell'operazione economica sottostante, finalizzata alla rimozione dello stato di crisi e al sostanziale risanamento dell'impresa che in esso versa, al regolare pagamento dei creditori estranei, alla protezione dalla revocatoria degli atti e dei pagamenti effettuati in esecuzione dell'accordo, ci si troverà in presenza di un unico accordo laddove sia unico il vincolo nei confronti di tutti i partecipanti anche se costituito con differenti documenti, mentre ci si troverà in presenza di più accordi distinti seppur funzionalmente collegati, nel caso in cui i vincoli siano differenti⁸⁴.

Vi è poi chi⁸⁵ ha proposto di ricondurre gli accordi di ristrutturazione nell'alveo del contratto a favore di terzo, con la conseguenza che il terzo (i creditori non partecipanti) possono dichiarare di volerne profittare rendendo lo stesso irrevocabile. Tuttavia a questa ricostruzione è stato obiettato che nella fattispecie ricorre un'ipotesi di contratto "con effetti favorevoli al terzo" più che "a favore di terzo". La prima questione che sorge è quella dell'individuazione delle parti, ossia chi assume la veste di stipulante - colui che ha un interesse alla stipula - e chi quella di promittente, che deve eseguire una determinata prestazione a favore del terzo; se nell'imprenditore in crisi può individuarsi la figura dello stipulante, di certo non può individuarsi nel creditore aderente la figura del promittente, dal momento che questi non assume alcuna obbligazione nei confronti del terzo creditore estraneo all'accordo. Nè si possono invertire i ruoli, dal momento che se il creditore-stipulante potrebbe avere un interesse alla ristrutturazione, l'imprenditore in crisi-promittente, è tenuto ad una prestazione nei confronti del terzo (creditore estraneo all'accordo), ma tale obbligazione non sorge dal perfezionamento dell'accordo di ristrutturazione, ma lo precede, ponendosi fuori dallo schema dell'art. 1411 c.c. Il negozio produce allora semplicemente effetti favorevoli ai terzi creditori, senza che questi

84 Nello stesso senso in dottrina BOGGIO, *cit.*, 115.

85 SCIUTO, *cit.*, 349.

assumano alcuna veste giuridicamente rilevante diretta all'interno dell'accordo⁸⁶.

5. Contenuto degli accordi

L'art. 182-*bis* l.fall. disciplina il procedimento e, con l'art. 67 l. fall., regola alcuni effetti degli accordi di ristrutturazione; la legge è però del tutto silente sul loro contenuto; così pure non esiste un modello legale di formazione degli stessi.

Peraltro questo dato non è frutto di negligenza o di omissioni colpevoli del legislatore, ma è frutto di una sua scelta consapevole, ossia quella di rimettere l'oggetto dell'accordo all'autonomia negoziale: la meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. è presunta, dal momento che il legislatore, descrivendo il procedimento di omologazione, presuppone che l'accordo sia in se lecito; vi è una causa tipica, la ristrutturazione del debito, perseguibile con ogni mezzo⁸⁷.

L'accordo ha come oggetto la soddisfazione dei creditori attraverso qualsiasi forma: gli accordi di ristrutturazione possono dunque avere il contenuto più vario, in relazione alle situazioni e agli interessi in gioco, anche se nella loro costruzione dovranno perseguire la duplice prospettiva di soddisfazione sia degli interessi dei creditori estranei che di quelli aderenti. In particolare, per quanto riguarda i creditori estranei, l'accordo non potrà che prevedere tempi modalità e condizioni per assicurare il regolare pagamento; per i creditori aderenti, potrà invece essere costruito scegliendo tra i modelli negoziali presenti nell'ordinamento. Questi ultimi potranno così obbligarsi a tenere nei confronti dell'imprenditore determinati comportamenti sia in chiave sostanziale (ad esempio l'assunzione di obbligazioni a carattere negativo circa la richiesta di ottenere l'adempimento della prestazione dovuta, per un periodo di tempo, per sempre o solo al ricorrere di determinate circostanze), sia in chiave processuale (ad esempio l'astensione

86 FERRO LUZZI, *Prolegomeni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'imprenditore in stato di crisi: del paradosso del terzo creditore "estraneo...ma non troppo"*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 832. Anche FABIANI, *cit.*, 9 nega l'inquadramento degli accordi di ristrutturazione come contratto a favore di terzo, dal momento che gli effetti possono essere favorevoli, ma anche sfavorevoli per il terzo, a seconda della riuscita del piano.

87 FABIANI, *cit.*, 7; ZANICHELLI, *cit.*, 605; DI MAJO, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di GHIA, PICCININI, SEVERINI, Torino, 2011, 683 osserva che quanto al contenuto, si può fare riferimento all'esercizio di un atto di privata autonomia, il quale non incontra altro limite se non quello del rispetto della causa e delle norme imperative (art. 1343 e 1418 c.c.).

dall'attivazione di procedure di recupero coattivo del credito)⁸⁸.

L'accordo può anche prevedere che la gestione dell'impresa sia affidata ad un terzo, o si caratterizzi per l'intervento di un assuntore, come pure, sotto diverso profilo, la risoluzione dell'accordo ove l'impresa venga dichiarata fallita entro un determinato periodo, nel qual caso i creditori potranno esercitare per intero le loro ragioni⁸⁹.

Con la formula di derivazione aziendalistica "ristrutturazione dei debiti"⁹⁰ si possono ricomprendere tanto operazioni tendenti a ripristinare un equilibrio finanziario (nell'ottica di un accordo tendente al risanamento) con finalità conservativa dell'azienda, quanto operazioni che mirino invece ad una sua liquidazione più veloce e fruttuosa⁹¹. In realtà vi è chi ridimensiona la finalità liquidatoria: l'obiettivo del ripristino della solvibilità, anche se non espressamente indicata nella fattispecie dell'art. 182-*bis*, dovrebbe considerarsi nella causa remota degli accordi o nella presupposizione alla base degli stessi⁹².

Gli accordi possono avere due ordini di contenuti, tra loro collegati: i contenuti che incidono direttamente sul debito e ne realizzano la ristrutturazione⁹³ e quelli che implicano l'assunzione di vincoli per l'imprenditore, variamente graduati, che attuano una sorta di versione privatistica di amministrazione controllata⁹⁴; pertanto gli accordi possono

88 GABRIELLI, *cit.*, 979.

89 RACUGNO, *cit.*, 549.

90 FAUCEGLIA, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 842 osserva che la formula è mutuata dalla dottrina aziendalistica, dove indica la rinegoziazione da parte del debitore delle proprie esposizioni, al fine di operarne una modifica idonea a rimuovere o prevenire lo stato di decozione, di solito per attuare un piano di risanamento dell'impresa. Sul punto cfr. OLIVA, *Privatizzazione dell'insolvenza, inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Fallimento*, 1999, 825.

91 PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2006, I, 395; FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 117; FABIANI, *cit.*, 8 traccia i c.d. "confini estremi" dell'accordo di ristrutturazione: ha piena legittimità anche un accordo esclusivamente liquidatorio; conseguentemente, non è essenziale all'accordo il risanamento dell'impresa, che pure resta, come nel concordato preventivo, il suo obiettivo preferibile; infine, la ristrutturazione del debito è cosa diversa dalla ristrutturazione dell'impresa di cui all'art. 27 l. 270/99 sull'amministrazione straordinaria.

92 BOGGIO, *cit.*, 13 osserva che l'obiettivo principe di un accordo di salvataggio è rappresentato dal conseguimento del risanamento dell'impresa in crisi. DI MAJO, *cit.*, 685 osserva che le modifiche al procedimento introdotte dalla l. 122/2010, con l'estensione del beneficio della prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti, si muovono in effetti nel senso di salvaguardare il valore conservativo dell'impresa, come strumento per ripristinarne la solvibilità.

93 D'AMBROSIO, *cit.*, 1809 osserva che dopo il decreto correttivo 169/2007 la ristrutturazione può riguardare anche i debiti fiscali, come previsto dall'art. 182-*ter* (sul punto v. *infra* capitolo II, paragrafo 11).

94 ROVELLI, *cit.*, 1036 che osserva che si può andare da un minimo di obbligazione d'informazione o di consultazione con alcuni creditori o con un loro comitato, fino al massimo dell'inserimento di rappresentanti dei creditori nell'organo amministrativo.

prevedere tanto interventi sul passivo che sull'attivo dell'impresa, che regole in materia di *governance*, pattuizioni come quelle previste nell'art. 160 l. fall. per il concordato preventivo⁹⁵, pattuizioni ulteriori come remissioni e dilazioni di debiti, costituzione di garanzie, concessione di nuova finanza, dismissioni di cespiti e conversione di crediti in capitale e così via, senza escludere l'ingresso di un terzo, o l'intervento di un assuntore, che assuma le obbligazioni verso i creditori in sostituzione o in aggiunta al debitore originario⁹⁶. L'architettura contrattuale che ne deriva sarà quasi sempre complessa e multilivello: a monte sta l'accordo base di ristrutturazione, a valle altri negozi con funzione attributiva, dal momento che solo con essi si realizza il programma contrattuale. Il primo è un contratto-quadro che definisce i contenuti dei contratti a valle o un contratto preliminare che obbliga a successivi negozi⁹⁷.

Anche il superamento del principio della *par condicio creditorum* e delle cause di prelazione è effetto possibile dell'accordo: il principio del concorso non incontra più in questo caso il limite dell'uguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore di cui all'art. 2741 c.c., ma quello della condivisione di un accordo destinato alla soddisfazione delle ragioni creditorie, a termini variati⁹⁸.

Riassuntivamente, volendo procedere per macrocategorie, gli accordi possono essere distinti secondo la dottrina⁹⁹ in remissori dilatori e novativi (ma nulla vieta che un accordo possa avere più d'uno di questi caratteri).

Gli accordi dilatori di norma prevedono un riscadenzamento del debito a fronte di crisi di liquidità (spesso con contestuale decremento o non applicazione dei tassi d'interesse normalmente applicati, per determinati periodi di tempo): l'imprenditore pattuisce con una parte cospicua (o con la totalità) dei propri creditori una moratoria dei pagamenti dei debiti scaduti e di quelli in scadenza, rendendo inesigibili i relativi crediti fino ad una certa data, in cambio della costituzione di garanzie sui beni dell'imprenditore e di terzi¹⁰⁰. Nel

95 PRESTI, *cit.*, 395.

96 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 118. Per un'indicazione esemplificativa dei contenuti si veda PROTO, *cit.*, 298.

97 VETTORI, *cit.*, 489.

98 DI MAJO, *cit.*, 685, che puntualizza che le ragioni dei creditori estranei restano fuori dal principio del concorso e torna invece in vigore il principio della soddisfazione dei loro diritti a termini invariati e, quanto alla responsabilità patrimoniale del debitore, torna in vigore quello di cui all'art. 2741, dell'uguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore.

99 BONFATTI (-CENSONI), *cit.*, 560.

100 BOGGIO, *cit.*, 8.

concetto di moratoria vengono comprese nella prassi varie figure giuridiche, che in pratica si rivelano effettivamente efficaci nel caso in cui le pretese dei creditori non siano troppo frazionate, come avviene nel caso in cui creditori siano pochi istituti di credito¹⁰¹.

Tra gli accordi dilatori, volti a rimuovere l'insolvenza mediante una moratoria dei pagamenti, merita una particolare attenzione il c.d. *pactum de non petendo*.

Questo consiste, secondo una definizione data dalla Cassazione¹⁰², in un accordo finalizzato alla dilazione dei termini di scadenza di un credito scaduto o da scadere, si attua quindi precludendo al creditore l'esercizio giudiziale del suo diritto, lasciando modificato ma sussistente il rapporto obbligatorio¹⁰³. A differenza della remissione, che è un modo di estinzione dell'obbligazione, il patto estingue solamente il potere del creditore di agire in cognizione o in esecuzione per il periodo previsto dall'accordo stesso. Il patto può essere concepito *in perpetuum* oppure *ad tempus*, a seconda che si sostanzia nell'impegno definitivo a non chiedere la prestazione oppure venga stabilito un termine prima della cui scadenza il creditore non deve chiedere l'adempimento dell'obbligazione al debitore.

Il *pactum de non petendo* può costituire il contenuto di un accordo di ristrutturazione dei debiti o una clausola di un più complesso accordo stragiudiziale, la cui efficacia estintiva sulle obbligazioni del debitore deriva per i creditori aderenti all'accordo dalla conclusione dello stesso nel rispetto dei requisiti e delle condizioni di cui all'art. 182-*bis* e dal conseguimento del provvedimento di omologa del Tribunale¹⁰⁴.

Qualora la pattuizione non si limiti alla semplice dilazione di pagamento, ma preveda una parziale remissione del debito, in modo che i crediti residui possano trovare capienza nella somma che si stima possa essere ricavata dalla compiuta liquidazione dell'intero patrimonio, ci si trova di fronte ad una variante del *pactum de non petendo*, il c.d. *pactum de minus petendo*¹⁰⁵.

Nel caso invece la crisi abbia già inciso sulla capienza del patrimonio dell'imprenditore si rende necessario un accordo remissorio, ossia quello nel quale i creditori accettano una postergazione o una decurtazione dell'ammontare dei propri crediti,

101 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 118.

102 Cass., 19 novembre 1992, n. 12383, in *Fallimento*, 1993, 510.

103 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 119.

104 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 120.

105 D'AMBROSIO, *cit.*, 1808.

nella speranza che la continuazione dell'attività imprenditoriale generi ricavi sufficienti a far fronte ai nuovi costi e ai debiti pregressi.

Infine, l'accordo novativo è quello nel quale si estingue la precedente obbligazione e la si sostituisce con un'altra, con oggetto o titolo diverso.

Di solito si utilizza a fronte di una situazione economico-finanziaria ormai compromessa.

Tipico esempio è la conversione dei crediti in capitale.

La conversione di debiti in capitale (c.d. *debt for equity swap*) si giustifica in un contesto di crisi grave, in cui una ricapitalizzazione incontrerebbe seri ostacoli: una ricapitalizzazione sarebbe infatti irrazionale tanto per gli azionisti, protetti dalla responsabilità limitata, quanto per qualsiasi altro terzo, dal momento che fino a concorrenza dello sbilancio il denaro versato andrebbe a beneficio dei creditori esistenti; sarebbe invece del tutto razionale per i creditori, poichè essi non versano nuovo denaro, ma utilizzano per la sottoscrizione, compensandolo, un credito che ha perduto tutto o parte del suo valore¹⁰⁶.

Dunque, in una situazione economico-finanziaria compromessa dell'impresa, le scarse speranze di recupero sono affidate alla conversione dei crediti in capitale, che normalmente coinvolge però solo una parte dei creditori, di solito quelli bancari. In certi casi alla conversione in partecipazioni si accompagnano accordi sull'eventuale successivo trasferimento delle stesse e sull'apporto di nuova finanza, sotto forma di sottoscrizione di possibili nuovi apporti di capitale di rischio¹⁰⁷. Se la totalità dei creditori optasse per tale soluzione della crisi si avrebbe, per via interamente privatistica, ed in assenza di costi di procedura, l'effetto finale tipico di una procedura vera e propria di insolvenza con il trasferimento di proprietà e controllo dell'attivo dal debitore ai creditori, in vista o di una sua gestione e valorizzazione, o della sua liquidazione e distribuzione del ricavato¹⁰⁸

106 STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa, cit.*, 318 osserva che la conversione di debiti in capitale consente di conciliare tre categorie di interessi: quello dei creditori che optano per la conversione (che mirano a recuperare parte di ciò che hanno prestato sotto forma di futuri utili dell'impresa), quello dei creditori che non optano per la conversione (che mirano a mantenere inalterate le loro prospettive di pagamento, che migliorano in relazione al fatto che i creditori che optano per la conversione cessano di concorrere con loro sul patrimonio del debitore), quello dell'impresa a ridurre l'indebitamento (che viene convertito in capitale proprio).

107 BOGGIO, *cit.*, 8.

108 ROVELLI, *cit.*, 1036.

Condizione per la fattibilità dell'operazione è che l'assemblea dei soci apra le porte ai creditori, deliberando l'aumento di capitale.¹⁰⁹

Concludendo si può affermare che pur non esistendo caratteristiche *necessarie* degli accordi di ristrutturazione, esistono caratteristiche comuni o frequenti ed essenziale è una almeno parziale ristrutturazione del passivo. Il piano tipico di ristrutturazione prevede interventi sia dal lato degli investimenti, attraverso la predisposizione di un piano di riorganizzazione industriale¹¹⁰, sia dal lato dell'indebitamento, che viene rimodulato; ossia, come sopra ampiamente descritto, il debito non viene interamente condonato, ma modificato negli importi, nelle scadenze e nei tassi di interesse, oppure utilizzato per sottoscrivere aumenti di capitale della società, cessando di essere debito e trasformandosi in una pretesa sugli utili eventualmente prodotti¹¹¹.

Il piano di ristrutturazione, una volta condiviso con i creditori, diviene la traccia alla quale l'imprenditore in crisi deve attenersi per realizzare il percorso di risanamento. Essenziale per la buona riuscita dell'accordo è la fiducia dei creditori sull'esito positivo dell'iniziativa¹¹².

Il contenuto dell'accordo deve, sempre e comunque, avere due caratteristiche, previste nell'art. 182-bis, comma 1: essere attuabile ed idoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei. Attuabilità in questo caso significa concreta realizzabilità delle previsioni dell'accordo, "*che non deve risolversi in un libro dei sogni strumentale solo ad ottenere l'azione revocatoria*"¹¹³; il secondo requisito attiene invece al fine dell'accordo, che deve essere tale da prevenire o rimuovere lo stato di insolvenza, rimodulando il debito verso i creditori aderenti e liberando risorse sufficienti a soddisfare regolarmente le obbligazioni del debitore verso i creditori estranei (vedi sul punto diffusamente capitolo II, paragrafo 1.3.).

109 STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa*, cit., 319.

110 BOGGIO, cit., 9 osserva che possono essere previsti la riduzione dei livelli occupazionali e/o degli orari di lavoro, il cambio del *management*, la modifica delle politiche di *marketing*, la razionalizzazione dei costi della rete distributiva e così via.

111 STANGHELLINI, cit., 317.

112 BOGGIO, cit., 10.

113 PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 396.

5.1. 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: variano 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 crisi.

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'impresa¹¹⁴.

Le clausole più ricorrenti nelle composizioni negoziali della crisi d'impresa sono le seguenti¹¹⁵:

1. 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 contenuto:

- 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);
- la remissione di una parte del debito relativo alla sorte 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 parametrizzate al raggiungimento di determinati risultati economici da parte della società o del gruppo al quale appartiene la

114 BOGGIO, *cit.*, 22.

115 Si utilizza la classificazione fornita da GALARDO, *cit.*, 72.

- società debitrice;
- la postergazione di alcuni creditori rispetto ad altri;
 - la cartolarizzazione dei crediti¹¹⁶.

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 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 escluso 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.

116 L'utilizzo della cartolarizzazione è reso 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.

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. Il 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 intervenuto, 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 a cadenze semestrali o annuali, 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:

- il loro coinvolgimento nella gestione e la nomina di uno di essi come membro dell'organo di controllo o di amministrazione;
- la facoltà per i creditori di chiedere in qualsiasi momento informazioni e/o richieste di documentazione;
- 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*

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:

- sottoposizione dell'impresa alla procedura fallimentare;
- 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;
- inizio da parte dell'impresa di attività incompatibili con quelle del programma di ristrutturazione;
- sussistenza di una causa di scioglimento della società, ove l'impresa sia strutturata in forma societaria;
- 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 6,1. 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:

- l'obbligo per ciascun creditore di comunicare agli altri creditori tutte le informazioni in suo possesso rilevanti per la conclusione dell'accordo di ristrutturazione;
- 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. 78/20 10 di chiedere la sospensione di azioni esecutive e cautelari già durante le trattative stragiudiziali;

- l'obbligo per i creditori di non fare uso delle informazioni comunicate dall'imprenditore in crisi per procedere ad iniziative giudiziali individuali;
- 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 nuove finanza, è un'operazione dalla quale non si può prescindere nel tentativo di ristrutturazione di un'impresa in crisi, soprattutto quando 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:

- le modalità e i tempi di rimborso della nuova finanza;
- 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*¹¹⁷;
- nell'eventuale impegno dei soci di effettuare aumenti di capitale se l'impresa è strutturata in forma societaria;

117 Nell'ambito delle garanzie sul patrimonio della società dall'imprenditore in crisi, un cenno particolare meritano i *covenants*, ossia una 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 obblighi 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 (PIEPOLI, *Profili civilistici dei covenants*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2009, 488). Nell'accordo di ristrutturazione, attraverso l'inserimento di *covenants*, possono 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 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 possono poi prevedere l'impegno al pagamento regolare di interessi e quote capitale sulla nuova finanza erogata e su eventuali prestiti; l'impegno a fornire preventive comunicazioni in caso di operazioni straordinarie e altre ancora.

- il divieto di costituire sui beni dell'impresa vincoli a favore di terzi che non siano i finanziatori o di compiere operazioni di dismissione;
- 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.

6. Ruolo degli istituti di credito

Il ruolo giocato da istituti di credito e banche di investimento nelle operazioni di *restructuring* è di fondamentale importanza¹¹⁸.

Atteso, infatti, che le operazioni di ristrutturazione del debito riguardano tutti quegli interventi che influiscono sulla composizione del passivo di un'impresa, è evidente che gli operatori economici che hanno nel mercato della concessione del credito il proprio *core business*, non possono che intervenire in un modo costante.

Come sottolinea la dottrina economica¹¹⁹, i suddetti operatori intervengono nella ristrutturazione tanto nel caso in cui le imprese versino in buone condizioni finanziarie, quanto nel caso in cui le medesime si trovino in condizioni critiche.

Il primo tipo di operazioni sarà prevalentemente finalizzato al raggiungimento di una composizione patrimoniale che incrementi il valore di mercato dell'impresa stessa; verosimilmente, non sussistendo lo "stato di crisi" richiesto dal primo comma dell'art. 182 *bis* l. fall., le operazioni saranno costituite da una serie di accordi negoziali completamente stragiudiziali ed estranei alla procedura che si analizza in questa sede.

Laddove, invece, l'impresa si trovi in uno stato di difficoltà più o meno marcato, e quindi il suo debito vada ristrutturato per ragioni di necessità, il ruolo di quelle che, per semplicità, saranno chiamate banche, sarà teso alla ricerca di una soluzione finanziaria che consenta all'impresa di ridurre la sua esposizione debitoria, attraverso la trasformazione del passivo, consentendole di evitare la sottoposizione a procedure concorsuali che ne annienterebbero del tutto il patrimonio, gli *assets*, l'indotto industriale ed occupazionale e il posizionamento sul mercato.

118 Sul punto v. VISENTINI, *Le convenzioni bancarie di salvataggio in L'impresa in crisi tra liquidazione e conservazione*, a cura di APICE, Roma, 2002, 224.

119 Su tutti si veda SAUNDERS, MILLON CORNETT, ANOLLI, *Economia degli Intermediari Finanziari*, Milano, 515.

La rilevanza del ruolo delle banche riguarda sia le modalità di partecipazione al salvataggio dell'impresa in crisi, sia l'individuazione di una possibile responsabilità nell'operazione di finanziamento dell'impresa, poi dichiarata fallita: in diverse situazioni al ruolo della banca sono collegate conseguenze negative circa la sorte dell'impresa. Si possono infatti esaminare gli effetti negativi che conseguono alla concessione del credito in un duplice aspetto: quello della concessione abusiva del credito¹²⁰ e quello della interruzione o restrizione improvvisa e ingiustificata del fido¹²¹.

Queste sono le ipotesi che tradizionalmente configurano una responsabilità della banca, ma altre considerazioni si possono formulare a proposito del ruolo della banca nella gestione dell'insolvenza.

Infatti, gli istituti di credito con differenti vesti, che verranno descritte a breve, prendono parte ad operazioni che, semplicisticamente, possono essere ricondotte ad alcuni schemi, ferma restando la più volte ricordata assoluta libertà nella predisposizione di modelli differenti.

Profili peculiari sono forniti dalla prassi, nella quale è frequente assistere ad operazioni che prevedono il salvataggio delle imprese in crisi mediante il trasferimento d'azienda o di suo ramo a società di nuova costituzione.

Il successo e la diffusione di salvataggi mediante lo schema da ultimo preso in considerazione, affondano le loro radici nella struttura di un intervento con il quale appare, non sempre a ragione, più agevole aggirare le limitazioni alla concessione del credito ad imprese già decotte: la cosiddetta concessione abusiva del credito. In tali casi, infatti, la manovra prevede una rilevante partecipazione delle banche creditrici dell'impresa in crisi non direttamente in essa, ma in una società di nuova costituzione chiamata, per semplicità, *NewCo*, mediante la conversione dei propri crediti nel capitale di quest'ultima. Le banche, non procedendo formalmente alla conversione dei crediti vantati nei confronti della *OldCo* in capitale di questa, potrebbero conferirle con maggiore facilità "nuova finanza", senza

120 MARABINI, *cit.*, 267 afferma che l'ipotesi è ravvisabile ogniqualvolta la concessione di credito consenta di procrastinare l'apertura di una procedura concorsuale, causando ulteriore depauperamento dell'attivo aziendale e conseguente danno dei creditori.

121 Sull'argomento: CASTIELLO D'ANTONIO, *Crisi d'impresa e responsabilità della banca: revoca "brutale" del fido, concessione abusiva del credito*, in *Dir. fall.*, I, 2009, 290; FORTUNATO, *La concessione abusiva del credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2009, 65; RAGUSA MAGGIORE, *La partecipazione delle banche al salvataggio delle imprese: profili giuridici*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 238.

incorrere nel divieto di concessione all'imprenditore, già in difficoltà quanto alla restituzione di capitali già ricevuti in passato¹²².

In realtà, a correttivo degli eventuali utilizzi patologici di tale meccanismo, esso sarà ammissibile soltanto laddove tra l'impresa in difficoltà e la *NewCo* non vi sia un nesso di continuità tale da imporre a quest'ultima l'assegnazione dello stesso grado di rischio rappresentato dalla prima. Tale nesso di continuità - a norma dell'articolo 1 n. 8) della direttiva 2000/12/CE, che richiama espressamente l'articolo 1 della direttiva 83/349/CEE - va individuato nella presenza o meno di un rapporto di controllo, diretto o indiretto, dell'originario titolare dell'impresa in difficoltà sulla società di nuova costituzione (c.d. connessione giuridica), o anche nella presenza di rapporti tali per cui l'insolvenza del primo possa ripercuotersi negativamente sulla seconda (c.d. connessione economica).

Occorre poi sottolineare che le banche possono ricoprire in situazioni di dissesto dell'impresa, tanto il ruolo di *advisors*, o consulenti dotati di specifiche competenze in materia, quanto il ruolo di creditori aderenti all'accordo. Occorre esaminare separatamente le due ipotesi.

Con riferimento alla prima delle due posizioni, va immediatamente ribadito che essa comporta degli obblighi di mezzi e non di risultato. L'attività di *advisor*, si sostanzia in una consulenza finalizzata a fornire all'imprenditore in crisi gli strumenti idonei per maturare un'adeguata analisi della situazione dell'impresa, permettendogli, in tal modo, di operare delle scelte consapevoli, la cui titolarità peraltro rimane in capo all'imprenditore stesso e non all'*advisor*¹²³. Il rapporto tra l'imprenditore ed il consulente è ovviamente di natura contrattuale e si risolve in un *facere*, arrivando in alcuni casi addirittura alla selezione delle informazioni da fornire ai creditori. In tale ruolo l'operatività dell'istituto di credito, come in parte precedentemente osservato, non si limita alla consulenza, ricoprendo l'*advisor* anche un fondamentale ruolo di tramite tra l'imprenditore in difficoltà e le altre componenti presenti sul mercato quali i creditori e le pubbliche autorità.

La *ratio* della previsione va ricercata, anzitutto, nel degrado delle relazioni personali e commerciali che segue, quasi sempre, la crisi dell'impresa. È nella logica di tali situazioni che l'imprenditore o gli amministratori tendano a prendere atto della crisi

122 BOGGIO, *cit.*, 405 e ss.

123 GARELLA, *Il concordato stragiudiziale*, Napoli, 2003, 52 e ss.

soltanto dopo che essa abbia raggiunto un livello ormai tale da rendere improcrastinabile la predisposizione di un piano di salvataggio, inteso in senso lato, per evitare l'apertura di procedure più gravose. Tale scelta, quindi, nella prassi segue i vari tentativi di arginamento della crisi costituiti, molto spesso, dalla dilazione *ex uno latere* dei pagamenti o delle forniture verso terzi, che di norma incrinano in modo pressoché irrimediabile i rapporti con i creditori rendendoli poco disponibili a trattare, in un momento successivo, un piano di risanamento.

L'*advisor*, dotato di una credibilità derivante dall'elevato *standing*, sinonimo di competenza e serietà, ma anche e soprattutto di una terzietà rispetto alle vicende tra imprenditore e creditori, riesce ad agevolare notevolmente l'attività di negoziazione, favorendo la positiva conclusione dell'accordo¹²⁴.

Parlare di terzietà nei confronti di un soggetto come l'*advisor*, legato da un rapporto contrattuale ad una delle due parti dell'operazione, è certamente improprio se valutato in una prospettiva formale più che sostanziale. L'attività di una banca, ed in genere di un professionista, che si assume nei confronti dell'imprenditore l'obbligo di curare l'attività di comunicazione verso i terzi di informazioni, infatti, non può essere condotta in modo parziale, incompleto o ingannevole nei confronti dei terzi. A differenza del caso di un soggetto che si limita a consigliare ed assistere l'imprenditore nella proposizione di un'operazione di salvataggio, il quale non sarebbe tenuto, nei confronti dei terzi, al rispetto di altre regole se non il generalissimo *neminem laedere*, in casi come questo, la dottrina civilistica ha configurato quella che ormai viene definita come responsabilità "da contatto sociale"¹²⁵. Tale tipo di responsabilità dell'*advisor* bancario, avente natura contrattuale e comportante la relativa sottoposizione agli oneri probatori ed al termine prescrizione, viene propriamente definita come responsabilità da "obbligazione senza dovere di prestazione", in quanto prescinde dall'esistenza di un obbligo di prestazione dell'*advisor* a beneficio del terzo, creditore dell'imprenditore in crisi, sussistendo un tale obbligo solo nei confronti di quest'ultimo. Il creditore, *ex ante*, non può esigere la prestazione da parte

124 LIN, *The information content of a bank's involvement in private workouts*, in *George Mason ind. law rev.*, 1994, 98.

125 FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, 163 e ss.; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da IUDICA e ZATTI, Milano, 2001, 581; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, 99.

dell'*advisor*, ma nel momento in cui essa sia effettuata, deve esserlo in modo esatto, in virtù dell'impegno assunto nei confronti dell'imprenditore in crisi. L'inesattezza comporterebbe la necessità di rispondere anche nei confronti del creditore. Ovviamente un simile meccanismo, con la conseguente configurazione di una responsabilità da contatto sociale nei confronti, stavolta, dell'imprenditore in crisi, si avrebbe laddove fossero stati i creditori a conferire l'incarico all'*advisor*.

Se la presenza di un istituto di credito in funzione di *advisor* è una circostanza che nella prassi si presenta con una frequenza molto elevata, la partecipazione delle banche in qualità di aderenti all'accordo è pressoché una costante.

A questo proposito occorre evidenziare le principali modalità con cui una banca aderisce ad un accordo di ristrutturazione del debito, contribuendo a creare una situazione di *fresh start*, ossia di opportunità per gli imprenditori in crisi di operare sul mercato a seguito della riacquisizione di affidabilità¹²⁶; queste sono: l'abbattimento dell'esposizione debitoria, il consolidamento dei crediti, la concessione di nuova finanza e la conversione dei crediti in capitale di rischio. Di seguito si prenderanno brevemente in considerazione queste modalità, tenendo conto che alcune sono già state esaminate parlando del contenuto degli accordi (vedi capitolo I, paragrafo 5).

L'abbattimento dell'esposizione debitoria si concreta solitamente nella rinuncia agli interessi maturati in un dato periodo¹²⁷; se necessario la rinuncia può estendersi anche a quote di capitale e, in questo secondo caso, si conviene che il rimborso del debito residuo avvenga a determinate scadenze a saldo e stralcio¹²⁸.

Il consolidamento dei crediti, denominato rinegoziazione nel caso di mutui, si perfeziona con una convenzione interbancaria in cui sono definite le obbligazioni, i diritti e i doveri delle parti aderenti all'accordo e si concreta in un *pactum de non petendo* a termine¹²⁹ con cui viene riscadenzato a medio e lungo termine il rimborso di creditorie scadute e non pagate, insieme con la ridefinizione pattizia del costo dell'indebitamento su

126 BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, www.studiolegaleriva.it (2006).

127 SANTINI, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 1998, 609 ss.

128 MARABINI, *cit.*, 252 osserva che di regola gli interessi maturati in un certo lasso di tempo vengono rinunciati interamente, per quelli maturandi si conviene una misura di tasso agevolato, salva la possibilità di variazioni migliorative parametriche al raggiungimento di determinati risultati economici da parte della società o del gruppo debitore.

129 COSTA, *La soluzione stragiudiziale delle crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 1998, I, 964.

valori inferiori a quelli di mercato¹³⁰.

La concessione di nuova finanza, agevolata con le modifiche apportate nel 2010 alla disciplina degli accordi di ristrutturazione (su cui infra diffusamente cap. II, paragrafo 9.2. e ss.), consiste nell'impegno delle banche a concedere nuovi finanziamenti (a breve termine, a lungo termine o come linee ponte il cui rimborso e la cui durata vengono calibrati con i tempi e i ricavi stimati dal piano di dismissioni aziendali) all'impresa in crisi, sufficienti per affrontare e superare il dissesto finanziario in atto; la concessione avviene di solito subordinatamente al soddisfacimento delle richieste formulate dal ceto bancario (come l'aumento di capitale di rischio dell'impresa o l'imposizione di vincoli di destinazione alla finanza da erogarsi) o all'ottenimento di determinate garanzie¹³¹. Un contributo rilevante al tema dei finanziamenti a fini ristrutturativi è rappresentato dalle recenti Linee Guida sul finanziamento delle Imprese in Crisi¹³², del 2010, la cui finalità è quella di individuare, in maniera condivisa con tutti i soggetti potenzialmente interessati alla ristrutturazione delle imprese in crisi, delle *best practices*, volte ad incoraggiare l'erogazione della nuova finanza, attraverso l'eliminazione delle incertezze derivanti dall'interpretazione del dato normativo.

Sempre nell'ambito delle operazioni di ristrutturazione, non può non essere fatto un cenno a modalità di riorganizzazione, di diritto strettamente societario, consistenti nell'acquisizione di pacchetti azionari delle imprese debitorie da parte degli istituti finanziari: la cosiddetta acquisizione di partecipazioni anomale.

Seppur infatti, in tali casi, ci si muova su un terreno leggermente differente da

130 MARABINI, *cit.*, 254 afferma che rientrano nell'area del consolidamento: i crediti in bianco non garantiti (quali interessi di mora, rate impagate di mutuo, esposizioni di conto corrente, ecc), i crediti garantiti con garanzie non capienti o di difficile realizzo (ad esempio garanzie ipotecarie di grado successivo al primo), i crediti autoliquidanti (ossia quelli rinvenienti da finanziamenti per i quali in sede di erogazione sia stata individuata la fonte di rimborso), i finanziamenti *ex lege* con i relativi prefinanziamenti ed i contratti di *leasing*. Gli aspetti essenziali del piano di consolidamento riguardano le condizioni di consolidamento, l'onerosità, le garanzie e il ristoro. Le condizioni di consolidamento attengono alle nuove scadenze convenzionali dei debiti. Per quanto riguarda il tema dell'onerosità, l'accettazione di interessi inferiori a quelli di mercato rappresenta il minimo comune denominatore delle operazioni di consolidamento. Le garanzie rappresentano la contropartita al consolidamento dei crediti, sono le medesime previste dal codice civile e possono essere rilasciate dal debitore previa non opposizione degli altri creditori. Il piano di ristoro consiste nel permettere alle banche di beneficiare di eventuali eccedenze dei flussi di cassa prodotti dalla gestione operativa nel suo complesso, ovvero da singole fonti, quali la dismissione di specifici cespiti.

131 MARABINI, *cit.*, 261.

132 Consultabili su www.assonime.it.

quello considerato in questa sede, l'effettivo utilizzo e la frequenza con cui tali soluzioni vengono accolte nella prassi, suggeriscono di considerarne quantomeno gli aspetti essenziali.

Sia il Codice di Comportamento predisposto dall'ABI, che la sezione V, contenuta nel capitolo 9 del titolo IV delle Istruzioni di Vigilanza per le banche, hanno stabilito alcune prescrizioni procedurali e di contenuto, relative a quegli accordi di salvataggio che contemplino la conversione, almeno parziale, dei crediti bancari in capitale dell'impresa debitrice¹³³. I tratti essenziali delineati da tale sistema prevedono la possibilità per un ente creditizio, di poter acquisire legittimamente azioni in imprese che versano in situazioni di difficoltà transitoria mutando i crediti vantati verso di esse in capitale di rischio, a patto che ciò avvenga nell'ambito di un disegno di risanamento delineato in un piano di norma predisposto dalle banche creditrici ed approvato dai consigli di amministrazione delle stesse¹³⁴. Pertanto, elemento imprescindibile per la possibilità delle banche di operare in questo modo, risulta essere una situazione debitoria tale da consentire all'impresa industriale partecipata una profittabilità futura e la possibilità per la banca partecipante di sviluppare un rapporto di prestazione di servizi nei suoi confronti.

Per quanto concerne le modalità operative, il D.M. Tesoro 22 giugno 1993 n. 242631 impone che le acquisizioni di tali partecipazioni possano essere acquisite a condizione che *"siano assistite da particolari cautele prevedendo procedure che possano dar luogo anche a verifiche specifiche"*. Nello specifico, tale prescrizione si concretizza con la designazione da parte del *pool* di banche creditrici di una "capofila", individuata tra esse, a cui viene attribuito il ruolo di verifica dell'approvazione del piano medesimo da parte di consigli di amministrazione delle componenti, la trasmissione del piano approvato alla Banca d'Italia ed infine il controllo sulla corretta esecuzione del piano e sul conseguimento degli obiettivi intermedi e finali, comunicando alla Banca d'Italia gli eventuali scostamenti da essi.

133 Su tutti POPOLI-TOLINO, *Banca e Industria*, in *Il governo delle banche in Italia: il commento al testo unico bancario e alla normativa collegata*, a cura di RAZZANTE e LACAITA, Torino, 2006, 153; BRESCIA MORRA-MORERA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in *Trattato dir. civ. Cons. Naz. Not.*, diretto da PERLINGIERI, V, 11, Napoli, 2006, 278 e ss.

134 Tale aspetto viene ribadito, in consonanza con l'articolo 67, comma 3, lettera d), dal D.M. Tesoro 22 giugno 1993 n. 242631 che stabilisce espressamente al § 4, comma 4, secondo periodo, che *"interventi partecipativi in imprese in difficoltà transitorie possono essere effettuati purché nell'ambito di piani che ne prevedano il riequilibrio economico e finanziario"*.

Come noto, ad operazioni di questo tipo si applicano le limitazioni previste in generale alle partecipazioni nelle imprese industriali, individuabili nei limiti "complessivo", "di concentrazione" e di "separatezza"¹³⁵. Laddove tali limiti, di cui deve essere previsto il rispetto nel piano di risanamento predisposto dalle banche, fossero travalicati, si configurerebbe una situazione tale da permettere alla Banca d'Italia una lecita ingerenza nella gestione, senza peraltro comportare l'invalidità del negozio.

Tutte queste modalità hanno un rilievo giuridico simile alla vera e propria concessione di credito, in quanto anche il mantenimento parziale dell'affidamento nei confronti dell'imprenditore in crisi contribuisce, seppur in misura inferiore, ad alleggerire la situazione di difficoltà e ad ingenerare nei terzi il convincimento che l'impresa sia meritevole di credito.

Tanto nel caso della concessione di nuova finanza, quanto in quello della rinuncia a parte dei crediti pregressi, l'istituto di credito sarà vincolato ad una valutazione sulla capacità di rimborso dell'imprenditore, compiuta in base ai dati e agli elementi in possesso della banca in quel momento. La valutazione deve essere effettuata *ex ante* ed avere ad oggetto l'idoneità del piano predisposto al conseguimento dell'obiettivo di risanamento¹³⁶.

Un aspetto che merita di essere sottolineato è la portata del giudizio valutativo, in quanto al fine di scongiurare la configurazione della più volte ricordata concessione abusiva del credito, sarà necessario che esso si estenda non soltanto ai presupposti per la concessione del credito, ma anche alla sussistenza di condizioni che permettano il mantenimento dello stesso¹³⁷. Ben si comprende come, in tali casi, le capacità soggettive di analisi tecnica della banca nonché le regole oggettive dell'attività bancaria costituiscano il metro della responsabilità dell'istituto. Negli accordi di ristrutturazione è necessaria l'attestazione di un professionista in merito all'attuabilità dell'accordo, con particolare

135 In argomento, CALANDRA BUONAURA-PERASSI-SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Trattato dir. comm.*, diretto da COTTINO, III, Padova, 2001, 140 e ss.; SALERNO, *Il principio di separatezza banca-industria e la concorrenza tra ordinamenti giuridici*, in *Dir. banc.*, 2006, I, 636 e ss.; BOGGIO, *La partecipazione delle banche nelle imprese industriali: il "tramonto" del principio di separatezza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, 30 e ss.; CAPRIGLIONE, *Evoluzione del rapporto finanza-industria: dalla legge bancaria del 1936 al decreto legislativo 385/93*, in *Studi sulla nuova legge bancaria* a cura di MEZZACAPO, Roma, 1994.

136 FERRO, *Piano attestato di risanamento*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di FERRO, I, Padova, 2005, 548.

137 ESPOSITO, *L'azione risarcitoria "di massa" per "concessione abusiva di credito"*, in *Fallimento*, 2005, 862; VISCUSI, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, 664.

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 fronte di un'attestazione positiva del professionista, debba comunque procedere alla verifica della fondatezza dell'attestazione medesima (sul punto vedi capitolo II, paragrafo 4).

La *ratio* delle norme e dei principi che assistono la concessione del credito, appena passate in rassegna, è da individuarsi nell'essenza stessa dell'attività bancaria, la quale presuppone alla concessione del credito la raccolta del risparmio. In virtù di ciò, intanto la banca potrà erogare credito, in quanto sarà successivamente in grado di restituire il risparmio, ed è evidente che tale cerchio potrà chiudersi correttamente, come ribadito in dottrina e in giurisprudenza¹³⁸, soltanto laddove l'attività di questo soggetto sia improntata alla "sana e corretta gestione" e alle regole di correttezza alla base dell'attività del buon banchiere.

7. Comparazione con i principali sistemi giuridici stranieri

La finalità di salvaguardia della continuità dell'esercizio dell'impresa, ossia la finalità riconosciuta come principale degli accordi di ristrutturazione nella disciplina italiana, ha trovato riscontro anche in numerose soluzioni positive individuate dai legislatori di esperienze giuridiche straniere.

Il peso che rispettivamente detengono la componente giudiziale e quella stragiudiziale nelle suddette esperienze variano da ordinamento ad ordinamento. A fronte di una generale, e più o meno marcata tendenza a ricondurre sotto il controllo del giudice statale la conclusione di accordi tesi a scongiurare la crisi d'impresa, non mancano tentativi di ottenere il medesimo risultato su di un campo *in toto* privatistico.

Comune denominatore delle eterogenee soluzioni nazionali, oltre alla generalizzata

138 CAPOLINI, *Rapporti tra banca e impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, in *Fallimento*, 1997, 875e ss.; FRANCHI, *Responsabilità della banca per concessione abusiva del credito*, in *Fallimento*, 2005, 154; MORERA, *Il fido bancario. Profili giuridici*, Milano, 1998, 164 e ss.; MORERA - NUZZO, *La nuova di china dell'impresa bancaria*, Milano, 1996, 2, 86.; in giurisprudenza, tra le altre, si ricordano Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1189; Cass., 8 gennaio 1997, n. 72, in *Banca, borsa, titoli credito*, 1997, II, 653 e ss.

tensione ad evitare la disgregazione dell'impresa e la sua uscita dal mercato, è stata la mancata previsione di interventi di sostegno da parte dello Stato mediante il ricorso al denaro pubblico¹³⁹.

Alcune delle soluzioni più interessanti in materia sono state individuate nell'ambito dell'ordinamento britannico.

Nel Regno Unito, infatti, sono previste soluzioni per la gestione dello stato di crisi dell'impresa particolarmente evolute dal punto di vista tecnico, tenuto conto dello specifico tessuto economico e delle caratteristiche proprie che la concessione del credito ivi presenta.

La disciplina dell'insolvenza è contenuta nell'*Insolvency Act* del 1985 e 1986, e nell'*Enterprise Act* del 2002, entrato in vigore l'1 aprile 2004. Tra le procedure che destano maggior interesse abbiamo in primo luogo i cosiddetti *Arrangements*, regolati precedentemente dalle *Sections 425-430* del *Companies Act 1985* (l'*Individual Voluntary Arrangement*) e dalle *Sections 1-7b* dell'*Insolvency Act 1986* (il *Company Voluntary Arrangement*). Attualmente lo *Scheme of Arrangements*, è regolato dal nuovo *Companies Act 2006*, §§895 e ss., il quale offre al debitore due alternative: la prima caratterizzata da una forma di accordo tra società, suoi soci e creditori sociali, che gli consenta di mantenere la gestione dei propri beni (*Individual Voluntary Arrangement*¹⁴⁰), la seconda che gli permetta di ricorrere ad una procedura di liquidazione, o *bankruptcy*¹⁴¹.

Di particolare rilevanza appaiono inoltre, la *Administration procedure*, e la *Administrative receivership procedure*, che rappresentano ipotesi particolari di *Administration*.

L'*Administrative receivership procedure*, contenuto nella parte III dell'*Insolvency Act*, e considerato il procedimento più diffuso fino a qualche tempo fa, si basa su un meccanismo di nomina da parte di creditori privilegiati - denominati *charge holders* perchè detentori della cosiddetta *floating charge*, un particolare tipo di garanzia su beni o attività

139 CANDELARIO MACÌAS ISABEL, *L'armonizzazione del diritto concorsuale nell'ambito dell'UE*, in *Dir. fall.*, 1999, I, 358 e ss; RAGUSA MAGGIORE E TORTORICI (a cura di), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali in Italia e in Europa. Prospettive di riforma*, Padova, 2002.

140 WILKINSON-COHEN-SUTHERLAND, *Creditors' schemes of arrangement and company voluntary arrangements*, in *Insolvency law: theory and practice*, London, 1993, 330.

141 CORNELLI-FELLI, *Efficiency of bankruptcy procedures*, in *Temi di discussione, Servizio studi della Banca d'Italia*, n. 245, 1994, 22., WALTERS, *Personal Insolvency after Enterprise Act*, in "Company Law", 2004, 6.

suscettibili di mutamento come ad esempio il magazzino - di un *Administrative receiver*, iscritto all'albo degli *Insolvency Practicioners*, il quale provvede ad adottare le decisioni necessarie per il salvataggio dell'impresa, tenendo conto degli interessi dei *charge holders*. D'altro canto, i creditori sprovvisti di tale garanzia, possono nominare un commissario liquidatore, non potendo esigere i loro crediti individualmente¹⁴².

Senza dubbio più elastiche appaiono le caratteristiche dell'*Administrative procedure*, disciplinata nella parte II dell'atto sopra citato, in quanto la nomina dell'*Administrator* può in questo caso essere finalizzata a scopi tra loro assolutamente eterogenei, come il risanamento dell'impresa, la composizione concordata dell'insolvenza, o addirittura la liquidazione dell'impresa.

Tutte le procedure appena passate in rassegna, caratterizzate da un ruolo più o meno marcato del potere giudiziario, si connotano per il fatto di applicarsi a situazioni in cui l'indebitamento dell'impresa appare talmente ingente da non potersi prescindere dall'apporto dei creditori commerciali. In situazioni del genere però va segnalata una marcata ritrosia degli stessi creditori commerciali, o *trade creditors*, ad impegnarsi, a causa delle minori informazioni di cui dispongono, di un minor interesse alla riservatezza o di una ridotta attitudine alla stipulazione di accordi privatistici con il debitore in crisi, fondata sulla consapevolezza di non disporre di un'organizzazione aziendale sufficientemente attrezzata a negoziare un *workout agreement*¹⁴³.

Nel caso in cui la compagine creditoria sia in prevalenza composta da istituti bancari, ha luogo l'unico vero meccanismo completamente stragiudiziale dell'ordinamento britannico: il *London Approach*¹⁴⁴.

Il *London Approach*, a cui è stata data consacrazione formale nel 1989, in realtà affonda le sue radici in una prassi risalente agli anni 70, e si sostanzia in un insieme di regole e principi generali fondati sul "consenso, la persuasione e la collegialità dell'azione delle banche al fine di contemperare gli interessi dei differenti creditori con quelli

142 FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, 12.

143 FINCH, *Company insolvency Law*, Cambridge, 2002, 223.

144 BRITISH BANKER'S ASSOCIATION, *Description of the London Approach*, London, 1996; KENT, *The London Approach*, in *Journ. Int. bank. law*, 1993, 81 e ss., FLOOD, *Corporate recovery: the London Approach*, in *Ins. Law pract.*, 1995, 82.

dell'impresa in difficoltà”¹⁴⁵.

Dal punto di vista operativo si tratta di una sorta di codice di comportamento accettato da tutto il sistema bancario, che stabilisce alcune linee guida in materia di operazioni di *turn around*. Tra queste, il principio che la continuazione dell'attività di impresa va supportata solo quando si ritiene che il valore dell'impresa all'esito del risanamento sia superiore a quello ricavabile dalla liquidazione¹⁴⁶. Inoltre, importanti aspetti dell'intervento delle banche sono rappresentati dagli impegni che generalmente vengono dalle stesse assunti, come l'impegno al mantenimento delle linee di credito per tutto il periodo necessario alla predisposizione del piano, nonché l'impegno a ricercare una posizione comune sulla valutazione del piano e sull'erogazione della nuova finanza, scambiandosi le informazioni disponibili e riconoscendo il principio che eventuali sacrifici economici devono essere ripartiti secondo il criterio della proporzionalità e parità di trattamento dei partecipanti al salvataggio. Di norma le banche, guidate da una di esse che conduce nell'interesse delle altre la trattativa col debitore e monitora la situazione aziendale sia prima che durante l'accordo, si ripartiscono tra di loro i costi della negoziazione¹⁴⁷, che, in non pochi casi presentano un ammontare complessivo talmente elevato da compromettere il ricorso a questa soluzione. Nell'ambito del *London Approach*, un ruolo fondamentale è ricoperto dalla stessa *Bank of England*, la quale mediante un'opera di *moral suasion*, tenta di convincere, laddove se ne presenti la circostanza, la sola o le sole banche che appaiono restie ad avventurarsi in questa operazione di risanamento.

Conformemente alla sua natura privatistica e stragiudiziale, il *London Approach* viene regolato dal diritto comune e dalla libertà contrattuale, *freedom of contract*, e conseguentemente incontra il limite del principio di relatività degli effetti del contratto non potendo vincolare i creditori non aderenti alla stipulazione dell'accordo di risanamento.

L'influsso di questo istituto è apparso determinante sul nostro sistema bancario nazionale, il quale con l'adozione da parte dell'ABI nel 2000 del “*Codice di comportamento per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare la crisi*

145 Nel senso della non vincolatività delle *guidelines* contenute nel *paper* intitolato “*The provision of financial support for companies with liquidity problems*” diffuso dalla *Bank of England*, si veda WOOD, *Principles of international insolvency*, London, 1995, 318.

146 GROSSI, *Le soluzioni concordate della crisi*, intervento nell'ambito del XXXIII Convegno ANDAF, 19-22 novembre 2008.

147 HAUGEN-SENBET, *Bankruptcy and agency costs*, in *Journ. fin. quant. Analysis*, 1988, 27 e ss.

d'impresa", ha assorbito la filosofia di fondo sottesa allo strumento britannico, con qualche piccola variazione tecnica.

Rimanendo nell'ambito degli ordinamenti di *common law*, non si può non volgere lo sguardo al sistema statunitense, ove sono previste soluzioni stragiudiziali innovative e rilevanti, anche dal punto di vista dell'influenza giuridica su ordinamenti concorrenti.

In primo luogo, vengono in considerazione i cosiddetti *workout agreements*, definiti dalla dottrina¹⁴⁸ come "un accordo tra il debitore in crisi e i suoi creditori, volto a modificare le obbligazioni esistenti, in modo tale da permettere al debitore di continuare l'esercizio dell'impresa, evitando di richiedere il proprio fallimento".

Come nel corrispondente strumento britannico, i *workouts* statunitensi hanno la loro fonte nell'autonomia contrattuale e sono regolati dalla diritto comune, con la connessa applicabilità del principio di relatività degli effetti del contratto.

Nell'ambito di questi, è prevista la costituzione di un comitato di creditori che verifica le informazioni comunicate dal debitore e negozia il contenuto dell'*agreement*, non prima di aver raccolto le accettazioni di ciascun creditore. L'*agreement* prevede di norma il pagamento integrale di determinate classi di creditori e l'impegno, da parte dei creditori aderenti, all'accettazione della postergazione del proprio credito rispetto ai nuovi crediti che verranno ad esistenza a seguito della prosecuzione dell'attività¹⁴⁹.

Da un punto di vista comparatistico, lo strumento in questione presenta delle caratteristiche assolutamente differenti rispetto a quelle delle procedure d'insolvenza italiane.

I *workouts*, infatti, denotano una *ratio* e delle modalità applicative impensabili per l'impostazione di gran parte degli ordinamenti europei, almeno sino a pochi anni fa. Spesso vengono stipulati in un'ottica esclusivamente preventiva rispetto ad uno stato di insolvenza, o più generalmente di crisi, che in realtà al momento della conclusione non si è minimamente palesato.

Nella maggior parte dei casi, quando vengono utilizzati anticipatamente rispetto alla possibile insorgenza di situazioni "a rischio", prevedono che, laddove esse

148 MENDALES, *We can work it out: the interaction of bankruptcy and Securities regulation in the workout context*, in *Rutger Law review*, 1994, 1213; in senso conforme FEDERICO, *How an insolvent business may avoid Bankruptcy Court (and State Court too)*, in *Tennessee bar journal*, 1999, Mar., 22.

149 POSCOVER, *The business in trouble. A workout without bankruptcy*, in *Bus. Law*, 1984, 660.

effettivamente si verificano, determinati crediti possano automaticamente essere trasformati in capitale di rischio¹⁵⁰. Il fondamento teorico di tale meccanismo va individuato in un'ottica di garanzia del creditore. Supponendo che il debitore insolvente, in circostanze di questo tipo, opterebbe con minor oculatezza a favore di investimenti ad alto rischio e a maggior possibile redditività, viene riconosciuta al creditore la possibilità di avvalersi della facoltà di determinare la conversione di una parte del capitale di credito in capitale di rischio¹⁵¹.

Ipotesi non infrequente è rappresentata dalla domanda da parte del debitore di ammissione alla procedura di *reorganization*, successivamente alla stipulazione del *workout agreement*. Tale fenomeno può essere facilmente compreso, tenendo conto del fatto che l'*agreement*, pur richiedendo spirito di cooperazione da parte di tutti i creditori aderenti o non aderenti, in realtà non dispone degli stessi mezzi di tutela e garanzia accordati al debitore nell'ambito della ben più nota procedura di *reorganization*.

La riorganizzazione a norma del *Chapter 11* dello *U.S.C.*, infatti, presenta per il debitore delle garanzie non indifferenti: il cosiddetto *stay*, e la liberazione dai *lease* in corso. Lo *stay*, previsto dalla *Section 362* dello *U.S.C.*, consiste nel divieto automatico imposto ai creditori del soggetto che abbia richiesto l'accesso alla procedura di *reorganization* di soddisfarsi al di fuori del concorso. Inoltre, la *Section 365*, prevede a differenza del *workout agreement*, la facoltà del debitore di sciogliersi da una parte rilevante dei contratti pendenti, o *lease*¹⁵².

Occorre poi fare un cenno ai cosiddetti *prepetition agreements*.

Come indica il nome stesso, si tratta di accordi precedenti la richiesta, o per l'appunto *petition*, di ammissione alla *reorganization* regolata dal *Chapter 11 U.S.C.*, che vengono conclusi in funzione del successivo accesso ad essa¹⁵³. La *ratio* di tali patti è

150 AA VV, *Distress-Contingent Convertible Bonds: a proposed solution to the excess debt problem*, in *Harv. law rev.*, 1991, 1857 e ss.; BRADLEY-ROSENZWEIG, *The untenable case for chapter 11*, in *Yale law journ.*, 1992, 1078 e ss.; Nel senso contrario, tenendo gli effetti virtuosi che può spiegare sulla vitalità dell'impresa una maggior quota di capitale di debito rispetto al capitale di rischio, ADLER, *Accelerated resolution of financial distress*, in *Walsh. U. law quart.*, 1998, 1170 e ss.

151 BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007, 35.

152 TRACTENBERG, *Saving the mailing franchisor: workouts and bankruptcies*, in *Franchise law journal*, 1992, 86; DUBERSTEIN, *Out-of-Courts Workouts*, in *Am. bankr. inst. law rev.*, 1993, 352.

153 KIRSCHNER, *Prepackaged bankruptcy plans: the deleveraging tool of the '90s in the wake of OID and tax concerns*, in *Seton law rev.*, 1991, 660. Parte della dottrina segnala anche come sia possibile

quella di garantirsi il consenso dei maggiori creditori al piano di salvataggio e conseguentemente il raggiungimento dell'approvazione del piano stesso, che deve avvenire a maggioranza così come previsto dal *Chapter 11*, stante la vincolatività dell'accettazione o del rigetto della proposta di accordo precedentemente prestati dagli stessi. In questa maniera sarà possibile instaurare delle trattative, spesso complesse, semplificando la negoziazione ed abbattendo i costi di solito necessari all'approvazione di un *reorganization plan*.

L'ottica in cui si pone il legislatore è quella di una valorizzazione dell'autonomia privata non controbilanciata però da una perdita di garanzie in capo alla compagine creditoria. Lo strumento in questione infatti, se da un lato permette la conclusione di accordi di favore a beneficio di alcuni creditori con la dovuta ponderatezza, approfondimento e riservatezza, lontano dall'ingerenza dell'autorità giudiziaria e degli altri creditori, dall'altro prevede un controllo successivo della *Bankruptcy Court*, la quale soltanto una volta assodata la buona fede, o *good faith*, del debitore nella conduzione delle trattative, concederà la *confirmation* all'operazione. Nel caso contrario di *bad faith*, il debitore sarà sottoposto senza possibilità d'appello alla procedura fallimentare.

Nell'ambito degli ordinamenti di *civil law*, peculiare e degno di alcune considerazioni appare il sistema tedesco.

Nel 1994 si è effettuata in Germania una radicale riforma della legislazione concorsuale - con l'abrogazione della vecchia *Konkursordnung* del 1877, che prevedeva l'alternativa fra fallimento e concordato preventivo - e l'introduzione dell'*Insolvenzordnung*, che sostituisce ad essi un unico strumento connotato da un'impronta giudiziale ma al contempo caratterizzato da una singolare duttilità: l'*Insolvenzplan*¹⁵⁴.

Tale piano di insolvenza, che può inserirsi in qualsiasi momento della procedura e può avere un contenuto determinato anche unilateralmente sia dal debitore che dai creditori che dallo stesso curatore¹⁵⁵, si presta al raggiungimento di vari obiettivi, che vanno dal

addivenire allo stesso risultato mediante la previsione di un'apposita clausola di risoluzione dei *workout agreements* in caso di *reorganization petition*: GOLDBERG, *Enforceability of prebankruptcy agreements regarding the automatic stay*, in *Banking law journ.*, 1994, 202.

154 GUGLIELMUCCI, *Il diritto concorsuale tedesco tra risanamento di liquidazione*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, 155.

155 § 218 *InsO*.

risanamento delle imprese in crisi alla liquidazione delle stesse¹⁵⁶. Va puntualizzato, peraltro, che laddove l'iniziativa non spetti al debitore, questi potrà opporvisi esclusivamente se dal piano possa derivargli un pregiudizio; nel caso l'accordo, proposto dal debitore ai creditori, preveda la continuazione dell'attività d'impresa ed il rientro dalle linee di credito mediante utili, il debitore sarà tenuto a stilare un rendiconto della situazione patrimoniale, un rendiconto previsionale ed un piano finanziario che dimostri la possibilità di creare una liquidità tale da evitare una situazione di insolvenza¹⁵⁷.

Questa procedura pur essendo ricondotta al di sotto del controllo e del sindacato giurisdizionale in ogni singolo passaggio, è volta a contemperare gli interessi di tutti i partecipanti¹⁵⁸. A riprova di tale ultimo assunto, deve essere ribadito che intanto avrà luogo il sindacato giudiziale sul contenuto della proposta, in quanto non vi sia il consenso del debitore e della maggioranza di tutte le diverse categorie di creditori o vi sia l'opposizione individuale di ciascuno di questi ultimi. Infatti, laddove non si registrino pareri discordanti tra le parti del *plan*, l'intervento del giudice non avrà luogo. Inoltre sarà sempre demandato al giudice il sindacato su ogni decisione fondamentale inerente il piano e l'eventuale rifiuto dell'omologazione, laddove si accerti una violazione delle disposizioni a tutela del creditore o della maggioranza¹⁵⁹.

Passando rapidamente in rassegna quelle che sono le ulteriori caratteristiche dell'*Insolvenzplan*, va in primo luogo ricordato che per l'approvazione del piano occorre la maggioranza dei creditori. Inoltre è ammessa la possibilità di attuare una divisione dei creditori in classi e, conseguentemente, di introdurre un diverso trattamento nell'ambito della categoria dei creditori chirografari, offrendo ad esempio percentuali differenziate¹⁶⁰.

Tale procedimento, in conclusione, appare caratterizzato da una ampiezza dell'autonomia privata straordinariamente marcata dal punto di vista delle *chances* riconosciute ai creditori in termini di disposizione dei propri diritti; tuttavia vengono privati di qualsivoglia rilevanza accordi funzionali al risanamento dell'impresa compiuti al

156 In senso contrario rispetto alla possibilità che l'*Insolvenzplan* conduca ad un risanamento dell'impresa OBERMÜLLER, *Esperienze di riforma in Germania*, in *La legislazione concorsuale in Europa*, a cura di BONFATTI e FALCONE, Milano, 2004, 182.

157 BRAUN, §229, *Insolvenzordnung. Kommentar*, a cura di BRAUN, Munich, 2002, 975 e ss.

158 A titolo esemplificativo, basti pensare al ruolo ricoperto dalla cd. *Mitbestimmung* nell'ambito del sistema di amministrazione dualistico puro.

159 Cfr §§ 247 e 251 *InsO*.

160 GUGLIELMUCCI, *La predisposizione e il vaglio del piano di risanamento*, in *Fallimento*, 1999, 712.

di fuori della procedura di insolvenza, e sostanzialmente anteriori all'"ingresso in scena" del potere giudiziario.

Proseguendo la disamina dei maggiori ordinamenti di *civil law*, si approda all'analisi delle soluzioni per la gestione della crisi ideate nell'ambito del diritto francese¹⁶¹.

Preso atto della ormai sostanziale caduta in desuetudine dei *Concordats amiable*, a seguito dell'introduzione con la l. n. 48-148 del 1984 del *Règlement amiable des difficultés des entreprises* e del *Redressement judiciaire des entreprises* ad opera della l. n. 85-98 del 1985, l'attenzione va concentrata sulle novità introdotte dalla recente riforma del 2005.

La riforma del diritto fallimentare francese varata a metà degli anni 80 aveva fissato tre capisaldi, accentuando il sistema della prevenzione, valorizzando il *règlement amiable*¹⁶² e conferendo una maggiore considerazione ai creditori privilegiati e chirografari mediante il *redressement judiciaire*¹⁶³. Questo primo intervento innovativo non ha subito sostanziali modifiche ad opera della riforma del 1994, nell'ambito della quale è stata conferita una maggiore effettività alle cosiddette misure di allerta permettendo, mediante le segnalazioni di possibili stati critici di insolvenza da parte dei *commissaires aux comptes*, un tempestivo intervento del Tribunale di commercio o del Tribunale di grande istanza, a cui è stato anche implementato il potere investigativo¹⁶⁴ e d'iniziativa autonoma.

Con la *Loi de sauvegarde des entreprises* del 26 luglio 2005 n. 2005-845 viene accantonato anche il *règlement amiable*, sostituito da due procedure di carattere preventivo: la *conciliation*, e la *sauvegarde*¹⁶⁵.

Prima facie, le procedure sembrerebbero tra loro fungibili¹⁶⁶, dal momento che a norma dell'art. 611-4 *cod. comm.* la *conciliation* sarebbe utilizzabile per il debitore in

161 GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in *Dir. Fall.*, 2008, I, 258.

162 GUYON, *Droit des affaires Entreprises en difficulté Redressement judiciaire. Faillite*, Paris, 2003, 104; REINS, *Rapport*, in *La prevention des défaillances des entreprises*, in *Rev. jur. comm.*, 2003, 28.

163 IORIO, *La nuova legge francese sull'insolvenza: ça ira, ça ira, ça ira, les créanciers on les pendra!*, in *Giur. Comm.*, 1986, I, 625; MARINONI, *Redressement judiciaire des entreprises*, Milano, 1989, 10 e ss.

164 RANGONI, *La prévention des difficultés des entreprises nella legge francese di riforma n. 475 e il 10 giugno 1994*, in *Dir. fall.*, 1996, I, 269 e ss.

165 AMBROSINI, *il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Tratt. Dir. comm.*, diretto da COTTINO, Padova, 2008; CHEMOULI, *La réforme du droit de la faillite en France pour le sauvegarde des entreprises*, in *Jur. int.*, 2005, numero 4, 39 e ss; JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2006, 11; FABBRINI, *Una prima analisi della imminente riforma del diritto fallimentare francese*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 1188 e ss.

166 BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007, 54.

"difficoltà giuridica, economica o finanziaria, attuale o potenziale, e non (...) di cessazione dei pagamenti da più di quarantacinque giorni", e la *sauegarde* sarebbe utilizzabile dal debitore in "difficoltà, che non riesce a superare, di natura tale da condurre alla cessazione dei pagamenti" a norma dell'art. 620-1 *cod.comm.*; in realtà si tratta di strumenti idonei ad essere utilizzati in situazioni differenti¹⁶⁷.

Nella *conciliation*, il debitore in difficoltà economiche o in stato di cessazione dei pagamenti da non più di quarantacinque giorni può tentare la composizione amichevole dello stato di difficoltà direttamente con i propri creditori, sotto il controllo del tribunale. Carattere peculiare di tale procedura è senza dubbio la riservatezza¹⁶⁸ e la sostanziale corrispondenza con la struttura del *concordat amiable* - caratterizzandosi come un accordo o una serie di accordi tra il debitore in crisi ed i suoi creditori - con la differenza rispetto a quest'ultimo, che alla sua conclusione si può giungere anche a seguito di una iniziativa del giudice. L'intervento giudiziale diventa, diversamente da quello facoltativo sull'iniziativa, doveroso nel momento in cui a seguito dell'istanza presentata dal debitore, si debba nominare un *conciliateur*, che ha a disposizione quattro mesi per tentare una mediazione tra le parti coinvolte, facilitandone il dialogo, generalmente senza poter esprimere un parere o un giudizio in merito alle possibili intese discusse.

I contenuti dell'accordo possono essere liberamente determinati, soggiacendo alla disciplina del diritto comune dei contratti¹⁶⁹, e non richiedono il consenso di tutti i creditori, dal momento che appare sufficiente quello di coloro i quali, con il proprio contributo in termini di apporto di capitale, dilazioni, rinunzie, linee di credito e prestazioni di attività lavorativa, consentono il superamento della situazione di difficoltà¹⁷⁰.

L' art. 611-8 fissa come condizioni per l'omologazione dell'accordo stesso, il fatto che il debitore non sia (più) in stato di cessazione dei pagamenti, che il contenuto dell'accordo garantisca la stabile continuazione dell'attività d'impresa e che non pregiudichi i creditori non firmatari. L'omologazione dell'accordo comporta l'esenzione dall'azione

167 FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, 15.

168 MACORIG-VENIER, *Loi n. 2005-845 du 26 juillet 2005*, in *Rev. trim. dr. comm. econ.*, 2005, 837.

169 JEANTIN-LE CANNU, *Droit Commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*, Paris, 2003, 333.

170 Già precedentemente alla riforma del 2005 era stato individuato tale requisito, in proposito si vedano Cass. com., 8 luglio 2003, in *J.C.P. éd E.*, 2003, 1413; Cass. Com., 14 maggio 2002, in *J.C.P. éd E.*, 2002, 1380.

revocatoria per gli atti compiuti in esecuzione dello stesso, ed anche il privilegio della cosiddetta nuova finanza. In caso di mancata omologazione la procedura si estingue automaticamente.

L'altra procedura introdotta nel 2005 è la *sauvegarde*, alla quale è riconosciuto il ruolo di asse portante del nuovo sistema concorsuale al punto da ispirare il nome della legge stessa. Tratto preponderante di questa seconda procedura è la differente finalità perseguita: la *sauvegarde*, infatti, mira non tanto alla risanamento vero e proprio quanto alla riorganizzazione e conseguentemente alla prosecuzione dell'attività economica, al mantenimento dei posti di lavoro e alla regolazione del passivo. Rispetto alla *conciliation*, può ricondursi a pieno titolo tra gli strumenti di carattere essenzialmente giudiziale e pubblicistico.

La legittimazione attiva a presentare la richiesta di accesso a questa procedura è riconosciuta solo al debitore e non invece ai creditori né al *Minister Public*.

L'apertura della procedura consente di norma la sospensione delle azioni esecutive individuali, il blocco del corso degli interessi e l'impossibilità di acquisire nuovi titoli di prelazione sui beni aziendali. Dopo un periodo iniziale di osservazione di circa sei mesi e la redazione dell'inventario, il debitore dovrà, nel termine fissato dal tribunale a pena di chiusura della procedura, presentare un *plan de sauvegard*, da sottoporre a due comitati di creditori costituiti l'uno da istituti di credito, l'altro dai principali fornitori. Tale *plan* si considera approvato, previo parere del *mandataire judiciaire* e del *comité d'entreprise*, laddove raggiunga i 2/3 dei crediti complessivi ed il 50% degli aventi diritto al voto; a seguito di tale approvazione il tribunale procede all'omologazione¹⁷¹.

Infine occorre considerare il sistema giuridico spagnolo.

Il legislatore spagnolo ha evitato di predisporre istituti e strumenti di prevenzione della crisi d'impresa, nonché meccanismi "d'allarme". Vi è un procedimento unitario che si apre sul presupposto dell'insolvenza o del pericolo di insolvenza, intesa come concetto giuridico oggettivamente determinato, non attribuendo rilevanza alcuna al concetto di "crisi di impresa", valutato come giuridicamente poco determinato¹⁷².

171 PÉTEL, *Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, in *J.C.P. éd E.*, 2005, 1731 e ss.

172 MARIA ISABEL ÀLVAREZ VEGA, *funzione conservativa del "concurso de acreedores" nella riforma del diritto fallimentare spagnolo*, in *Dir. fall.*, 2004, 760 e ss.; MARIA JESÙS PEÑAS MOJANO, *El derecho concursal español. La ley concursal de 9 de julio de 2003*, in *Dir. fall.*, 781 e ss.

Il sistema spagnolo presenta alcune similitudini con l'ordinamento francese. La costituzione di un tribunale specializzato, il *Tribunal special (Juzgado de lo Mercantil)*, e la creazione di un organo misto (*administraciòn concursal*) composto da un revisore contabile, da un avvocato di pluriennale esperienza ed da un creditore chirografario o con privilegio generale non garantito, infatti, riportano ai "*Consolati del mare*", noti anche nell'esperienza francese.

Analizzando più nel dettaglio l'ordinamento iberico, l'elemento che anzitutto va sottolineato è l'unificazione, per mezzo della "*Ley 22/2003 de 9 de julio, concorsuale*"¹⁷³, dell'intera materia concorsuale e fallimentare, precedentemente disciplinata in maniera frammentaria tra il titolo XVII del libro IV del *Còdigo Civil* del 1889, il libro IV del *Còdigo de Comercio* del 1885 e la "*Ley de suspension de pagos*" del 26 luglio 1922.

Prima all'intervento del 2003, i procedimenti concorsuali si dividevano in "*quiebra*", ovvero la procedura di liquidazione del patrimonio; "*suspension de pagos*", ovvero la procedura conservativa, entrambe riservate agli imprenditori commerciali; "*concurso de acreedores*" e la "*quita y espera*", riservati alle persone fisiche¹⁷⁴.

Nel 2003, sono state abrogate le differenti tipologie di procedure, prevedendo l'unico procedimento del "*Concurso*", che si applica in caso di insolvenza, tanto all'imprenditore e all'impresa quanto alla persona fisica, e che dopo lo svolgimento di una fase comune, può prevedere l'adozione tanto di soluzioni liquidatorie (artt. 142-162) quanto di soluzioni conservative (art. 92 e ss.). Il "*concurso*" può essere volontario, se si apre a richiesta del debitore, o necessario, se si apre su ricorso dei creditori. Come precedentemente accennato, il presupposto oggettivo di applicazione della legge spagnola va individuato esclusivamente nello stato di insolvenza, inteso come incapacità di adempiere, indipendentemente dalle cause che l'hanno prodotta. Nel caso in cui l'insolvenza sia attuale, il debitore è obbligato a richiedere l'apertura del procedimento, ma la legittimazione spetta anche ai creditori; nel caso di pericolo di insolvenza, o insolvenza imminente, è il solo debitore, in previsione dell'impossibilità di adempiere regolarmente e tempestivamente alle proprie obbligazioni, ad essere legittimato a richiedere l'apertura

173 Pubblicata sulla gazzetta ufficiale del Regno di Spagna (B.O.E.) n. 164, 10 luglio 2003, 26905-26.965.

174 CERDÀ ALBERO, SANCHO GARGALLO, *Quiembra y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, *Serviciones de Estudios Economicos de la Caixa*, Barcelona, 2001.

della procedura.

La finalità conservativa non è perseguita con la procedura del *concurso* ma con lo strumento del *convenio*, equiparabile al nostro concordato giudiziale; il debitore (con l'adesione dei creditori il cui credito superi la quinta parte del passivo dichiarato) può presentare la proposta durante la fase comune¹⁷⁵, o successivamente a detta fase.

La *ratio* di tale istituto è quella di garantire il miglior soddisfacimento dei creditori attraverso la parziale o integrale conservazione del complesso aziendale¹⁷⁶.

In verità, non possono non sottolinearsi le criticità di questo istituto, il quale sottoponendo l'accordo ad un marcato controllo giudiziale¹⁷⁷, ne pregiudica in misura rilevante l'autonomia di contenuto, limitando la libertà di determinazione dei privati. Anche se, infatti, il contenuto può essere particolarmente articolato e prevedere eterogenee soluzioni, tra loro alternative - come ad esempio la possibilità di alienazione di beni o rami d'azienda a patto che l'ente si impegni a garantire la continuità dell'attività - i paletti ed i limiti sono a volte particolarmente marcati¹⁷⁸.

In conclusione, occorre effettuare una riflessione sul cosiddetto *convenio extrajudicial*, assimilabile all'accordo stragiudiziale. Tale soluzione non è stata regolata nell'ambito della legislazione positiva spagnola. Un *gap* di questo tipo denota una mancanza di sensibilità per le esigenze di rapida, efficace ed efficiente soluzione di stati di crisi.

Tale ultima considerazione non può che condurre a trarre una conclusione di carattere generale che l'analisi giuridica comparata tra i maggiori sistemi sembra suggerire.

Fermo restando il carattere fortemente "interno" del diritto fallimentare, non si può prescindere dalla valutazione del contesto economico globale e dalla funzione che il diritto commerciale in genere dovrebbe rivestire in termini di abbattimento dei costi e delle diseconomie create dalla scarsa armonizzazione dei vari ordinamenti. Come osservato¹⁷⁹,

175 ZALABETA DIAZ, *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Cisar Menor, 2006, 137 e ss.

176 MONERCO PÉREZ, *La conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Valladolid, 2006, 39.

177 DIAZ MORENO-RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, *El nuevo derecho concursal español (y III): las soluciones del concurso: el convenio y la liquidación, y la conclusión del concurso*, in *Derecho Mercantil*, a cura di JIMÉNEZ SANCHEZ, Barcelona, 2003, 915 e ss.

178 FRASCAROLI SANTI, *La regolarità dei pagamenti come elemento integrante il concetto di insolvenza*, in *Revista de Derecho Concursal y Paracconcursal*, n. 7, 2007.

179 BOGGIO, *cit.*, 75-76; BENEDETTELLI, "Centro degli interessi principali" del debitore e forum

oggi non si può e non si deve prescindere dal peso che anche le procedure concorsuali, e più in generale la disciplina dell'insolvenza, possono avere sulla scelta del Paese in cui incardinare la propria stabile organizzazione economica. Pertanto, se pur la concorrenza tra gli ordinamenti stimola e spinge via via ad adottare soluzioni sempre più efficienti, sarebbe auspicabile un progresso tecnico giuridico più generalizzato, in modo tale da arginare quanto più possibile il fenomeno del *forum shopping*.

shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in *Riv.dir.int.priv.proc.* 2004, 511; BOGGIO, *Direzione e coordinamento di società, società "strumentali", sede legale, insolvenza e giurisdizione italiana alla luce del Regolamento CE 1346/2000*, in *Giur. it.*, 2005, 1206 nt. 51; l'esigenza di coordinamento al fine di evitare comportamenti opportunistici inaccettabili è normativamente prevista al *considerando 2* del Regolamento CE 22 maggio 2000, n. 1346.

Capitolo II

Disciplina positiva

Sommario

1. Presupposti per l'applicazione degli accordi di ristrutturazione – 1.1. L'imprenditore – 1.2. La crisi d'impresa – 1.3. L'adesione dei creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti. Il regolare pagamento dei creditori estranei – 2. La formazione dell'accordo. L'informativa – 3. La pubblicazione dell'accordo e il deposito degli atti in Tribunale – 4. La relazione del professionista – 5. Effetti dell'accordo nella fase antecedente all'omologazione - 5.1. Il divieto di azioni esecutive e cautelari dopo il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito in l. 122/2010 – 6. Il procedimento di omologa e le opposizioni. - 6.1. Il contenuto del giudizio omologatorio – 7. L'esecuzione degli accordi. L'inadempimento - 7.1. Modificabilità dell'accordo – 8. Il rapporto tra procedimento per omologa e procedimento per dichiarazione di fallimento – 9. Effetti dell'apertura del fallimento – 9.1. La revocatoria – 9.2. La prededucibilità dei crediti – 9.3. La prededucibilità per i finanziamenti bancari – 9.4. La prededucibilità per i finanziamenti dei soci – 9.5. La prededucibilità per il compenso del professionista attestatore – 10. Profili penalistici – 11. La transazione fiscale. Cenni - 12. Gli accordi di ristrutturazione e i gruppi di imprese - 12.1. Le società partecipanti all'accordo - 12.2. Le caratteristiche degli accordi di gruppo - 12.3. Il deposito degli accordi - 12.4. Il computo delle percentuali di adesione.

1. Presupposti per l'applicazione degli accordi di ristrutturazione

Occorre ora esaminare i presupposti oggettivi e soggettivi degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Questi sono delineati dall'art. 182-*bis* 1. fall., che attribuisce all'"*imprenditore in stato di crisi*" la facoltà di richiedere al Tribunale fallimentare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti.

Vediamo allora quali sono gli elementi caratterizzanti la fattispecie: l'imprenditore, lo stato di crisi, la percentuale del 60% dei crediti.

1.1. L'imprenditore

Nel testo originario dell'art. 182-*bis*¹⁸⁰ la facoltà di concludere un accordo di ristrutturazione era riconosciuta al "debitore", termine poi sostituito da quello di

180 Introdotta dalla l. 14 maggio 2005, n. 80.

"imprenditore in stato di crisi" dal decreto correttivo del 2007. Dunque, con la precisazione operata dal decreto correttivo, cade ogni dubbio sulla possibilità di riservare il ricorso agli accordi di ristrutturazione al debitore "civile"¹⁸¹.

Tuttavia il termine usato per gli accordi di ristrutturazione, quello generico di imprenditore, non chiarisce se il soggetto legittimato ad accedere alla procedura sia l'imprenditore soggetto a fallimento, ovvero qualsiasi tipo di imprenditore, dal momento che non tutti gli imprenditori commerciali sono soggetti a fallimento, ferma la distinzione in relazione alle soglie fissate dall'art. 1, comma secondo, l. fall..

L'espressione "imprenditore in stato di crisi" è la stessa usata dall'art. 160 l. fall.: questa identità del dato testuale può indurre a ritenere che il presupposto soggettivo sia lo stesso del concordato preventivo (e del fallimento), ossia l'essere il debitore un imprenditore commerciale non piccolo¹⁸². Anche il richiamo al deposito della documentazione di cui all'art. 161 l. fall. e il richiamo all'esenzione da revocatoria inducono a ritenere che la disciplina si applichi agli imprenditori commerciali soggetti a fallimento, con correlativa esclusione di professionisti intellettuali, imprenditori agricoli ed enti non commerciali.¹⁸³

Questo almeno era il quadro prima del d.l. 6 luglio 2011, n. 89, che estende

181 Tuttavia già prima della precisazione effettuata dal d.lgs. 169/2007, la giurisprudenza di merito (Trib. Bari 21 novembre 2005 in *Fallimento*, 2006, 169) aveva affermato che il presupposto soggettivo degli accordi di ristrutturazione era il medesimo del fallimento. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di AMBROSINI, Torino, 2006, 393 e GABRIELLI, *cit.*, 975 estendono la legittimazione anche all'imprenditore commerciale soggetto all'amministrazione straordinaria.

182 ZANICHELLI, *cit.*, 603; VALERIO, *cit.*, 669.

183 PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *cit.*, 130 ss; FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla reorganization*, in *Foro It.*, 2006, 264; NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2006, 29; ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 270, AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *cit.*, 164; GABRIELLI, *cit.*, 975. In giurisprudenza: Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, Trib. Milano, 23 gennaio 2007, e la sopra richiamata pronuncia del Trib. Bari, 21 novembre 2005, ove si afferma esplicitamente che il presupposto soggettivo è il medesimo del fallimento. Contra: D'AMBROSIO, *cit.*, 1806 che ritiene applicabile l'art. 182-bis all'imprenditore commerciale in quanto tale, travalicando quindi i limiti fissati dall'art. 1 l. fall.; BONFATTI(-)CENSONI, *cit.*, 554 ha posto dei dubbi sull'applicabilità della disciplina in esame all'imprenditore commerciale non piccolo di natura privata, sul presupposto che l'art. 1 della l. fall. attribuisce a tale soggetto in via espressa solo l'applicazione delle disposizioni concernenti il fallimento e il concordato preventivo, ma non quelle sugli accordi di ristrutturazione e i piani di risanamento. Tuttavia è lo stesso Autore ad osservare che se il principale effetto dell'accordo di ristrutturazione è quello dell'esenzione da revocatoria degli atti di disposizione del debitore, è impossibile utilizzarlo in situazioni in cui sia esclusa a priori l'azione revocatoria, per mancanza dei presupposti di assoggettabilità al fallimento del debitore.

all'imprenditore agricolo l'applicabilità degli accordi di ristrutturazione dei debiti e della transazione fiscale¹⁸⁴. Si segnala anche per completezza che il recentissimo d.l. 22 dicembre 2011, n. 212 estende alle persone fisiche l'applicabilità dell'istituto.

Altro aspetto che non viene chiarito dall'art. 182-*bis* è se si debba trattare di imprenditore iscritto nel registro delle imprese. Questa precisazione ha un'evidente ricaduta pratica, dal momento che, se fosse richiesta l'iscrizione, sarebbero escluse dall'applicazione della disciplina le società di fatto, che possono invece accedere al concordato preventivo. Sul punto è stato osservato¹⁸⁵ che si dovrebbe escludere l'obbligatorietà del requisito dell'iscrizione, dal momento che si creerebbe una immotivata discrepanza con la disciplina del concordato preventivo, nonostante l'identità del presupposto oggettivo nei due procedimenti. Tuttavia è stato altresì precisato¹⁸⁶ che la previsione legislativa della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese fa implicitamente ritenere necessario anche questo requisito e dunque crea la necessità di provvedervi, eventualmente anche d'ufficio *ex art. 2190 c.c.*¹⁸⁷.

Resta da sottolineare che il legislatore ha ommesso qualsiasi previsione relativa alla "meritevolezza" dell'imprenditore: non sono richiesti per accedere alla procedura di cui all'art. 182-*bis*, ad esempio, i requisiti della regolare tenuta delle scritture contabili, dell'assenza di condanne per bancarotta o delitti contro il patrimonio, o la preclusione costituita da una precedente procedura di fallimento o concordato preventivo.

La legittimazione a presentare l'accordo non è stata estesa a soggetti terzi, sul presupposto probabilmente che solo l'imprenditore può valutare con precisione la propria situazione economica, finanziaria e patrimoniale¹⁸⁸.

184 La norma, di recentissima introduzione, potrebbe anticipare una modifica di riconduzione a coerenza dell'intero sistema, posto che l'art. 1 l. fall., tuttora non annovera gli imprenditori agricoli tra le imprese soggette a fallimento e al concordato preventivo. In sede di primissimo commento occorre sottolineare almeno due aspetti: la norma da un lato non pone distinzioni quanto a consistenza patrimoniale e struttura organizzativa del richiedente; per altro verso evidenti problemi di coordinamento si pongono in relazione alla non iscrizione al registro ordinario delle imprese e alla differente regola di tenuta della contabilità che caratterizza l'imprenditore agricolo. Sul punto per un primo commento: FERRO, *La nuova legislazione sociale nelle procedure concorsuali: norme di settore e agevolazioni nella gestione della crisi*, in *Fallimento*, 2011, 909 ss.

185 FRASCAROLI-SANTI, *cit.*, 113.

186 NARDECCHIA, *cit.*, 29 ss.

187 FABIANI, *cit.*, 6 osserva che fissare come limite l'iscrizione nel registro delle imprese può fungere da stimolo per la regolarizzazione dell'attività, dal momento che la facoltà di fruire degli accordi è pur sempre un beneficio.

188 VALERIO, *cit.*, 670.

1.2. La crisi d'impresa

Il decreto correttivo del 2007 ha puntualizzato¹⁸⁹ che l'accordo di ristrutturazione può essere concluso dall'"imprenditore in stato di crisi"¹⁹⁰, ossia nella stessa situazione in cui potrebbe proporre una domanda di concordato preventivo¹⁹¹.

Il legislatore non fornisce però una definizione dello stato di crisi¹⁹². Vi è chi¹⁹³ propone di trarre la definizione dalla bozza di articolato di riforma delle procedure concorsuali predisposta dalla Commissione Trevisanato - secondo cui "*crisi indica la situazione patrimoniale, economica e finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza*" - integrata dal novellato art. 160 l. fall., co. 2¹⁹⁴, in base al quale "*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*"¹⁹⁵: non si esclude quindi che anche l'imprenditore in stato di insolvenza, ossia l'ultimo stato di degrado, consistente nella irreversibile incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, possa accedere agli accordi di ristrutturazione dei debiti¹⁹⁶.

Dunque l'accesso all'istituto verrebbe garantito tanto all'imprenditore in vero e

189 Sul dibattito che si era sviluppato in dottrina sul presupposto oggettivo degli accordi di ristrutturazione prima della precisazione effettuata dal correttivo circa lo stato di crisi si veda ampiamente VALERIO, *cit.*, 670 ss.

190 La dottrina aziendalista propone una serie di distinzioni sui fattori scatenanti della crisi, al fine di accertare se il malessere dell'impresa sia dovuto a fatti contingenti o al contrario a fatti durevoli. Sul punto CAPALDO, *Reddito, capitale e bilancio d'esercizio*, Milano, 1998, 102 ss. Sulla distinzione tra fattori endogeni della crisi, controllabili e modificabili dall'imprenditore e fattori esogeni, insensibili alla sua condotta, v. GARELLA, *Il concordato stragiudiziale*, Napoli, 2003, 10 ss; BOGGIO, *cit.*, 6 ss; CASELLI, *La crisi aziendale*, in *Trattato di diritto commerciale di diritto pubblico dell'economia*, 3, Padova, 1979, 624. Per un esame dei sintomi dello stato di crisi costituiti dalle tre tipologie di squilibrio i) finanziario, ii) patrimoniale, iii) economico si veda RACUGNO, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, in *Trattato di diritto fallimentare* diretto da BUONOCORE e BASSI, Padova, 2010, 480 ss.

191 ZANICHELLI, *cit.*, Torino, 2010, 602 e BONFATTI, *cit.*, 556 osservano che l'applicabilità di questo presupposto tanto agli accordi di ristrutturazione che al concordato preventivo si giustifica nelle finalità in gran parte condivise dei due istituti.

192 Per il distinguo tra crisi economica e crisi finanziaria, che sono due tipi di crisi distinti, si vedano: BRUGGER, *La nozione di insolvenza: un concetto che muta*, in *Dir. fall.*, 1988, 889; ROSSI, *Indicatori di bilancio, modelli di classificazione e previsione delle insolvenze aziendali*, Milano, 1988, 5 ss.; TEDESCHI-TOSCHI, *Crisi d'impresa tra crisi di sistema e dottrina manageriale*, in *Finanza, marketing e produzione*, 1990, 77 ss.

193 ZANICHELLI, *cit.*, 602.

194 Dal d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito nella l. 23 febbraio 2006, n. 51, che ha inserito un secondo comma all'art. 160 l. fall.

195 Cfr. DE FERRA, *Il rischio di insolvenza*, in *Giur. comm.*, I, 2001, 188 ss; TERRANOVA, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 547 ss.

196 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 114.

proprio stato di decozione¹⁹⁷, che all'imprenditore in semplice stato di difficoltà¹⁹⁸; ma mentre sul limite "massimo" della crisi vi è sicura convergenza, il confine dello stato di crisi nel suo versante connotato dalla minore gravità è alquanto labile, rendendo l'ambito applicativo della norma piuttosto incerto.

Occorre poi domandarsi se possa concludere un accordo di ristrutturazione anche un imprenditore, a fronte ad esempio di un generico interesse alla ristrutturazione aziendale, quale che sia il grado della sua difficoltà economica; appare preferibile una risposta negativa¹⁹⁹, dal momento che la soluzione permissiva gli consentirebbe in definitiva di eludere il regolare adempimento delle proprie obbligazioni verso i creditori aderenti all'accordo, nei confronti dei quali, in caso di fallimento, opererebbe l'"ombrello protettivo" precluso invece ai creditori non aderenti, che verrebbero invece colpiti dalla falcidia revocatoria²⁰⁰. La stessa imposizione a tutti i crediti di una moratoria di 60 giorni indica la necessità che l'imprenditore versi effettivamente in uno stato di difficoltà, sia

197 Come osserva BONFATTI(-CENSONI), *cit.*, 556 gli accordi di ristrutturazione si possono applicare anche nel caso la situazione dell'impresa sia particolarmente grave, dal momento che questo strumento è compatibile con obiettivi liquidatori dell'impresa. Tuttavia la FRASCAROLI-SANTI, *cit.*, 30 osserva che sia utile pianificare soluzioni negoziali alla crisi d'impresa se ci sono possibilità che la stessa impresa possa continuare a contare sulle qualità dei suoi amministratori per uscirne; sarebbe paradossale utilizzare gli accordi, che implicano la permanenza dell'imprenditore in capo al complesso aziendale, in casi in cui le sue incapacità gestionali siano acclamate e sia venuta meno la fiducia del ceto creditorio.

198 In questo senso: PRESTI, *cit.*, 31; GABRIELLI, *cit.*, 975. La giurisprudenza di merito considerava, anche prima della precisazione effettuata dal correttivo del 2007, lo stato di crisi comprensivo tanto dello stato di temporanea difficoltà che di quello di insolvenza irreversibile ex art. 5 l. fall.: in questo senso: Trib. Bari 7 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 53; Trib. Milano 7 novembre 2005, *ivi*, 51; Trib. Palermo 17 febbraio 2006, *ivi*, 570; Trib. Sulmona 6 giugno 2005, *ivi*, 2005, 793, 798, 800.

199 TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2007; sostiene invece la tesi contraria CAFFI, *Considerazioni sul nuovo art. 182-bis l.f.*, in *Diritto fallimentare*, 2005, I, 878 ss; PROTO, *cit.*, 129; MANDRIOLI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall.*, in *Fallimento*, 2010, 612 afferma che, al fine di prevenire possibili abusi dell'istituto, pare corretto ritenere che una situazione di mero declino dell'impresa non possa di per sé stessa essere sufficiente a legittimare l'adozione dell'istituto ex art. 182-bis l. fall., essendo diversamente necessario che l'imprenditore si trovi in una vera e propria situazione di crisi, la quale però potrà essere non solo attuale ma anche prospettica, non richiedendosi sempre e comunque che il suddetto imprenditore abbia già cessato i pagamenti. Assume una posizione intermedia FABIANI, *cit.*, 6 che ammette l'utilizzo degli accordi di ristrutturazione anche quando l'impresa si trovi in perfetto equilibrio economico-patrimoniale e finanziario, ma per un fatto già noto e non ancora attuale, nel breve periodo si possa giungere allo squilibrio di uno di questi indici. VALERIO, *cit.*, 671 afferma che l'imprenditore *in bonis* per ristrutturare il proprio debito può utilizzare per raggiungere un accordo con i suoi creditori le disposizioni del c.c. sui modi di estinzione delle obbligazioni (art. 1320) e sulla transazione (art. 1965).

200 Così GABRIELLI, *cit.*, 976, il quale afferma che in questo caso il beneficio connesso alla protezione dal pericolo della falcidia revocatoria dovrebbe essere negato all'imprenditore con il rigetto dell'omologa. Inoltre come osserva PRESTI, *cit.*, 395 appare poco verosimile che un imprenditore si esponga alla pubblicità negativa rappresentata dalla pubblicazione nel registro delle imprese di un accordo per la ristrutturazione dei suoi debiti qualora non si trovi in una situazione di crisi.

questo un confessato stato di insolvenza, sia una situazione non ancora emersa ma prevedibile (c.d. pericolo di insolvenza), circostanza che può verificarsi anche nella fase delle trattative con i creditori, in virtù della modifiche introdotte all'art. 182-*bis* con la l. 122/2010.

La questione è destinata comunque a risolversi nella pratica: lo stato di insolvenza sta e cade con la valutazione di convenienza o non convenienza che l'operatore bancario ha a concedere credito. Dunque lo stato di insolvenza è un concetto relazionale rispetto al comportamento dei creditori e ciò lo sottrae ad uno statuto di indisponibilità, per riconsegnarlo alla sfera dell'autonomia privata; quindi ha poco senso chiedersi se condizione di validità o di efficacia dell'accordo sia l'esistenza di una situazione di stato di insolvenza e non di un semplice stato di crisi, perchè l'accordo privatistico è in grado di trasformare una situazione finanziaria che sarebbe da qualificare come stato di insolvenza, in una diversa situazione, da valutare alla stregua dei criteri posti dall'art. 182-*bis*²⁰¹.

1.3. L'adesione dei creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti. Il regolare pagamento dei creditori estranei

L'art. 182-*bis* fissa per la stipula dell'accordo di ristrutturazione una soglia minima del 60% dei crediti. Non risulta dal dato normativo alcuna altra precisazione su quanti e quali creditori possano contribuire a formare il suddetto "monte crediti": potrebbe trattarsi di un numero elevato di creditori, individuabili tra i sottoscrittori di obbligazioni emesse dall'impresa o di un numero esiguo, rappresentato ad esempio dalle banche; inoltre, va chiarito, che a differenza di quanto avviene nei concordati, in questo caso si parla di adesioni e non di voti su una proposta, tanto è vero che non è prevista una assemblea dei creditori, un luogo dove si discuta e poi si voti²⁰². L'aliquota del 60% non deve quindi propriamente ritenersi una maggioranza per portare l'accordo ad esistenza giuridica, ma solo un requisito perchè il contratto possa essere omologato e beneficiare dell'esenzione da revocatoria: un accordo con creditori rappresentanti meno del 60% è a priori ritenuto

201 D'AMBROSIO, *cit.*, 1807.

202 FABIANI, *cit.*, 16. Nello stesso senso D'AMBROSIO, *cit.*, 1811 che osserva che proprio perchè i creditori non sono considerati una collettività e non prendono parte ad alcuna votazione, non è possibile vincolare i creditori assenti o dissenzienti alla volontà di coloro che aderiscono all'accordo.

inattuabile²⁰³.

Quanto al metodo di computo della "maggioranza"²⁰⁴, si possono fissare alcune regole: innanzitutto questa si calcola sui crediti che risultano dai documenti contabili che devono essere depositati e si calcola sui crediti per somma e non sui creditori per teste. Secondo alcuni²⁰⁵ si può trattare indifferentemente di creditori chirografari o privilegiati, dal momento che a questi ultimi non deriva alcun effetto pregiudizievole dall'adesione all'accordo, se non quelli espressamente previsti dallo stesso e di crediti fiscali²⁰⁶.

Si devono escludere dal conteggio i crediti contestati²⁰⁷; è controverso se si debba trattare di crediti liquidi ed esigibili al momento dell'iscrizione dell'accordo nel Registro delle Imprese²⁰⁸.

203 D'AMBROSIO, *cit.*, 1811.

204 Come già precisato, la soglia fissata dall'art. 182-*bis* non è configurabile alla stregua di una maggioranza, dal momento che l'accordo di ristrutturazione si deve considerare un normale contratto di diritto privato, regolato non dal principio maggioritario, ma dall'unanimità delle parti contraenti. In questo senso AMBROSINI, *cit.*, 169; D'AMBROSIO, *cit.*, 1810.

205 FRASCAROLI-SANTI, *cit.*, 129; PRESTI, *cit.*, 30 ss.; BONFATTI, *cit.*, 561; RACUGNO, *cit.*, 549 specifica che essi possono subire una decurtazione anche al di sotto del valore del bene oggetto di garanzia; FABIANI, *cit.*, 16; D'AMBROSIO, *cit.*, 1811. In giurisprudenza nel senso che i creditori privilegiati possano essere inseriti nel monte crediti Trib. Ancona 12 novembre 2008 in www.ilcaso.it; Trib. Udine 21 settembre 2007 in www.unijuris.it; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006; Trib. Milano, 15 dicembre 2005, in *Dir. Fall.*, 2006, 674; nel senso che per il computo della maggioranza si conteggino solo i creditori muniti di titolo esecutivo: Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *Fallimento*, 2007, 187.

206 SCIUTO, *cit.*, 346.

207 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 128; FERRO, *La legge fallimentare*, in *Commentario*, a cura di FERRO, sub art. 182-*bis*, 1437; ZANICHELLI, *cit.*, 606. Secondo FABIANI, *cit.*, 16 la base di voto si computa su quanto dichiarato dal debitore e dunque eventuali contestazioni vanno devolute nel giudizio di opposizione, previa prova di resistenza, ossia di decisività della adesione contestata ai fini del raggiungimento della maggioranza. Del campione di giudici italiani intervistato sul punto nell'ambito di uno studio condotto nei principali tribunali italiani, il 67% ha affermato che i crediti contestati vanno comunque computati, salvo deciderne la sorte per effetto di eventuali opposizioni, il 19% ha affermato che vanno computati o meno in base a quanto affermato dal professionista attestatore circa la presumibile fondatezza della pretesa, il 13% ritiene che vadano computati in ogni caso (MINUTOLI, *Trattamento dei creditori e classi*, in *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Concordato preventivo concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti* a cura di FERRO, RUGGIERO, DI CARLO, Torino, 2009, 444).

208 Secondo la FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 129 si dovrebbero conteggiare i crediti non ancora scaduti e i crediti condizionali, dal momento che non sembra applicabile nel procedimento in questione l'art. 169 l. fall. (e conseguentemente l'art. 55 l. fall. da questo richiamato) che considera i debiti scaduti alla data di apertura del procedimento. Questo perchè nel procedimento di cui all'art. 182-*bis* non è prevista una fase di apertura alla quale faccia seguito una gestione dell'attività imprenditoriale sotto la vigilanza del commissario giudiziale, come avviene invece nel concordato preventivo, ed una fase di deliberazione dei creditori, che presuppone un computo delle maggioranze in base ai crediti ammessi al voto; nel procedimento in esame, invece, vista la libertà concessa al debitore sulle modalità di formazione dell'accordo, non si può escludere che questo preveda la rinegoziazione anche dei crediti non scaduti. Nello stesso senso ZANICHELLI, *cit.*, 606. Se invece si aderisce alla opposta tesi di PEZZANO, *cit.*, 689 ss. che vede il procedimento come un concordato preventivo semplificato, detti crediti devono essere considerati estranei all'accordo e soggetti al regolare pagamento alla scadenza pattuita.

Discussa è anche la possibilità di suddividere i creditori in classi; al riguardo in dottrina le posizioni sono oscillanti: vi è chi²⁰⁹ la esclude e chi²¹⁰ invece la ammette anche in assenza di un espresso rinvio alla disciplina del concordato preventivo, considerando la libertà di iniziativa lasciata alle parti contraenti e mettendo l'accento sull'entità dei consensi rispetto al totale del passivo. Però si noti che, anche ammettendo la distinzione in classi, mentre nel concordato preventivo queste ultime sono formate secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei, negli accordi stragiudiziali sono permessi trattamenti diversificati per il singolo a prescindere dalla divisione in classi, proprio per il fatto di essere retti dal principio del consenso individuale di ciascun creditore aderente²¹¹.

In ogni caso manca completamente nel nostro ordinamento il meccanismo del *cram down* previsto invece nel *Bankruptcy Code*²¹²: in base al meccanismo del *cram down* se c'è almeno una classe di creditori favorevole all'accordo, questo si impone anche ai creditori il cui dissenso non è giustificato, purchè non ricevano un trattamento iniquo o inferiore a quanto potrebbero ricevere in sede di liquidazione dell'impresa; nel nostro ordinamento invece l'accordo non presenta un carattere collettivo, dal momento che l'approvazione della maggioranza non vincola anche i creditori rimasti estranei.

Il momento determinante per la formazione del monte crediti dovrebbe considerarsi quello dell'iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese e non quello dell'omologazione²¹³. La mancanza del raggiungimento della maggioranza non può essere sanata con adesioni successive alla pubblicazione dell'accordo, considerato che da tale formalità decorre il termine per le opposizioni²¹⁴. Sono invece possibili nuove adesioni

209 BONFATTI, *cit.*, 561.

210 FRASCAROLI-SANTI, *cit.*, 130.

211 PRESTI, *cit.*, 562.

212 Il meccanismo del *cram down* è contemplato nel *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*, nell'ambito della procedura di *Reorganization*.

213 FRASCAROLI-SANTI, *cit.*, 130; FABIANI, *cit.*, 16; NARDECCHIA, *cit.*, 675; PROTO, *cit.*, 132; PRESTI, *cit.*, 558 e 570; VALENSISE, *cit.*, 1100. In questo senso in giurisprudenza: Trib. Brescia, 22 febbraio 2006; Trib. Roma, 5 novembre 2009, in *Corriere giuridico*, 2010, 246. Tuttavia in senso contrario: in giurisprudenza Trib. Milano 23 gennaio 2007 (decr.), in *Fallimento*, 2007, p. 701 55 ove si sottolinea che la percentuale del 60% è condizione dell'omologazione, non della pubblicazione; in dottrina: PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti* (nota a decr. Trib. Milano 11 gennaio 2007), in *Dir. fall.*, II, 2008, 146.

214 FRASCAROLI-SANTI, *cit.*, 130; in giurisprudenza Trib. Brescia, 22 febbraio 2006 (decr.), in *Fallimento*, 2006, 669; PROTO, *cit.*, 132 afferma che in questo caso il debitore si deve attivare per iniziare una nuova procedura di omologa.

successive²¹⁵, purchè non incompatibili con l'accordo medesimo, che non dovrebbe considerarsi "chiuso". Tuttavia, queste nuove adesioni non dovrebbero essere valutate ai fini dell'omologa, in quanto per queste non sarebbe operante il termine previsto per le adesioni originarie all'accordo già pubblicato²¹⁶.

Ulteriore profilo da considerare è quello delle esclusioni dal "voto"; in particolare occorre valutare se sia ammissibile escludere dal "voto" - applicando analogicamente gli artt. 127 e 177 l. fall. relativi al concordato preventivo e a quello fallimentare - soggetti che sono definibili come parti correlate o creditori che sono divenuti tali proprio per orientare il voto. La lacuna di diritto positivo farebbe supporre che la regola di esclusione non possa essere invocata, tuttavia, dal momento che le norme richiamate per il concordato fallimentare e quello preventivo esprimono il principio della genuinità del voto (*rectius* delle adesioni), si potrebbero allora computare i crediti ai fini della formazione della maggioranza, ma si potrebbero defalcare in sede di omologa, se si dimostra che sono stati formati allo scopo esclusivo di indirizzare la maggioranza²¹⁷.

Ulteriore aspetto problematico è la possibilità di revoca dell'adesione. In questo caso vi è chi²¹⁸ sostiene che la revoca può essere ritenuta ammissibile solo ove non si siano verificati fatti preclusivi, come il compiuto decorso del termine per l'opposizione o l'intervenuta pronuncia da parte del tribunale sull'omologabilità dell'accordo²¹⁹.

Esaminata la posizione dei creditori aderenti, occorre ora trattare di quella dei

215 FABIANI, *cit.*, 16 afferma invece che le adesioni successive rappresentano nuovi singoli accordi, perchè non c'è da aderire ad altri accordi che riguardano solo quei contraenti. In questo senso in giurisprudenza Trib. Brescia, 22 febbraio 2009.

216 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 131 precisa che la decorrenza del termine potrebbe essere ripristinata solo in caso il debitore provveda ad un nuovo deposito dell'accordo, integrato con le successive adesioni e formuli una nuova domanda di omologa.

217 FABIANI, *cit.*, 17.

218 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 132; FABIANI, *cit.*, 10 sottolinea che il recesso è possibile solo se pattuito, fermo restando che il creditore aderente può proporre opposizione e così rimettere in gioco, dalla sponda processuale, il suo consenso.

219 In uno studio condotto su un campione di giudici dei principali Tribunali italiani, è stato considerato maggioritario (42%) l'orientamento di coloro che considerano la proposta di accordo revocabile finchè non sia concluso il procedimento di omologazione; il 32% considera la revoca ammissibile fino a quando l'accordo non sia depositato nel registro delle imprese e comunque il 25% considera la proposta di accordo non revocabile. Dal lato dei creditori, la revoca del consenso, anche in difetto di una specifica clausola contrattuale di recesso non è ammissibile per il 51% degli intervistati e ammissibile per il 48% (nel termine per le opposizioni per il 45% ed entro l'omologa dell'accordo per il 55%) (VELLA, BRUNI, D'AQUINO, *Consenso dei creditori e revocabilità della proposta*, in *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Concordato preventivo concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti* a cura di FERRO, RUGGIERO, DI CARLO, Torino, 2009, 444).

creditori estranei, a cui spetta un trattamento fortemente differenziato.

Come già evidenziato, infatti, nel nostro ordinamento, a differenza di altri sistemi giuridici, l'accordo non presenta un carattere collettivo, nel senso che l'approvazione della maggioranza dei creditori non vincola anche quelli rimasti estranei; si tratta di una scelta di politica legislativa volta ad arginare il problema che la dottrina americana ha definito *holdout*. L'*holdout* si sostanzia in una serie di condotte abusive ed ostative rispetto alla conclusione dell'accordo, evidentemente contrarie a buona fede, in quanto motivate non dall'interesse al superamento della crisi dell'impresa, quanto piuttosto dalla volontà di approfittare del sacrificio degli altri creditori per trarre il minor pregiudizio dalla crisi stessa. L'atteggiamento che per decenni si è riscontrato da parte di alcuni creditori di fronte alle crisi dell'impresa debitrice, è stato quello di mettere in atto una sorta di resistenza passiva alla conclusione di un accordo di *reorganization*, attendendo che gli altri creditori accordassero le loro rinunce pur di salvare l'impresa in crisi, e godendo così del risanamento non avendo subito alcun tipo di pregiudizio²²⁰.

La scelta operata dal legislatore italiano è, se si vuole, più improntata alla piena efficacia del principio di relatività degli effetti del contratto seguendo uno schema che preveda per i creditori aderenti un binario fatto di rinunce spesso bilanciate, una volta superata la crisi, dalla possibilità del mantenimento di rapporti contrattuali, e per quelli estranei un differente binario, che dopo il regolare pagamento dei debiti pregressi, è destinato a morire.

Per quanto concerne i creditori estranei, infatti, l'accordo concluso con gli aderenti e la connessa relazione dell'esperto, si limitano a prevedere tempi, modalità e condizioni del suddetto pagamento.

All'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 182-bis, una parte della dottrina²²¹ ha sostenuto che l'espressione "regolare pagamento dei creditori estranei", va intesa nel senso che l'accordo dovrebbe garantire a questi ultimi il pagamento in misura pari a quella concordata con i creditori aderenti e secondo le modalità pattuite con questi. Questo

220 Sul punto v. FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 79; diffusamente WHITE, *Economic analysis of corporate and personal bankruptcy law*, San Diego, 2005.

221 D'AMORA, *Note esegetiche sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti*, in www.ipsoa.it; PEZZANO, *cit.*, 683 ss.

orientamento ha avuto un limitato seguito in giurisprudenza²²² ed è stato successivamente superato da un opposto orientamento giurisprudenziale e dottrinario.

Infatti tale pagamento, secondo la dottrina ormai maggioritaria²²³ e la giurisprudenza²²⁴, dovrebbe essere effettuato integralmente e alle scadenze pattuite e senza alcun tipo di postergazione, non essendo, quindi, in alcun modo dilazionabile²²⁵; se si tratta di debiti già scaduti, il pagamento dovrebbe avvenire senza ulteriori ritardi, a prescindere dal grado di privilegio o dalla natura chirografaria dei crediti in questione²²⁶.

Inoltre, sembra pacifico che il pagamento possa avvenire tanto con mezzi "normali" quanto con mezzi non ordinari, quali ad esempio la cessione di credito o la dismissione di cespiti²²⁷.

2. La formazione dell'accordo. L'informativa

Come sopra visto, l'art. 182-*bis* prevede che l'accordo di ristrutturazione dei debiti sia stipulato "*con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti*": è quindi necessaria la presenza di un imprenditore e di una controparte con cui l'accordo è stipulato o, in base alla disciplina introdotta dalla l. 122/2010, è "in corso di trattative"; tuttavia, come già sottolineato, nel testo di legge manca completamente un modello legale di formazione degli accordi.

Vediamo i capisaldi della disciplina nella prospettiva negoziale.

Innanzitutto, come già accennato, occorre un accordo tra debitore e creditore;

222 Si rileva un'isolata pronuncia del Tribunale di Milano, 21 dicembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 670.

223 GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, 339; FERRO, *Art. 182 bis*, in FERRO (a cura di) *La legge fallimentare*, Padova, 2007, 1431; FABIANI, *cit.*, 263; AMBROSINI, *cit.*, 2550.

224 Trib. Salerno, 3 giugno 2005, in *Fallimento*, 2005, 1297; Trib. Bari, 21 novembre 2005, *ivi*, 169; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006; Trib. Milano 21 dicembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 669.

225 Si veda però in senso contrario FERRO LUZZI, *cit.*, 826 che ritiene che "regolarmente" non faccia riferimento al tempo e/o alla completezza dell'adempimento ma al mezzo utilizzato per l'adempimento dell'obbligazione imprenditoriale assunta. Partendo da queste premesse l'Autore ritiene omologabile un accordo di ristrutturazione ove si preveda, ad esempio, il pagamento dei creditori estranei all'accordo con un ritardo di sessanta giorni rispetto alla concordata scadenza del debito, se tale periodo è necessario per attivare il piano di ristrutturazione e la relativa nuova leva finanziaria.

226 Sul punto v. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo tagliando a tre anni dal decreto competitività*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2009, I, 76.

227 AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione*, *cit.*, 174 e ss.; D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di BONFATTI e FALCONE, Milano, 2006, 530 e ss.

l'accordo deve essere idoneo ad assicurare il pagamento dei creditori rimasti estranei; non rileva come si forma l'accordo, ma occorre che il creditore sia informato che l'intesa che ha stipulato sia destinata ad essere procedimentalizzata e trasformata in accordo con gli effetti di cui all'art. 182-*bis*. La negoziazione è individuale e non opera il principio della *par condicio creditorum*. Da questo discendono alcuni corollari: la convenienza viene valutata dal singolo creditore senza confronto con gli altri e dunque l'accordo può risultare anche discriminatorio, senza che peraltro il debitore sia tenuto a spiegare le ragioni di trattamenti differenziati: le sue scelte sono insindacabili nel momento in cui si raccolgono le adesioni sufficienti e ciò consente di non discriminare gli estranei²²⁸. Inoltre diviene irrilevante formare delle classi, dal momento che queste sono espressive proprio di quei trattamenti omogenei da cui negli accordi si prescinde²²⁹ (anche se, come già evidenziato, non si può escludere che si attui una suddivisione in classi secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei, pur mancando un espresso rinvio legislativo alla disciplina del concordato preventivo²³⁰). Il fatto che il consenso sia strettamente individuale spiega poi perchè non si forma una vera e propria "maggioranza", ma semplicemente una sommatoria di consensi, che genera riflessi sui terzi una volta superata la soglia del 60%. Infine, verosimilmente, il debitore avrà un piano - simile a quello del concordato preventivo o del piano attestato di risanamento - che costituisce il presupposto funzionale e la struttura di fondo degli accordi, che i creditori vorranno conoscere per rilasciare il consenso.

Discusso a questo proposito, è se si debba configurare a carico del debitore un vero e proprio obbligo di informazione a carico dei creditori e se questi ultimi debbano essere messi a conoscenza reciprocamente circa il contenuto degli accordi con ciascuno conclusi. Anche in questo caso la legge fallimentare tace; tuttavia l'art. 4 del Codice di Comportamento ABI relativo ai processi di ristrutturazione atti a superare le crisi d'impresa²³¹, impone alle banche creditrici di partecipare almeno alla prima riunione della procedura di concertazione con funzionari dotati di potere decisionale. Non esiste però un'analogia disposizione per i creditori diversi dalle banche, a riprova del ruolo di maggiore

228 FABIANI, *cit.*, 8.

229 FABIANI, *cit.*, 8 specifica che se per comodità il debitore forma delle classi, queste assumono un significato meramente "interno".

230 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 130.

231 Su cui v. diffusamente BOGGIO, *cit.*, 180 ss.

considerazione riservato a queste ultime nella compagine creditoria.

In assenza di disciplina positiva è la prassi a giocare un ruolo determinante. Dal momento che è essenziale per il successo di un piano di salvataggio la fiducia della maggior parte dei creditori nel buon fine dell'iniziativa di risanamento, è lo stesso imprenditore in crisi che tende a contrassegnare la sua azione con un livello di trasparenza adeguato e a dichiarare la disponibilità a regolare secondo un modello procedurale i passi dell'iniziativa di risanamento. Tale disponibilità di solito è recepita negli accordi attraverso previsioni che contemplano l'istituzione di obblighi di comunicazione di determinate informazioni a scadenze temporali prefissate, attraverso la trasmissione di situazioni patrimoniali, relazioni ed altri documenti informativi. Inoltre, vista la durata di solito pluriennale della fase esecutiva degli accordi, l'imprenditore e i creditori spesso convengono che i rapporti tra loro vengano intrattenuti tramite organismi di consultazione e controllo *ad hoc* costituiti²³². Spesso gli accordi prevedono la nomina o la sostituzione di organi sociali, che risultino graditi al ceto creditorio. I fattori che incidono sul successo di un accordo sono tendenzialmente la fiducia personale e la procedimentalizzazione dei rapporti; l'ottica è quella di conseguire il più ampio coordinamento tra creditori, in funzione di evitare azioni individuali che potrebbero porre a rischio la conservazione del massimo valore del patrimonio del debitore consentendo, per converso, all'imprenditore di fare affidamento sull'intero patrimonio aziendale per attuare il piano di salvataggio²³³.

Nella prassi, solitamente il debitore rende nota, con una sintetica comunicazione²³⁴ ad uno o più creditori, la sussistenza di una situazione di crisi d'impresa e la sua volontà di addivenire ad una composizione negoziale delle pendenze, per disincentivare le iniziative individuali di recupero dei creditori; ma se non esiste un espresso dovere di informativa in

232 BOGGIO, *cit.*, 11 osserva che questo comporta sia per il creditore che per l'imprenditore un risparmio di costi, a discapito però di una cognizione diretta delle informazioni. In particolare il creditore demanda ad altri la costosa attività di negoziazione, la verifica della fattibilità del piano e il controllo della sua esecuzione. L'imprenditore, a sua volta, elimina il costo del mantenimento di una serie di relazioni a favore della gestione di un unico rapporto con l'organismo, cosa che riduce anche il rischio che le informazioni riservate vengano divulgate.

233 BOGGIO, *cit.*, 10 ss.

234 La sinteticità della spiegazione ha molteplici ragioni che risiedono da un lato nella mancanza di dati sufficientemente definitivi in un momento iniziale e dall'altro nella finalità di non creare un allarme che potrebbe portare ad una immediata interruzione di credito. Le ulteriori informazioni vengono fornite in un momento successivo, a seguito della ricezione da parte del debitore delle manifestazioni d'interesse a valutare la possibilità di negoziazione di un piano di salvataggio. Sul punto si veda diffusamente BOGGIO, *cit.*, 170 ss.

capo al debitore, *a fortiori* non esistono prescrizioni sul contenuto dell'informativa stessa. Tuttavia, dall'applicazione di un generale principio di buona fede²³⁵, si possono far derivare alcuni corollari: il debitore dovrebbe essere messo in condizione di valutare la normativa applicabile, in fase di stipula dell'accordo e poi di sua successiva esecuzione, e le rinunce che dovrà sopportare in prima persona per poterle "pesare" rispetto a quelle degli altri creditori²³⁶; inoltre l'informazione dovrà essere tempestiva, in modo da garantire il tempo utile per la formazione della volontà²³⁷. D'altronde che il legislatore avverta l'esigenza di garantire la trasparenza nella negoziazione è dimostrato dalla previsione legislativa di un obbligo di pubblicità dell'accordo, per il quale l'art. 182-*bis* prevede il deposito e la pubblicazione nel Registro delle Imprese. Non solo: in caso di successivo fallimento, si possono infatti ravvisare i presupposti per l'imputazione di bancarotta preferenziale qualora emerga che il debitore abbia agito in stato di insolvenza e questa non sia stata rimossa dall'accordo di ristrutturazione a causa di singoli inadempimenti. Sul punto è intervenuta la l. 122/2010 (sul punto vedi capitolo II, paragrafo 10).

Tutti i creditori dovrebbero essere messi a conoscenza delle stesse informazioni: la parità informativa è essenziale e deriva dal principio di buona fede, anche se normalmente, nella prassi, le asimmetrie informative sono rilevanti. Infatti, nel ceto creditorio le banche rappresentano sicuramente la componente più informata, anche per gli strumenti a disposizione²³⁸, come la Centrale dei Rischi presso la Banca d'Italia. Benchè nel nostro ordinamento, in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti, non sia espressamente codificato il principio del *good faith*²³⁹, esso deve comunque considerarsi operante²⁴⁰: affinché i creditori siano messi a conoscenza delle medesime informazioni, il debitore

235 Sull'applicazione del principio di buona fede negli accordi di ristrutturazione si veda MOLINARI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall. e i gruppi di imprese*, in *Trattato delle procedure concorsuali* a cura di GHIA, PICCININI, SEVERINI, Torino, 2011, 671 e diffusamente BOGGIO, *cit.*, 174.

236 Tuttavia si noti come in uno studio effettuato intervistando un campione di giudici dei principali Tribunali italiani, ben il 64% di questi ha espresso l'opinione che non sia necessario che il proponente documenti di aver informato ciascun creditore del trattamento riservato agli altri (VELLA, BRUNI, D'AQUINO, *Consenso dei creditori e revocabilità della proposta*, in *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Concordato preventivo concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti* a cura di FERRO, RUGGIERO, DI CARLO, Torino, 2009, 444).

237 BOGGIO, *cit.*, 171 ss.

238 Si noti tra l'altro che il Codice di Comportamento dell'ABI prevede che le banche si comunichino tra loro notizie di rilievo per l'assunzione di decisioni relative all'esercizio dei propri diritti verso il creditore.

239 Previsto nella *section 1129 U.S.C.*

240 Sul punto DI MAJO, *cit.*, 671.

dovrebbe allora bilanciare le asimmetrie informative che potrebbero configurarsi tra i finanziatori più informati, come le banche, e quelli meno informati, come i creditori commerciali e i fornitori.

Inoltre l'art. 182-*bis*, comma secondo, l. fall. impone la pubblicazione e il deposito degli accordi nel Registro delle Imprese. La disposizione promuove condotte più trasparenti in occasione della negoziazione di soluzioni della crisi d'impresa e sanziona, mediamente, i comportamenti opportunistici in danno degli altri creditori e dei terzi. Il nostro diritto positivo richiede all'imprenditore-debitore che si trovi in crisi e tuttavia intenda proseguire l'attività d'impresa, di mettere i propri creditori a conoscenza della propria situazione economico-finanziaria. Qualora l'imprenditore che proponga un piano di risanamento non metta a disposizione dei creditori oblati informazioni sufficienti a compiere una valutazione con piena cognizione delle alternative possibili e su base di parità, egli si rende inadempiente ad obbligazioni di fonte legale, con conseguente possibilità per il creditore di chiedere l'adempimento, anche coattivo²⁴¹.

Peraltro, specularmente al dovere di informativa in capo al creditore, sussiste un dovere di riservatezza in capo ai creditori, che non potranno rendere note le informazioni ricevute indiscriminatamente a danno del debitore²⁴², ma potranno scambiarle tra loro²⁴³. Il dovere di buona fede nello scambio delle informazioni si può considerare di natura contrattuale

241 BOGGIO, *cit.*, 176.

242 BOGGIO, *cit.*, 177 osserva che tendenzialmente la prima comunicazione del debitore-imprenditore circa le difficoltà di rispettare i termini di pagamento di solito viene espressa in termini generici e ciò fa sì che non possa configurarsi a carico del ricevente un vero e proprio obbligo di astensione dal libero utilizzo delle notizie in esse contenute. Tuttavia, la situazione cambia se le informazioni non sono di dominio pubblico, quando abbiano un contenuto tale che, se rese note, possono arrecare un danno all'imprenditore e siano state trasmesse al creditore in adempimento di quel dovere di comunicazione dei fatti rilevanti per l'esecuzione del rapporto contrattuale. In quest'ultimo caso sarebbe imposto al creditore un certo grado di riservatezza: egli non potrà mettere i terzi a conoscenza delle informazioni, ma potrà farne uso, sospendendo l'esecuzione della propria prestazione, richiedere l'adempimento del debitore ed eventualmente domandare la dichiarazione di fallimento. Nel caso ulteriore in cui l'imprenditore abbia comunicato ai propri creditori informazioni sulla propria situazione economico-finanziaria e questi abbiano posto in essere delle condotte positive, non in contrasto con il programma predisposto dall'imprenditore, si può considerare che sussista la volontà del creditore alla proposta di rinegoziazione, fino alla conclusione di un *pactum de non petendo*. In quest'ultimo caso l'utilizzo da parte del creditore di informazioni riservate per procedere, ad esempio, al recupero individuale, dovrebbero essere considerate in contrasto con il principio della buona fede *in executivis* e dunque l'imprenditore potrebbe opporsi, con la conseguenza che il credito oggetto dell'azione del creditore dovrebbe essere qualificato temporaneamente non esigibile.

243 Secondo BOGGIO, *cit.*, 179 ciascun soggetto che partecipi alla negoziazione di un accordo di salvataggio, salvo che non sia vincolato da qualche disposizione legale o contrattuale al segreto, è tenuto a trasmettere anche agli altri le informazioni in suo possesso rilevanti per accettare o meno la proposta.

ove l'accordo di ristrutturazione si presenti come contratto plurilaterale; ove invece si sia in presenza di una pluralità di contratti collegati, che non comportano il sorgere di un vincolo reciproco tra i creditori, la violazione del suddetto dovere si connota come illecito aquiliano²⁴⁴.

3. Il deposito degli atti in tribunale e la pubblicazione dell'accordo

Dopo aver considerato gli aspetti che attengono alla sfera negoziale degli accordi, occorre ora esaminare il procedimento vero e proprio che conduce verso l'omologazione e il pieno dispiegarsi dei loro effetti, che si snoda in tre diversi momenti: il deposito dell'accordo in tribunale, la sua pubblicazione presso il registro delle imprese e la presentazione della richiesta di omologa²⁴⁵.

L'art. 182-*bis* l. fall. non richiede particolari formalità per la presentazione dell'accordo di ristrutturazione, salvo la pubblicazione nel registro delle imprese e il deposito con la domanda di omologa della documentazione di cui all'art. 161 l. fall.²⁴⁶ e della relazione del professionista (su cui vedi *infra* paragrafo 4) (non si fa cenno al deposito degli accordi, tuttavia deve ritenersi che il deposito riguardi anche la documentazione relativa all'accordo, da cui si evince l'essersi formata una maggioranza)²⁴⁷.

La domanda presentata dal debitore in tribunale assume la forma del ricorso; quanto alla documentazione richiamata dall'art. 161 essa consiste: in una relazione aggiornata sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa, uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'elenco dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, l'elenco dei titolari dei diritti personali o reali su beni di

244 BOGGIO, *cit.*, 180.

245 Come afferma la FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 135 in considerazione degli adempimenti richiesti, l'accordo deve essere redatto necessariamente in forma scritta.

246 Con il decreto correttivo del 2007 si è eliminata l'espressione "con la dichiarazione", che aveva indotto alcuni commentatori ad interrogarsi se l'accordo di ristrutturazione dovesse considerarsi una modalità del concordato preventivo, dubbio ingenerato dal rinvio all'art. 161 l. fall.. In realtà è da escludere che il debitore debba inserire l'accordo in una proposta di concordato preventivo, come se si trattasse di un sub procedimento, che richieda il rispetto di tutti gli adempimenti di tale procedura. Sul punto v. diffusamente FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 135.

247 In questo senso FABIANI, *cit.*, 11; DI MAJO, *cit.*, 689 sottolinea come il piano che accompagna l'accordo non debba essere depositato, dal momento che la pubblicità per le imprese risponde a requisiti di tipicità.

proprietà o in possesso del debitore, il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili²⁴⁸.

L'art. 182-*bis* non stabilisce se l'accordo debba essere prima depositato in tribunale o prima pubblicato nel registro delle imprese. Secondo alcuni²⁴⁹ è pressochè irrilevante fissare una priorità temporale tra i due adempimenti; appare tuttavia preferibile la tesi di chi²⁵⁰ sostiene che il ricorso per la richiesta di omologazione, se depositato in tribunale senza la prova dell'avvenuta pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, deve essere dichiarato inammissibile²⁵¹: in effetti in questo caso si verrebbe a creare una situazione di pendenza forzata della domanda e di inattività dell'organo adito, in attesa della pubblicazione dell'accordo, adempimento peraltro lasciato alla libera determinazione del debitore; dal momento che l'art. 182-*bis* prevede che il tribunale proceda all'omologazione "*decise le opposizioni*", vi è chi²⁵² sostiene che il tribunale dovrebbe dichiarare l'improcedibilità per mancanza dei requisiti di legge.

Si noti, peraltro, che anche il mancato deposito dell'atto in tribunale dopo la regolare pubblicazione nel registro delle imprese, impedisce l'omologazione dell'accordo: quest'ultimo produce allora gli effetti del contratto con il quale si configura e rimane disciplinato secondo la disciplina privatistica dei contratti *ex art. 1326 c.c.*²⁵³.

248 In relazione alla documentazione oggetto di deposito, è stato osservato che, nell'ipotesi in cui l'accordo sia realizzato sul presupposto logico-operativo di un più ampio piano aziendale nell'ambito del quale lo stesso acquista pienezza di significato costituendone attuazione, sia necessario procedere - qualora ciò sia indispensabile per favorire una sufficiente intellegibilità dell'accordo medesimo o meglio per assicurare quella adeguatezza informativa che si prefigge l'art. 182-*bis*, secondo comma l. fall. - al deposito nel registro delle imprese di entrambi i sopra menzionati documenti (Trib. Roma 5 novembre 2009).

249 FABIANI, *cit.*, 12.

250 In questo senso: FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 138; FERRO, *cit.*, 1434; DI MAJO, *cit.*, 689 sottolinea che il deposito "*è un necessario tassello che deve precedere la domanda di omologazione*"; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, 690; PROTO, *cit.*, 194. In giurisprudenza in questo senso: App. Trieste, 4 settembre 2007; Trib. Bari, 21 novembre 2005. In senso contrario: Trib. Palermo 27 marzo 2009.

251 FISCHETTI, *Osservazioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, nota a Trib. Palermo 27 marzo 2009, in *Dir. fall.*, 2010, 517.

252 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 138-9 sostiene che in caso si creasse una discrasia temporale significativa tra deposito del ricorso in tribunale e successiva pubblicazione nel registro delle imprese, il tribunale dovrebbe procedere ad una decisione di improcedibilità per mancanza dei requisiti di legge; nello stesso senso PRESTI, *cit.*, 38; FABIANI, *Accordi di ristrutturazione, ruolo del giudice e processo per fallimento*, in *Fallimento*, 2010, 213.

253 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 139; nello stesso senso FABIANI, *cit.*, 12. Di segno opposto la tesi di AMBROSINI, *cit.*, 2550: secondo l'Autore la pubblicazione fungerebbe da *conditio iuris* di ogni effetto, anche negoziale, dell'accordo. Per una critica a questa teoria v. DI MAJO, *cit.*, 688.

Il deposito degli atti va effettuato presso il tribunale competente a decidere la richiesta di omologazione, ossia, come chiarito con le modifiche apportate dalla l. 122/2010, quello presso il quale l'impresa ha la sede principale²⁵⁴, da intendersi come luogo ove l'impresa svolge l'attività di direzione e amministrazione dell'impresa.

Quanto alla pubblicazione nel registro delle imprese, trattandosi di adempimento formale, ricollegabile alla pubblicità informativa dell'impresa²⁵⁵ (*ex art. 2199 c.c.*), si dovrebbe effettuare presso l'ufficio del registro delle imprese dove l'impresa è iscritta²⁵⁶. In relazione al controllo del conservatore del registro delle imprese sugli atti da iscrivere, occorre precisare che esso deve riguardare i requisiti formali e quindi la corrispondenza tipologica dell'atto da iscrivere a quello previsto dalla legge, senza alcuna possibilità di accertamento sostanziale²⁵⁷. La mancata pubblicazione comporta la non omologabilità del medesimo, per mancata rispondenza dell'accordo ai requisiti di legge²⁵⁸. La pubblicazione deve essere effettuata a domanda del titolare dell'impresa o dell'amministratore di società²⁵⁹. Oggetto della pubblicazione è l'accordo; anche se non esplicitamente richiesto,

254 Prima del chiarimento intervenuto con la l. 122/2010 si contrapponevano due diversi indirizzi. Il primo, confermato con la l. 122/2010, individuava il tribunale competente in quello in cui l'impresa ha la sede principale, basandosi sul rinvio dell'art. 182-*bis* all'art. 161 l. fall. In giurisprudenza: Trib. Monza, 24 ottobre 2007. Si noti che secondo la giurisprudenza di legittimità in ambito concorsuale vi è una presunzione di coincidenza della sede principale dell'impresa con la sede legale della stessa, salvo prova contraria (*ex multis* Cass., 18 maggio 2006, n. 11732; Cass. 11 marzo 2005, n. 5391). In dottrina in questo senso: FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 136; ZANICHELLI, *cit.*, 610. Il secondo orientamento individuava il Tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede legale come competente ai fini del giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Questo orientamento valorizzava il principio dell'autonomia degli accordi di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo, ritenendo il richiamo all'art. 161 da intendere in senso restrittivo. In questo senso in giurisprudenza: Trib. Bari, 21 novembre 2005; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in Fall., 2006, 669; Trib. Roma, 16 ottobre 2006 su www.ilcaso.it; Trib. Milano, 24 gennaio 2007. In dottrina: PRESTI, *cit.*, 559; NARDECCHIA, *cit.*, 704.

255 DI MAJO, *cit.*, 687 afferma che ove dovesse applicarsi il regime della pubblicità proprio degli atti e dei fatti per cui vi è obbligo di iscrizione (art. 2188 c.c.), si dovrebbe trattare di pubblicità notizia, con effetto dell'inopponibilità a terzi degli atti e fatti non iscritti (art. 2191 c.c.).

256 FABIANI, *cit.*, 11.

257 In questo senso FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 130 che richiama la pronuncia del Trib. Padova, 16 febbraio 2007, in *Fallimento*, 2007, 327; PRESTI, *cit.*, 572.

258 V. App. Trieste, 4 settembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, 297 ss.

259 NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, nota a Trib. Brescia 22 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, 670. È evidente che la semplificazione operata dalla normativa che prevede da un lato i creditori e dall'altro un imprenditore genericamente inteso, non tiene conto di tutte quelle problematiche che sono proprie degli enti associativi i quali assumono determinazioni con meccanismi del tutto peculiari. Infatti, tanto *ex latere debitoris* quanto *ex latere creditoris* la possibilità che protagonisti di un accordo di ristrutturazione dei debiti siano singoli imprenditori commerciali e singoli creditori, non organizzati in forma associata, rappresenta un vero e proprio "caso di scuola". Molto più frequentemente debitore e creditore sono società, per lo più di capitali, che nell'espletamento della propria attività d'impresa contraggono obbligazioni e conseguentemente si trovano nella posizione di "dover dare" o

dovrebbe essere pubblicata anche la relazione del professionista, al fine di assicurare maggiori garanzie di trasparenza e di informazione ai creditori²⁶⁰.

"dover ricevere". Dal punto di vista formale la competenza alla sottoscrizione dell'accordo spetta al rappresentante legale, che nella s.r.l. può essere l'amministratore unico, il presidente del consiglio di amministrazione o un amministratore dotato di poteri disgiunti, mentre nella s.p.a. può essere anche il presidente del consiglio di gestione. Deve poi essere operata una distinzione. Nella società che partecipa all'accordo di ristrutturazione in qualità di soggetto creditore operazioni come la remissione del debito, la transazione, la dilazione di pagamento, l'impegno di eseguire ulteriori forniture di merce o l'erogazione di nuova finanza possono rappresentare atti di normale amministrazione e come tali, salvo che l'atto costitutivo le riservi ai soci, saranno di competenza degli amministratori. Per la società che, invece, prende parte all'accordo come soggetto debitore, vanno operate considerazioni ulteriori. Anche in questo caso la problematica di fondo ruota attorno alla ripartizione di competenze tra l'organo amministrativo ed i soci e, più nello specifico, si incentra sull'individuazione dei casi e delle circostanze cui scelte di gestione debbano essere rimesse a coloro che detengono partecipazioni in capitale. A questo riguardo, sembra necessario operare dei distinguo tra i vari tipi di società, regolati, in alcuni casi, da diversi regimi e ripartizioni di competenze. Per quanto concerne la s.r.l., l'art. 2479 c. c., comma 2, n. 5, saranno i soci, che dovranno - con metodo collegiale e *quorum* rinforzato - assumere "(...) la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci". In effetti l'accordo presenta entrambe queste caratteristiche, perché può imporre all'impresa determinate prestazioni che potrebbero riverberarsi sull'oggetto sociale e sui diritti dei soci. Conseguentemente in tale tipo sociale la conclusione dell'accordo deve essere rimessa alla volontà dei soci, da assumere in assemblea col voto favorevole della maggioranza. Diretto corollario di ciò sarebbe rappresentato dal fatto che, trattandosi di una decisione di stretta competenza dei soci, gli atti degli amministratori con cui vi si dà esecuzione non sarebbero oggetto di un'autorizzazione, che com'è noto, non fa altro che rimuovere un ostacolo al compimento di un'attività già propria degli amministratori, bensì di una deliberazione vera e propria. Per quanto concerne il modello della s.p.a., sembra opportuno operare delle distinzioni tra società che adottano il modello monistico e tradizionale, in cui il potere è ripartito tra assemblea ed amministratori, e società che fanno ricorso al sistema dualistico in cui, com'è noto, gran parte delle decisioni vengono adottate dal consiglio di sorveglianza. Per quanto concerne le società che utilizzano i primi due modelli, dal momento che nella s.p.a. "la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori (art. 2380-bis, primo comma, c.c. con riferimento alle società con sistema di amministrazione tradizionale) o al consiglio di amministrazione" (art. 2409-septiesdecies, primo comma, c.c. con riferimento alle società che utilizzano il sistema monistico), appare necessario concludere che la competenza alla conclusione dell'accordo spetta agli amministratori. Peraltro tale competenza non potrà ritenersi "esclusiva", necessitando dell'autorizzazione dei soci, nel caso in cui con la decisione si mettano in discussione "le basi essenziali della scelta societaria", mentre potrà essere esercitata in via "esclusiva solo se l'atto gestorio non ha riflessi sull'ente - e, cioè, sul contenuto essenziale dei diritti partecipativi dei soci - oppure se ha riflessi indisponibili alle parti private". Per quanto concerne le società che adottano il modello dualistico il principio della competenza esclusiva della gestione dell'impresa all'organo amministrativo è contenuto nell'art. 2409-novies, primo comma, c. c., che in questo caso è il consiglio di gestione (cfr. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nelle società per azioni*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, 310; MOSCO, *Nuovi modelli di amministrazione e controllo e ruolo dell'assemblea*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di BENAZZO, PATRIARCA, PRESTI, Milano, 2003, 128; BOGGIO, *cit.*, 275 ss.).

260 FABIANI, *cit.*, 12; nello stesso senso: *Prontuario per la presentazione degli atti societari con invio telematico n. 51 del novembre 2005 (Camera di Commercio della Lombardia)*. In giurisprudenza: Trib. Enna, 26 settembre 2006. RACUGNO, *cit.*, 552 e D'AMBROSIO, *cit.*, 1814, sostengono che debba essere pubblicato il solo accordo; D'AMBROSIO specifica che in caso il debitore si sia avvalso dello strumento previsto dall'art. 182-ter l. fall., il deposito in Camera di Commercio avrà anche ad oggetto la proposta di transazione fiscale e il relativo assenso espresso dagli organi deputati a manifestare la volontà dell'erario. ZANICHELLI, *cit.*, 612 afferma che il deposito del solo accordo si giustifica con la necessità di non pubblicizzare al di là dello stretto necessario la situazione economica e finanziaria dell'impresa: un'eccessiva enfaticizzazione della situazione di crisi potrebbe comprometterne il risanamento. Peraltro sul

Per quanto riguarda la forma, il termine "pubblicazione" deve considerarsi atecnico²⁶¹: la disciplina del registro delle imprese non prescrive pubblicazioni, ma iscrizioni o depositi, a seconda delle modalità; in questo caso si tratta di una iscrizione²⁶²; controverso è se la sottoscrizione delle singole adesioni debba essere autenticata²⁶³.

All'iscrizione nel registro delle imprese si ricollegano *ex lege* due effetti di fondamentale importanza nel procedimento. Innanzitutto dalla data della pubblicazione iniziano a decorrere il termine di sessanta giorni in cui vengono sospese le azioni esecutive e cautelari²⁶⁴ e quello di trenta giorni per la proposizione di eventuali opposizioni. Inoltre "l'accordo acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione"²⁶⁵.

punto non c'è unanimità di vedute: secondo altri Autori oggetto dell'iscrizione non deve essere l'intero documento con relazione dell'esperto e documentazione, ma soltanto la notizia dell'intervenuto accordo, insieme all'informazione che l'accordo e la documentazione sono stati depositati presso il tribunale (in questo senso PROTO, *cit.*, 136). Secondo tale impostazione è importante che il ricorso con l'accordo e la documentazione siano depositati in tribunale prima della pubblicazione nel registro delle imprese per consentire ai creditori e ai terzi di prenderne visione tempestivamente per proporre eventualmente opposizione nei trenta giorni successivi.

261 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 137.

262 PROTO, *cit.*, 136; NARDECCHIA, *cit.*, 66; FABIANI, *cit.*, 12; SCIUTO, *cit.*, 342 afferma che la pubblicazione nel registro delle imprese deve essere intesa come "iscrizione con efficacia costitutiva", considerato che determina l'immediato blocco delle azioni esecutive e cautelari; nello stesso senso in giurisprudenza: Trib. Enna, 27 settembre 2006. Contra: DI MAJO, *cit.*, 690 che lo qualifica come deposito.

263 In giurisprudenza in Trib. Bari, 21 novembre 2005 viene considerata rilevante la mancata autenticazione della sottoscrizione dei creditori aderenti; Trib. Milano 25 marzo 2010 in www.ilcaso.it; Trib. Udine, 22 giugno 2007; Trib. Roma, 7 luglio 2005. Nello stesso senso NARDECCHIA, *cit.*, 36. Contra: PROTO, *cit.*, 132 che ritiene sia onere di ogni eventuale contro interessato effettuare i necessari controlli ed eventualmente contestare la veridicità delle adesioni di un singolo creditore; Trib. Rimini, 20 marzo 2009; Trib. Palermo, 27 marzo 2009, in *Dir. fall.*, 2010, 516. Nel senso che non possa essere lo stesso professionista che certifica l'attuabilità dell'accordo, non essendo questi un pubblico ufficiale v. FERRO, *cit.*, 1425.

264 E' stato rilevato che termine è molto breve (ZANICHELLI, *cit.*, 614): i procedimenti riprendono alla scadenza del termine di 60 gg., indipendentemente dallo stato del giudizio di omologazione. Il termine non può ritenersi prorogabile dal momento che paralizza eccezionalmente gli ordinari mezzi di tutela dei crediti; tuttavia nel senso di ammettere la proroga del termine VERNA, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di AMBROSINI, Bologna, 2008, 588. Chiaramente la sospensione opera per i creditori per causa anteriore alla data di pubblicazione dell'accordo, ma non per quelli il cui diritto è sorto successivamente: questi hanno dunque mano libera e la loro azione potrebbe pregiudicare la riuscita del piano. Questo elemento di criticità è stato tuttavia molto ridimensionato con la novella del 2010 (l. 30 luglio 2010, n. 122), che prevede la possibilità di inibire le azioni esecutive e cautelari (nonchè di acquisire titoli di prelazione) anche nella fase delle trattative in presenza delle condizioni di cui all'art. 182-bis, comma sesto.

265 Secondo App. Trieste 4 settembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, 311 l'omissione dell'iscrizione degli accordi nel registro delle imprese comporta, *a contrario*, l'inefficacia degli stessi. La tesi non sembra convincente (si veda infatti la nota critica di MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art 182-bis l. fall. e procedimento per la dichiarazione di fallimento*, il quale ricollega invece come effetto della mancata iscrizione il mancato esonero dalla revocatoria ex art. 67, comma terzo, l. fall.); tuttavia resta fermo che un accordo del quale sia stata omessa la pubblicazione non è omologabile. Quello che vi osterebbe non è però la pretesa inefficacia dell'accordo, quanto piuttosto il fermo del meccanismo delle

Occorre precisare che l'efficacia di cui parla l'art. 182-*bis* è solo quella legale dell'accordo nel suo complesso, perchè l'efficacia negoziale dipende dalla volontà dei contraenti²⁶⁶.

4. La relazione del professionista

Un ruolo chiave nel procedimento viene svolto dall'esperto, ossia il "*professionista in possesso dei requisiti dell'art. 67, terzo comma, lettera d)*" che deve attestare l'*"attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei"*.

Con il decreto correttivo 169/2007 si è deciso di uniformare i requisiti previsti dall'art. 182-*bis*, dall'art. 67, comma terzo lett. d) e dall'art. 161, prevedendo, in considerazione del fatto che si tratta di un'attività avente un contenuto marcatamente tecnico-contabile²⁶⁷, che il professionista incaricato debba possedere le caratteristiche contemplate dall'art. 28, lett. a) e b) 1. fall., e l'iscrizione nel Registro dei Revisori Contabili²⁶⁸. Pertanto può essere incaricato un professionista iscritto in albi (avvocati e

opposizioni, essenziale per il percorso procedimentale dell'omologazione (il termine di 30 giorni per proporre opposizione decorre infatti proprio dal giorno della pubblicazione del registro delle imprese).

266 FABIANI, *cit.*, 13. SCIUTO, *cit.*, 342 osserva che gli effetti negoziali se dipenderanno dalla pubblicazione nel registro delle imprese, vi dipenderanno per una scelta dell'autonomia negoziale (condizione negoziale sospensiva fino a quando non interviene l'omologazione, ovvero risolutiva, in caso l'omologazione non intervenga o in caso di successiva apertura del fallimento) e non certo automaticamente *ex lege*.

267 Così afferma la Relazione illustrativa l d. Lgs. 169/2007. Sul punto v. D'AMBROSIO, *cit.*, 1812; FABIANI, *Le trasformazioni della legge fallimentare*, in *Foro it.*, 2005, V, 161. Nonostante i requisiti richiesti dal professionista siano stati uniformati per accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e concordato preventivo, apparentemente per le tre procedure l'esperto è chiamato a rilasciare un'attestazione differente: nel caso del piano di risanamento ex art. 67 il professionista deve attestare la ragionevolezza del "*piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria*". Nel caso degli accordi di ristrutturazione, egli deve redigere una "*relazione sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei*". Infine la proposta di concordato preventivo deve essere accompagnata dalla relazione del professionista che "*attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo*". FORTUNATO, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2009, 890 afferma che nonostante la diversità dei termini "attestazione" e "relazione", questi non si contrappongono ma si integrano e la funzione assolta dall'esperto è in tutti e tre i casi una funzione di controllo e di garanzia destinata ad operare non solo nei confronti dell'imprenditore ma anche nei confronti dei terzi.

268 Nell'originaria formulazione l'art. 182-*bis* stabiliva che la relazione fosse redatta da un "esperto", senza precisare le caratteristiche professionali di quest'ultimo; si riteneva quindi che l'incarico potesse

commercialisti), ma anche uno studio professionale associato, o una società tra professionisti, purchè sia nominata la persona fisica da ritenersi responsabile della relazione.

La nomina viene effettuata dallo stesso debitore, d'intesa con i creditori aderenti²⁶⁹. Il soggetto incaricato non deve trovarsi in conflitto d'interessi²⁷⁰ e l'assenza di conflitto è opportuno che sia attestata da una dichiarazione allegata alla relazione. La mancanza del requisito professionale sopra menzionato e la mancanza della dichiarazione relativa all'assenza di conflitto di interessi dovrebbero determinare il rigetto della domanda²⁷¹.

Poichè il professionista è nominato dal debitore non assume incarico giudiziario; il suo compenso va calibrato sulla tariffa professionale di appartenenza. Il credito è munito del privilegio di cui all'art. 2751 n. 2 c.c.²⁷², e gode del trattamento della prededuzione nel successivo eventuale fallimento²⁷³.

Veniamo al contenuto e alle caratteristiche della relazione.

La relazione dovrà riguardare, secondo quanto dispone l'art. 2501-*bis*, commi 2 e 4, la ragionevolezza e l'attuabilità dell'accordo²⁷⁴ e in particolare la sua idoneità ad assicurare

essere affidato non solo a dottori commercialisti, ma a qualsiasi esperto nell'ambito delle crisi d'impresa.

269 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 144; NARDECCHIA, *cit.*, 59 ss. Tuttavia una parte della dottrina (FERRO, *Il piano attestato di risanamento*, in *Fallimento*, 2005, 1361; JORIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa tra privatizzazione e tutela finanziaria*, *ivi*, 1457) ritiene che la nomina dell'esperto debba essere fatta dal presidente del Tribunale allorchè l'accordo di ristrutturazione riguardi una spa o una sapa. In un recente caso di omologa di un accordo di ristrutturazione (Trib. Rimini, 20 marzo 2009, in www.ilcaso.it) 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*.

270 Si noti tuttavia che non sono state richiamate le incompatibilità previste dall'art. 28, ult. comma, l. fall., con l'effetto di consentire che la relazione di cui all'art. 182-*bis* possa essere redatta da un professionista che si trovi in una delle situazioni di incompatibilità per la nomina di curatore fallimentare. FABIANI, *cit.*, 13 afferma che la questione dell'indipendenza si pone sia nei confronti dell'imprenditore che del professionista che ha confezionato il piano e predisposto gli accordi. Una preferenza per la dualità dei professionisti non può venire negata, posto che l'indipendenza condiziona l'attendibilità della relazione. Nello stesso senso si pronuncia il campione di giudici intervistati in uno studio condotto nei principali Tribunali italiani: il 66% contro il 34% afferma che i due soggetti devono essere diversi (VELLA, D'AMORA, *Professionista attestatore*, in *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Concordato preventivo concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti* a cura di FERRO, RUGGIERO, DI CARLO, Torino, 2009, 444).

271 D'AMBROSIO, *cit.*, 1812; PROTO, *cit.*, 132. Peraltro la mancanza della dichiarazione può comunque essere sanata prima della pronuncia dell'organo giurisdizionale.

272 FABIANI, *cit.*, 14.

273 A seguito delle modifiche intervenute nella disciplina con la l. 122/2010.

274 VALERIO, *cit.*, 678 afferma che nello specifico i compiti dell'esperto sono i seguenti: 1) dare atto della verifica degli accordi conclusi dal debitore con i diversi creditori e del loro contenuto; 2) analizzare i dati aziendali, indicando le verifiche compiute in ordine all'intera esposizione debitoria; 3) dopo aver

il regolare pagamento dei creditori estranei²⁷⁵. L'attestazione sarà quindi 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. La consegna della relazione esaurisce l'attività del professionista, salvo successive integrazioni eventualmente richieste in sede di omologa²⁷⁶.

La norma è completamente silente sui criteri ai quali il professionista deve attenersi nella sua valutazione e risulta dibattuta in dottrina l'ampiezza del suo giudizio.

Secondo alcuni autori²⁷⁷ il giudizio di attuabilità del piano presuppone un attento esame della situazione patrimoniale economica e finanziaria dell'impresa mediante una verifica effettiva²⁷⁸ o anche solo solo documentale²⁷⁹, in quanto nell'esercizio dello stesso occorrerebbe presumere, salvo che emergano elementi contrari, la veridicità delle scritture contabili. Tuttavia appare evidente che il professionista non può recepire acriticamente dati contabili palesemente contraddittori, dovendo comunque effettuare un controllo sulla attendibilità dei dati di partenza²⁸⁰.

verificato l'intero passivo, dovrà attestare l'idoneità dell'accordo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

275 Sul concetto di "regolare pagamento" si veda il paragrafo 1.3. VALERIO, *cit.*, 679 precisa che per creditori estranei all'accordo dovranno intendersi non solo coloro che volontariamente non hanno aderito all'accordo di ristrutturazione, ma anche coloro che non ne siano venuti a conoscenza.

276 BELLO, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa e del fallimento*, a cura di DI MARZIO, Milano, 2006, 494.

277 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.*, 2007, 932; PROTO, *cit.*, 133.

278 DE CRESCIENZO - PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005.

279 PROTO, *cit.*, 132.

280 V. quanto osserva STASI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006, 861 ss.: «Ma qual è il contenuto della relazione? A mio avviso, l'esperto deve formulare un giudizio critico sui contenuti del piano: verificando, anzitutto, la validità delle metodologie adottate per l'individuazione dei fattori di crisi, la correttezza delle diagnosi, la sussistenza delle condizioni per risanare l'azienda. E tutto ciò mediante un riesame delle analisi svolte sui sistemi competitivi, sistemi di prodotti, sistemi di relazioni con gli interlocutori sociali, strutture organizzative, strutture operative. L'esperto dovrà inoltre verificare la congruità delle terapie indicate nel piano e la verosimiglianza delle ipotesi assunte per la formulazione dei budgets, anche dal punto di vista dei tassi di crescita del fatturato, tenendo conto anche della prevedibile evoluzione dei mercati, nonché dell'economia in generale. Anche se la legge non lo dice espressamente, ritengo che l'esperto non possa prescindere da un preventivo esame della veridicità dei dati aziendali posti a fondamento del piano su cui si fonda il modello di business e che, in virtù del già segnalato rinvio all'art. 2501sexies, egli abbia il dovere di verificare tutta la documentazione utile sottostante con il conseguente diritto di ottenere dal debitore tutte le informazioni e i documenti utili e di procedere ad ogni necessario riscontro. Ritengo, inoltre, che, oltre alla fattibilità economica, l'esperto debba pure valutare la legalità delle operazioni previste nel piano: così in presenza di un gruppo di società, ove siano previsti interventi finanziari da parte delle altre entità del gruppo, dovrà essere valutata l'esistenza di un interesse concreto ad effettuare l'intervento potendosi altrimenti reputare l'atto viziato da nullità siccome estraneo all'oggetto sociale

Secondo altri autori²⁸¹ l'esperto dovrebbe garantire la veridicità dei dati aziendali. La necessità dell'attestazione di veridicità dei dati aziendali potrebbe farsi derivare dal rinvio all'art. 161 l.fall., che prevede proprio la presentazione della suddetta attestazione tra le formalità da rispettare per il deposito del ricorso e della documentazione allegata, in considerazione del fatto che i requisiti del professionista che attesta il piano nel concordato preventivo sono gli stessi previsti nell'ambito degli accordi di ristrutturazione²⁸². In base a questo secondo orientamento, il professionista non potrà limitarsi a garantire la mera corrispondenza tra i dati utilizzati nel piano e la contabilità aziendale, dovendone invece garantire l'esattezza²⁸³ come presupposto del giudizio di fattibilità.

Vi è poi chi²⁸⁴ distingue a seconda che i dati provengano da soggetti non fidefacienti, quali ad esempio gli amministratori di una società, o da soggetti fidefacienti, come una società di revisione. Nel primo caso, il professionista non si può considerare esentato da un'attività di controllo diretto e sostanziale della veridicità dei dati, attività che dovrà essere ricondotta ai principi di revisione elaborati dalla commissione paritetica dottori commercialisti e ragionieri; ma anche, come nel secondo caso, i dati provengano da una società che certifica i bilanci, il professionista non può legittimamente limitare il suo controllo alla verifica dell'autorevolezza delle fonti da cui i dati stessi provengono, ma deve accertare se la veridicità dei dati contabili sia stata debitamente riscontrata.

La valutazione dell'esperto deve concretizzarsi in un esame prognostico sulla

della società erogante e potendo esso altresì integrare gli estremi della fattispecie di infedeltà patrimoniale prevista dall'art. 2634 codice civile. Il nucleo decisivo della relazione dell'esperto consiste nel giudizio di ragionevolezza del piano nel suo complesso e della sua capacità di generare risorse sufficienti per il soddisfacimento dell'esposizione debitoria».

281 AMBROSINI, *cit.*, 172; FORTUNATO, *cit.*, 892. Nello stesso senso si pronuncia il campione di giudici intervistati in uno studio condotto nei principali Tribunali italiani: il 79% (contro il 21%) afferma che il professionista deve attestare anche la veridicità dei dati aziendali (VELLA, D'AMORA, *Professionista attestatore*, in *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Concordato preventivo concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti* a cura di FERRO, RUGGIERO, DI CARLO, Torino, 2009, 444).

282 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 145.

283 In questo senso: FRASCAROLI-SANTI, *cit.*, 145; D'AMBROSIO, *cit.*, 1813; FALCONE, *Gli accordi di ristrutturazione*, in BONFATTI-PANZANI (a cura di), *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, 794; in giurisprudenza in questo senso: Trib. Milano 10 novembre 2009; Trib. Messina, 29 dicembre 2005; Tribunale di Pescara, 20 ottobre 2005. Tuttavia in senso contrario all'attestazione di veridicità dei dati aziendali: PROTO, *cit.*, 133; RACUGNO, *cit.*, 551. Sulle verifiche a cui è tenuto il professionista si veda anche STANGHELLINI, *Gli accordi di ristrutturazione e il piano di risanamento*, in *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa*, a cura di JORIO, Milano, 2008, 123.

284 NARDECCHIA, *La relazione del professionista ed il giudizio di omologazione negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2010, 216.

realisticità dello scenario ipotizzato nell'accordo²⁸⁵, al fine di esprimere un "motivato giudizio professionale di alta probabilità"²⁸⁶. L'attuabilità dell'accordo deve essere valutata in relazione agli obiettivi fissati dallo stesso ed ai mezzi ai quali si fa ricorso per la sua realizzazione, in relazione alla documentazione allegata ai sensi dell'art. 161, comma secondo²⁸⁷; devono poi essere sviluppate una serie di previsioni prudenziali basate su criteri sensibili (le c.d. *sensivity*), predisposte essenzialmente sull'avveramento dei peggiori scenari possibili²⁸⁸.

L'esperto è tenuto a redigere una relazione priva di vizi nei suoi passaggi logico-argomentativi, nella quale esplicitare le proprie considerazioni in merito agli effetti del piano di ristrutturazione per il risanamento della crisi.

La relazione assume una duplice funzione: informativa nei confronti dei creditori, sia aderenti, sia estranei, sia di qualunque altro interessato; istruttoria nei confronti del tribunale, in quanto quest'ultimo fonderà il suo giudizio per omologare l'accordo fondamentalmente sulle conclusioni del professionista²⁸⁹.

Il professionista termina il suo incarico con la consegna della relazione ed è escluso ogni suo altro compito di controllo e supervisione dell'accordo²⁹⁰.

Connessa all'opera del professionista, vi è una responsabilità civile e penale.

Non è ravvisabile una responsabilità penale ex art. 64 c.p.c. e più in generale le disposizioni del codice penale relative ai periti, in quanto non si tratta di un consulente tecnico nominato dal giudice²⁹¹; si possono poi escludere tutte le fattispecie legate ai delitti di falso per mancanza della qualità di pubblico ufficiale in capo al professionista; ma in

285 FORTUNATO, *cit.*, 891.

286 L'espressione è di VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182-bis l. fall.)*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 947; nello stesso senso FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 144; FERRO, *cit.*, 1426.

287 Tra i compiti dell'esperto rientra l'accertamento del fatto che sussista il consenso dei creditori che rappresentino almeno il 60 % dei crediti; l'esperto dovrà inoltre verificare la correttezza dell'esclusione dal computo del totale dei crediti di quelli contestati, sempre ai fini del raggiungimento della soglia del 60%. Così Trib. Bari, 21 novembre 2005. In questo senso in dottrina: FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 145; RACUGNO, *cit.*, 551.

288 FISCHETTI, *cit.*, 523.

289 FABIANI, *cit.*, 14.

290 VALERIO, *cit.* 679 che precisa anche che se l'esperto, successivamente alla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, ritenga di modificare alcuni suoi aspetti, e il debitore non provveda al deposito dell'integrazione dell'accordo presso il registro delle imprese, egli deve ritenersi legittimato a proporre opposizione se dalle modifiche non apportate sarebbe scaturita l'illegittimità dell'accordo.

291 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 146; D'AMBROSIO, *cit.*, 1813.

relazione alle specifiche condotte, si possono ipotizzare diverse fattispecie di reato, dalla bancarotta alla truffa, in concorso²⁹².

Le forme di responsabilità civile sono più nitide. Innanzitutto occorre premettere che quella del professionista si configura come un'obbligazione di mezzi e non di risultato: l'adempimento non si commisura al risultato richiesto e perseguito, ma alla diligenza osservata nel comportamento tenuto al fine di perseguire quel determinato risultato; egli dovrà quindi ritenersi adempiente anche se non pervenga al rilascio della attestazione, allorchè raggiunga il convincimento che il piano non abbia le qualità richieste dalla normativa per assolvere alla sua funzione²⁹³.

Nei confronti dell'imprenditore che lo ha designato, per inadempimenti connessi ad un espletamento dell'incarico non conforme a quanto pattuito, risponderà a titolo contrattuale e secondo la diligenza professionale (art. 1176 c.c., secondo comma)²⁹⁴. In caso di successivo fallimento dell'imprenditore, l'azione di responsabilità per far valere il risarcimento del danno patito dalla massa dei creditori, può essere esercitata dal curatore, che deve dimostrare la colpa grave o il dolo del professionista (si tratta infatti di una prestazione d'opera intellettuale) e il fatto che il ricorso alla procedura degli accordi di ristrutturazione ha ritardato la dichiarazione di fallimento e, *medio tempore*, si è aggravato il dissesto²⁹⁵.

Nei confronti dei creditori estranei, ma anche nei confronti di quelli aderenti all'accordo, si dovrebbe configurare una responsabilità contrattuale²⁹⁶, dal momento che

292 FABIANI, *cit.*, 15 che afferma che non è invece applicabile l'art. 236 l. fall., perchè relativo al concordato preventivo e non estensibile agli accordi per il divieto di analogia *in malam partem*.

293 FORTUNATO, *cit.*, 893.

294 In questo senso FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 145; FORTUNATO, *cit.*, 893; PROTO, *cit.*, 133; nello stesso senso D'AMBROSIO, *cit.*, 1813 il quale specifica che nei confronti dell'imprenditore mandante trova applicazione la responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.), ma solo in caso di dolo o colpa grave, dovendosi riconoscere che la relazione sugli accordi di ristrutturazione, sui piani di risanamento e sul piano del concordato preventivo, trattandosi di un elaborato incentrato prevalentemente su elementi congetturali, implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà (art. 2236 c.c.).

295 D'AMBROSIO, *cit.*, 1813. Però nel senso che anche in caso di fallimento la legittimazione a promuovere l'azione risarcitoria spetterebbe ai singoli creditori FABIANI, *cit.*, 16.

296 FORTUNATO, *cit.*, 894. Anche FABIANI, *cit.*, 15 afferma che nel caso dei creditori aderenti potrebbe configurarsi una responsabilità contrattuale, valorizzando la circostanza che il professionista svolge un incarico che ha precisi contorni delimitati dalla legge. La relazione può essere fonte di danni con riguardo all'induzione all'adesione dell'accordo e con riferimento, anche, alla mancata proposizione di un'opposizione. Tuttavia l'Autore sostiene che nei confronti dei creditori non aderenti dovrebbe trattarsi di una responsabilità extracontrattuale; qui la lesione può essere individuata nella perdita della *chance* derivante dall'impossibilità di esercitare l'azione revocatoria, per effetto dell'esenzione provocata

sia gli uni che gli altri sono espressamente contemplati dal piano - agli aderenti vengono richieste concessioni e rinunce sul proprio diritto patrimoniale e ai creditori non aderenti viene promesso il regolare pagamento – e nei confronti di entrambi il professionista assume un obbligo di protezione.

Ulteriori terzi, nuovi contraenti o nuovi creditori, potrebbero invocare la responsabilità extracontrattuale del professionista²⁹⁷, dovendo allora dimostrare il danno patito e il suo insorgere a causa dell'affidamento fatto sulla relazione del professionista, affetta da dolo o colpa grave²⁹⁸.

Occorre poi domandarsi se l'intervenuta omologazione non valga ad interrompere il nesso di causalità, nonostante la successiva scoperta della originaria non attuabilità o fattibilità del piano dolosamente attestata. Ciò dipende dall'ambito del sindacato che si riconosca al tribunale in sede omologatoria: se si ritiene che il Tribunale effettui un sindacato di merito sull'attuabilità dell'accordo, la relazione diventerebbe uno degli elementi sottoposti al suo giudizio e potrebbe quindi ritenersi interrotto il nesso di causalità tra comportamento colposo dell'esperto e danno lamentato dall'imprenditore, dal creditore o dal terzo; a conclusione opposta si arriva se il sindacato del Tribunale si considera di legittimità²⁹⁹.

Si dovrebbe comunque ritenere che il fallimento dell'impresa, di per sè, in seguito all'omologazione, non possa far sorgere una responsabilità del professionista attestatore, il cui operato è stato già oggetto di un giudizio positivo in sede di omologa: sarebbe infatti eccessivamente gravoso attribuire al professionista attestatore una responsabilità per un ipotetico danno causato ai creditori, danneggiati da atti di disposizione dell'impresa fallita, attuati in esecuzione dell'accordo³⁰⁰.

dall'omologa dell'accordo.

297 FORTUNATO, *cit.*, 895.

298 AMBROSINI, *cit.*, 172; PRESTI, *cit.*, 35; D'AMBROSIO, *cit.*, 1813 sottolinea che l'azione può essere esperita anche in pendenza di fallimento dell'impresa, anche se con rilevanti difficoltà probatorie.

299 FORTUNATO, *cit.*, 895. Secondo VALERIO, *cit.*, 678 l'intento del legislatore è quello di sollevare il tribunale dal compito della verifica nel merito del contenuto dell'accordo, demandando ad un soggetto privato di particolare esperienza, il professionista, tale funzione di garanzia sostanziale.

300 In questo senso GALARDO, *cit.*, 49 che puntualizza che le vicende dell'impresa, anche se successive all'omologazione dell'accordo, sono conseguenza di scelte strategiche del *management* o di fattori di mercato, non di prospettazioni del professionista attestatore, confermate dal giudice dell'omologa. In questo senso sembra andare anche la l. 122/2010, con la quale sono state previste delle ipotesi di esenzione dai reati di bancarotta semplice e preferenziale con riguardo ai pagamenti e agli atti attuativi di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato.

Ultimo aspetto da appurare è se l'attestazione positiva dell'esperto circa l'idoneità dell'accordo possa far venire meno una eventuale responsabilità dolosa e colposa della banca per abusiva concessione del credito. Parte della dottrina³⁰¹ si esprime sul punto in senso positivo; nella stessa direzione sembrano andare anche le Linee Guida per il finanziamento delle Imprese in Crisi del 2010, che considerano l'apporto di nuova finanza, nell'ambito della procedura di salvataggio attuata ex art. 182-*bis*, perfettamente lecito, se posto in essere in esecuzione di un accordo omologato, anche se poi è seguito il fallimento dell'impresa³⁰².

Tuttavia è stato anche sostenuto che³⁰³ benchè la relazione dell'esperto sia da considerarsi un valido strumento ai fini della valutazione del rischio dell'operazione di concessione del credito, esso non possa però costituire l'unico elemento in base al quale la banca eroga il credito, considerata la mancanza di terzietà nell'atto di nomina. Resta infine da capire se, sulla stessa scia, le medesime considerazioni possano valere anche in caso di omologazione dell'accordo da parte del Tribunale. In questo caso è stato osservato che, quand'anche il giudizio di omologazione consista in un giudizio di merito, assistito anche dalla valutazione di un esperto, ciò non porta ad escludere che dello stato di crisi la banca abbia una conoscenza *ex ante*, così che nei suoi confronti possa pretendersi una maggiore perizia nella concessione del credito; è allora sulla diligenza professionale del banchiere che riposa la scelta, sempre discrezionale, in ordine al "merito creditizio"³⁰⁴; aderendo a questa impostazione, si può configurare per la banca una responsabilità per concessione abusiva del credito³⁰⁵.

Restano poi ferme le responsabilità disciplinari per condotte poste in essere in violazione delle norme deontologiche, dal momento che il professionista deve essere iscritto in appositi albi e che esistono regole di condotta da osservare nell'espletamento dell'incarico³⁰⁶.

301 DE CRESCIENZO - PANZANI, *cit.*, 79.

302 Nello stesso senso GALARDO, *cit.*, 165.

303 BRUNO, *Gli accordi di salvataggio nella riforma del diritto fallimentare e la responsabilità per concessione abusiva del credito*, in *Dir. fall.*, 2010, 284.

304 BRUNO, *cit.*, 287.

305 BRUNO, *cit.*, 288 osserva che considerata la necessità che non si pongano freni eccessivi all'erogazione del credito bancario nelle crisi d'impresa, è prudente fissare l'elemento soggettivo solo nel dolo e nella colpa grave.

306 FABIANI, *cit.*, 16.

5. Effetti dell'accordo nella fase antecedente all'omologazione. Il divieto di azioni esecutive e cautelari

Gli accordi di ristrutturazione producono effetti differenti, a seconda che ci si trovi nella fase antecedente all'omologa o in quella successiva alla stessa.

Come già sottolineato, per quanto riguarda la fase antecedente, l'accordo dispiega effetti negoziali³⁰⁷ ed effetti legali - questi ultimi legati alla pubblicazione dello stesso - ossia il diritto di opposizione e il divieto di azioni esecutive e cautelari.

L'originaria formulazione dell'art. 182-*bis*, prevista dalla disciplina del 2005, lasciava esposto alle aggressioni il patrimonio dell'imprenditore che avesse pubblicato l'intervenuto accordo con i creditori, dal momento che non era previsto alcun impedimento alle azioni esecutive e cautelari, che potevano iniziare o proseguire tanto i creditori estranei che gli stessi aderenti all'accordo, nel caso in cui non si fossero esplicitamente impegnati a sospenderle. Ovviamente l'assenza di tutela comportava una maggiore difficoltà nella programmazione del piano, potendo variare in modo imprevedibile la consistenza del patrimonio³⁰⁸.

A questa situazione ha posto rimedio la disciplina dettata dal decreto correttivo, con l'introduzione di un secondo comma nell'art. 182-*bis*, che prevede che dalla data della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese cominci la sospensione per la durata di sessanta giorni dell'esercizio di azioni cautelari ed esecutive³⁰⁹ sul patrimonio del

307 La FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 167 osserva che fino alla pubblicazione nel registro delle imprese, l'accordo è soggetto alla disciplina privatistica riferibile al modello contrattuale concluso, tenuto conto delle clausole di salvezza in esso contenute. Da respingere sarebbe invece la tesi in base alla quale gli effetti protettivi opererebbero dalla data del deposito dell'accordo e che fino a tale deposito l'efficacia sarebbe sospensivamente condizionata e sottoposta alla disciplina dell'art. 1358 c.c., intendendosi, peraltro che il momento di perfezione dell'accordo coincida con la pubblicazione nel Registro delle Imprese (in questo senso: AMBROSINI, *cit.*, 2550). DI MAJO, *cit.*, 688 ritiene che l'accordo prima della pubblicazione sia privo di un effetto sostanziale, se non quello di onerare il creditore di revocare l'assenso prestato, se non altro per impedire l'effetto conservativo ex art. 1358 c.c., mentre è solo con la pubblicazione che l'accordo, oltre a rendere irretrattabile quanto in esso contenuto, è capace di produrre non solo gli effetti enunciati dall'art. 182-*bis*, ma anche il pieno effetto vincolante che è proprio del contratto (art. 1372 c.c.). Cfr. sul punto: NARDECCHIA, *cit.*, 88.

308 ZANICHELLI, *cit.*, 614.

309 Sull'inserimento dell'istanza di fallimento tra le azioni esecutive v. paragrafo 8.

debitore da parte dei creditori anteriori per titolo e per data³¹⁰; inoltre a norma dell'art. 168 l. fall., comma secondo, richiamato dall'art. 182-*bis*, le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti precedenti restano sospese e le decadenze non si verificano³¹¹.

Tale divieto si estende a tutti i creditori anteriori, a quelli estranei e a quelli aderenti all'accordo³¹².

Due le criticità principali rimaste anche dopo la modifica apportata dal correttivo. Innanzitutto il termine, che è molto breve e non può essere prorogato, dal momento che paralizza eccezionalmente gli ordinari mezzi di tutela dei crediti³¹³. Dunque, i procedimenti riprendono alla scadenza del termine di sessanta giorni, indipendentemente dallo stato del giudizio di omologazione³¹⁴.

310 Si tratta di una "automatica protezione" garantita sul patrimonio dell'imprenditore che abbia pubblicato presso il registro delle imprese un accordo di ristrutturazione, la cui attuazione prescinde da una domanda di parte; la protezione risulta funzionale all'attuazione dell'accordo e alla sua idoneità ad assicurare il pagamento dei creditori estranei. In questo senso FERRO, *cit.*, 369; BONFATTI, *cit.*, 103. Secondo VALERIO, *cit.*, 680 la protezione garantita sul patrimonio dell'imprenditore dall'art. 182-*bis* è distinta e di portata inferiore da quella attribuita all'imprenditore che abbia presentato domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo ex art. 168 l. fall.. Infatti: 1) è limitata ai soli "atti ostili" dei creditori, ma non preclude il compimento di atti di disposizione da parte dell'imprenditore, che restano validi ed efficaci (salva la possibilità di esperire la revocatoria); 2) non si produce alcuna preclusione per il debitore di procedere all'adempimento di obbligazioni pregresse o alla costituzione di debiti pregressi, ricavabile per il fallimento dall'art. 44 l. fall. e per il concordato preventivo dall'art. 167 l. fall.; 3) il debitore è l'unico che può ottenere la protezione assicurata dall'art. 182-*bis*, in sede di opposizione all'esecuzione o nei giudizi cautelari eventualmente instaurati richiedendo l'inibizione delle iniziative ostili dei creditori estranei all'accordo; è omissivo ogni richiamo alle previsioni di cui agli artt. 44 e 45 l. fall. per l'imprenditore fallito e all'art. 168, comma terzo, l. fall., per l'imprenditore ammesso al concordato preventivo.

311 D'AMBROSIO, *cit.*, 1823 osserva che gli effetti sulla prescrizione vanno limitati alla portata della disposizione e si riferiscono ai termini suscettibili di interruzione mediante atti esecutivi, che vanno riferiti, quindi, ai soli creditori già muniti di titolo esecutivo; il richiamo consente di applicare agli accordi di ristrutturazione il principio per il quale, nel periodo di vigenza del provvedimento cautelare, sono sospese le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti esecutivi inibiti. Questo aggiunge un nuovo tassello alla "privatizzazione dell'insolvenza".

312 D'AMBROSIO, *cit.*, 1821.

313 ZANICHELLI, *cit.*, 614 osserva che il termine finale avrebbe dovuto essere correlato alla pronuncia del tribunale, in quanto è possibile che il giudizio non intervenga entro il lasso di tempo in cui opera l'ombrello protettivo ed entro il quale riacquistano la possibilità di agire esecutivamente tanto i creditori estranei che quelli aderenti, se hanno subordinato l'impegno a non attivarsi alla condizione che l'omologa abbia luogo prima del periodo di sospensione, così da non essere posti in situazione di svantaggio rispetto ai non aderenti. D'AMBROSIO, *cit.*, 1823 ritiene però che un creditore non aderente, per eludere il temporaneo impedimento all'azione in corso, potrebbe opporsi all'accordo di ristrutturazione, in modo da far scadere il termine cautelare senza che gli accordi siano omologati e quindi eseguibili. L'Autore sostiene allora che nelle more del procedimento di opposizione, su richiesta del debitore, il tribunale possa concedere una proroga fino alla pubblicazione del decreto con cui viene deciso il ricorso del debitore e l'opposizione del creditore; la sospensione non dovrebbe però estendersi alla generalità dei creditori non aderenti e non oppositori.

314 ZANICHELLI, *cit.*, 615 osserva che la pronuncia del tribunale non ha effetti processuali sul

Ulteriore aspetto problematico è dato dal fatto che la sospensione opera per i creditori per causa anteriore alla data di pubblicazione dell'accordo, ma non per quelli il cui diritto è sorto in un momento successivo. L'azione di questi potrebbe pregiudicare la riuscita del piano perchè, anche in pendenza del giudizio di omologa, l'impresa resta attiva e continua ad operare. Inoltre, non si produce in capo al debitore nessuna preclusione di procedere all'adempimento di obbligazioni pregresse o alla costituzione di garanzie per debiti pregressi³¹⁵.

Deve quindi ritenersi che mentre le nuove esecuzioni devono considerarsi inefficaci, quelle già pendenti possono continuare solo per quelle attività che non pregiudicano la definitiva disponibilità del bene o la partecipazione degli altri creditori³¹⁶.

Il riferimento generico alle "azioni cautelari" parrebbe estendere l'effetto sospensivo del provvedimento cautelare previsto dall'art. 182-*bis* a quelle azioni dirette a tutelare diritti diversi dai crediti concorsuali, come gli obblighi di fare o non fare, dunque oltre i limiti previsti dall'art. 168 l.fall.; tuttavia, il divieto non riguarda i beni di terzi che hanno fornito garanzia reale o personale a garanzia del credito³¹⁷. Per converso, diversamente da quanto stabilito nell'art. 168, ultimo comma l. fall. a proposito del concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione il divieto era limitato alle azioni esecutive e cautelari, sì che anche ad accordo pubblicato e durante l'*iter* del giudizio di omologazione potevano essere acquisiti diritti di prelazione; sul punto è però intervenuta la l. 122/2010 (vedi *infra* paragrafo 5.1.).

Poichè il provvedimento cautelare è funzionale all'attuazione dell'accordo, il divieto

procedimento esecutivo, ma ha solo l'effetto pratico di consentire al debitore di dirottare le disponibilità per fronteggiare l'esecuzione; peraltro, ovviamente, nella valutazione sull'attuabilità del piano, peserà l'indisponibilità di alcuni cespiti, considerate le esecuzioni in atto o di imminente proposizione.

315 VALERIO, *cit.*, 681. L'Autore osserva che invece tale preclusione si ricava per il fallimento dall'art. 44 l.fall. e per il concordato preventivo dall'art. 167 l. fall. D'AMBROSIO, *cit.*, 1822 osserva che da questo punto di vista il meccanismo automatico presenta il rischio di uno spregiudicato sfruttamento dell'istituto da parte dell'imprenditore, magari in accordo con alcuni creditori, vista l'assenza di un organo di controllo, come invece avviene nel concordato preventivo, con la presenza del giudice delegato e del commissario straordinario.

316 ZANICHELLI, *cit.*, 614 osserva infatti che la *ratio* della disposizione è quella di congelare la consistenza patrimoniale dell'imprenditore in attesa del giudizio sulla legittimità dell'accordo e dunque sulla sua efficacia, con liberazione di risorse che consentano di soddisfare i creditori estranei, contemporaneamente evitando che siano pregiudicate le possibilità di concorrere degli aderenti.

317 D'AMBROSIO, *cit.*, 1821; nello stesso senso NARDECCHIA, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2011 osserva che questo strumento protettivo non potrebbe quindi impedire l'esercizio della domanda di restituzione di beni concessi in *leasing* o delle azioni di sfratto o di rilascio.

non potrà estendersi ai beni del debitore che non vi siano ricompresi e non facciano parte del patrimonio messo a disposizione dei creditori per l'esecuzione dell'accordo. Inoltre a differenza di quanto previsto nella procedura fallimentare dall'art. 51 l. fall., l'art. 182-*bis* l. fall. non contiene alcuna clausola di salvaguardia di diverse disposizioni di legge, con la conseguenza che il provvedimento cautelare produrrà i suoi effetti sospensivi anche nei confronti delle azioni esecutive "speciali" e quindi anche, ad esempio, delle esecuzioni per credito fondiario³¹⁸.

L'unico che può ottenere la protezione assicurata dalla norma, in sede di opposizione all'esecuzione o nei giudizi cautelari eventualmente instaurati, è il debitore, che può richiedere la sospensione o l'inibizione delle iniziative ostili dei creditori estranei all'accordo; è esclusa la possibilità che i creditori aderenti possano procedere con un'azione surrogatoria³¹⁹.

5.1. Il divieto di azioni esecutive e cautelari dopo il d.l. 31 maggio 2010, n. 78 convertito in l. 122/2010

La disciplina sopra esposta è stata ancora successivamente e recentemente modificata con l'art. 48 del d.l. 78/2010, convertito in l. 122/2010. Con questo intervento il legislatore ha esteso l'efficacia del divieto di azioni esecutive e cautelari (aggiungendovi il divieto di acquisire titoli di prelazione non concordati) al periodo delle trattative funzionali al raggiungimento dell'accordo di ristrutturazione dei debiti³²⁰.

Più specificamente, l'art. 182-*bis* l. fall. è stato integrato come segue:

a) il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione

318 D'AMBROSIO, *cit.*, 1821.

319 In questo senso BONFATTI, *cit.*, 105 ove viene esclusa la sussistenza dei presupposti per iniziative surrogatorie sia di diritto sostanziale *ex art. 2900 c.c.*, che di diritto processuale *ex art. 81 c.p.c.*

320 La relazione illustrativa al d.l. n. 78/2010 precisa infatti che "*la prassi applicativa evidenzia come momento cruciale e critico anche quello delle trattative, nel corso delle quali è del pari importante eliminare eventuali azioni di disturbo e consentire alle parti in trattativa di fotografare con certezza i beni patrimoniali dell'impresa per determinare le misure concretamente realizzabili per la ristrutturazione dei debiti*".

dell'accordo, depositando presso il tribunale competente³²¹ la documentazione di cui all'art. 161 l. fall.³²², primo e secondo comma³²³, e una proposta di accordo corredata da (a) una dichiarazione dell'imprenditore (con valore di autocertificazione)³²⁴ attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e (b) una dichiarazione del revisore contabile abilitato circa la idoneità della proposta (se accettata) ad assicurare il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare³²⁵. L'istanza di sospensione³²⁶ è pubblicata nel registro delle imprese 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 (c.d. *automatic stay*)³²⁷.

321 Il tribunale competente è quello individuato ai sensi dell'art. 9 l. fall., come precisato dalla l. 122/2010: in questo modo il legislatore ha allineato fallimento, concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti. Da notare che prima della novella del 2010 l'art. 9 non si riteneva concordemente applicabile agli accordi di ristrutturazione dei debiti. Sul punto v. RACUGNO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 665.

322 In base all'art. 161 l. fall. la domanda per l'ammissione alla procedura deve essere presentata con ricorso unitamente a: una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; lo stato analitico ed estimativo delle attività e 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 sui beni di proprietà o in possesso del debitore; il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

323 AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella l. 122/2010*, in *Fallimento*, 2011, 642 osserva che nonostante il mancato richiamo al terzo comma dell'art. 161, è da ritenere che per la società la domanda debba essere approvata con le modalità prescritte, in tema di concordato fallimentare, dall'art. 152, tenuto conto che il primo comma dell'art. 182-bis parla *tout court* della "documentazione di cui all'art. 161". In questo senso anche Trib. Torino, 5 gennaio 2011.

324 RAIS, *Brevi appunti in tema di modifiche all'articolo 182 bis l. fallimentare*, in *www.diritto.it* osserva che è evidente, esaminando le differenze di disciplina tra la proposta e l'accordo definitivo, che il legislatore ha inteso limitare le differenziazioni a quelle strettamente necessarie, dovute al diverso carattere dei due atti. L'autocertificazione, infatti, pur essendo atto di per sé non idoneo a definire stabilmente l'assetto di interessi, e necessitando quindi di un'udienza mirata a saggiarne l'effettiva consistenza, funge da anticamera per l'emanazione del decreto e come tale è soggetto a tutte le cautele sul controllo del contenuto, nonché a tutte le tempistiche previste per l'accordo definitivo.

325 NARDECCHIA, *cit.*, 709 sottolinea come questa categoria non sia perfettamente sovrapponibile a quella dei creditori estranei all'accordo già concluso: si tratta infatti di una collettività potenzialmente più ampia, destinata ad assottigliarsi nel lasso di tempo intercorrente tra il deposito della proposta e la stipula dell'accordo, dato che è ben possibile che l'accordo sia poi sottoscritto anche da creditori non ancora contattati o che mutino il loro originale intendimento negativo nei confronti della proposta. In questo senso in giurisprudenza si veda Trib. Novara, 1 febbraio 2011.

326 Osserva GALARDO, *cit.*, 46 che non è chiaro, dal raffronto del sesto e del settimo comma, 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.

327 AMBROSINI, *cit.*, 642 osserva che l'omessa previsione dell'obbligo di procedere ai due depositi

Successivamente il tribunale, verificata la completezza della documentazione depositata³²⁸, fissa con decreto l'udienza entro il termine di trenta giorni dal deposito dell'istanza³²⁹, disponendo la comunicazione ai creditori della documentazione stessa³³⁰. Nel corso dell'udienza, riscontrata la sussistenza dei presupposti³³¹ per pervenire ad un

contestualmente potrebbe agevolare condotte opportunistiche da parte del debitore che voglia fruire della moratoria (di cui la legge non stabilisce la durata massima) senza provocare tempestivamente la pronuncia del tribunale sul punto. A livello di prassi un possibile rimedio potrebbe consistere nel subordinare la pubblicazione nel registro delle imprese all'esibizione di copia dell'istanza recante la prova del previo deposito in tribunale. Nello stesso senso diffusamente NARDECCHIA, *cit.*, 709.

328 FABIANI, *cit.*, 903 osserva che se la documentazione non è completa si può ritenere che il tribunale debba dichiarare inammissibile la richiesta con l'effetto di rimuovere l'inibizione provvisoriamente derivante dalla mera pubblicazione sul registro delle imprese. Tuttavia l'Autore non esclude che, in base a quanto disposto nell'art. 162, primo comma l. fall., il tribunale potrebbe concedere al debitore un termine per integrare la documentazione; tuttavia a conforto della soluzione più rigida milita il fatto che gli effetti che si producono (e che non sono per nulla irrilevanti perchè impingono direttamente sulla tutela del diritto di credito), non possano prescindere dalla serietà della richiesta. Sul punto AMBROSINI, *cit.*, 643 avalla l'applicazione dell'art. 162 a condizione che la documentazione non sia a tal punto lacunosa da doversi considerare insussistente. In giurisprudenza si veda Trib. Torino 5 gennaio 2011 ove è precisato che il decreto ha carattere "squisitamente preliminare e meramente ordinatorio", essendo finalizzato alla sola instaurazione del contraddittorio con il ceto creditorio, da talchè il tribunale è tenuto a "*limitare il proprio vaglio alla sola verifica della completezza della documentazione depositata, dovendosi necessariamente riservare successivamente all'udienza e agli ulteriori incombenti istruttori in tale sede eventualmente disposti la deliberazione in ordine alla compiuta sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la richiesta inibitoria temporanea di azioni esecutive e cautelari*".

329 NARDECCHIA, *cit.*, 710 afferma che il termine di trenta giorni non è perentorio in assenza di un'espressa previsione legislativa in questo senso, anche se deve ritenersi che il tribunale debba adoperarsi per rispettarlo, dato che in questa fase si ha una totale compressione dei diritti dei creditori. DIDONE, *cit.*, 11 afferma che dal tenore della disposizione si evince un divieto di rinvio dell'udienza.

330 NARDECCHIA, *cit.*, 710 osserva che la norma parla genericamente di creditori, di talchè deve ritenersi che il contraddittorio vada integrato nei confronti di tutti, ossia i creditori con i quali pendono trattative, quelli che hanno negato la propria disponibilità e quelli con i quali non sono in corso trattative: la *ratio* della norma è mettere in condizione tutti di interloquire sull'istanza. AMBROSINI, *cit.*, 643 osserva che la previsione dovrebbe essere letta nel senso che i creditori debbano risultare edotti di quali documenti siano stati presentati unitamente all'istanza e non che ad essi ne vada trasmessa copia; l'onere appare decisamente gravoso, soprattutto se confrontato con quello del concordato ex art. 180 primo comma che, ai fini del più rilevante procedimento di omologa, nel richiamare l'art. 17 si limita a prescrivere l'annotazione nel registro delle imprese e la comunicazione ai soli creditori dissenzienti.

331 Secondo FABIANI, *cit.*, 903 il giudizio del tribunale è una sorta di prognosi dell'attuabilità degli accordi, ossia quel tipo di valutazione che il tribunale esprime in sede di omologazione. Se il riscontro del tribunale è negativo, la richiesta va rigettata con la conseguenza che si cada il divieto provvisorio con efficacia *ex tunc*. Altrimenti il divieto permane sino al deposito dell'accordo di ristrutturazione, fissato in sessanta giorni dal deposito del decreto, termine che il tribunale può ridurre. Se nel termine di sessanta giorni non viene depositato l'accordo, il decreto di inibitoria perde efficacia. ZANICHELLI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Relazione svolta a Rovigo il 29 giugno 2010*, p. 21 del dattiloscritto osserva che "*il controllo del Tribunale è necessariamente esclusivamente formale, visto che quello sui presupposti per il raggiungimento dell'accordo con i creditori previsti come aderenti può consistere solo nel calcolo della percentuale dei crediti di cui gli stessi sono portatori, dal momento che nulla può sapere circa il possibile esito della trattativa e che quello sulle condizioni per il regolare pagamento dei creditori estranei si deve basare solo sulla relazione del professionista che, consistendo appunto in una mera enunciazione e non in una motivata relazione, non consente alcuna valutazione neppure sulla congruità delle argomentazioni*".

accordo di ristrutturazione dei debiti e delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare, il tribunale dispone con decreto motivato³³² il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati, assegnando il termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista³³³. Il decreto è reclamabile a norma del quinto comma dell'art. 182-*bis* in quanto applicabile³³⁴.

Passando all'esame critico della disciplina, si può affermare che essa amplia la protezione del patrimonio sia nell'oggetto che nei tempi.

Una prima considerazione sulla modifica introdotta è che c'è stato un potenziamento del contesto procedimentale in cui si colloca l'effetto cautelare della proposta del debitore: la proposta di accordo è priva di effetti suoi propri prima che intervenga l'accertamento del Tribunale sulla sussistenza dei presupposti³³⁵, che dovranno

332 Secondo GALARDO, *cit.*, 47 la valutazione del Tribunale, dal momento che non si limita alla verifica della sussistenza dei presupposti cautelari, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, per l'emissione del decreto di sospensione, finisce per avere sostanzialmente lo stesso contenuto e gli stessi caratteri del giudizio di omologazione, cosa che non appare corretta, dal momento che non ha senso chiedere al giudice di verificare il raggiungimento dei presupposti per la conclusione dell'accordo, che invece dovrebbero verificarsi solo a trattative concluse.

333 DIDONE, *cit.*, 12 osserva che non si fa più cenno alla domanda di omologa ma appare una svista evidente. Nulla è previsto per l'eventualità in cui il deposito non sia effettuato o avvenga in ritardo; secondo AMBROSINI, *cit.*, 643 la moratoria in tal caso dovrebbe venire meno e non dovrebbe essere necessario un provvedimento caducatorio del tribunale, potendo dar atto della circostanza il giudice dell'esecuzione eventualmente adito dal debitore in sede di opposizione. Nello stesso senso DIDONE, *cit.*, 29. Secondo NARDECCHIA, *cit.*, 711 il deposito tardivo non determina l'inammissibilità dell'accordo, ma fa venir meno *ab origine*, l'effetto protettivo ricollegato al deposito dell'istanza di sospensione e confermato dal successivo decreto del tribunale. Con riguardo agli effetti del decreto di omologa, è stato affermato da Trib. Novara, 1 febbraio 2011, che "*l'anticipato effetto protettivo si consolida e si salda con quello successivo della durata di sessanta giorni, decorrente automaticamente dalla data di pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione del registro delle imprese: "saldatura" determinata dal successivo decreto di omologazione, che acquista valore di ratifica ex tunc dell'anticipato effetto preclusivo del divieto di azioni esecutive e cautelari, mentre, in caso di mancata omologa, si determina la caducazione ex tunc di entrambi gli effetti preclusivi*". Tuttavia contra NARDECCHIA, *cit.*, 711 il quale afferma che la caducazione *ex tunc* degli effetti protettivi si giustifica in caso di mancato deposito dell'accordo nei termini stabiliti dal tribunale, ma nel caso di mancata omologa dell'accordo medesimo gli effetti protettivi dovrebbero venire meno *ex nunc*, decorso il termine di sessanta giorni dal deposito dell'accordo nel registro delle imprese.

334 DIDONE, *cit.*, 27 osserva che la norma non specifica che è reclamabile solo il decreto di accoglimento, per cui anche il provvedimento con il quale viene respinta la domanda dell'imprenditore - che assume anch'esso la forma del decreto - è reclamabile dall'imprenditore alla Corte d'Appello.

335 NARDECCHIA, *cit.*, 710 osserva che nel corso dell'udienza il tribunale effettua un controllo di merito sulla sussistenza dei presupposti per l'emissione del divieto valutando, con giudizio prognostico *ex ante*, la probabilità che l'accordo venga sottoscritto dai creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti oltre che l'attuabilità dell'accordo medesimo. In questo senso in giurisprudenza Trib. Novara, 1 febbraio 2011;

successivamente essere accertati in via definitiva nel giudizio di omologa. Si è disegnato così un nuovo segmento del procedimento, o anche un sub-procedimento che può essere catalogato tra quelli di natura cautelare ex artt. 669-*sexies* e ss., anche se atipico nella misura in cui il giudice è chiamato a valutare solo il *fumus boni iuris*, perchè il *periculum in mora* è presunto³³⁶.

Il testo della norma come novellato recepisce una critica che era stata avanzata all'art. 182-*bis* l. fall. nella sua precedente formulazione, ossia quella di non prevedere la protezione del patrimonio del debitore prima della pubblicazione dell'accordo presso il registro delle imprese: la l.122/2010 recepisce questa critica, correggendo opportunamente il tiro sul punto anche rispetto al testo del d.l. n. 78/2010³³⁷.

Quanto all'estensione oggettiva del divieto, la norma prevede, oltre al blocco sulle azioni esecutive e cautelari³³⁸, che i creditori non possano acquisire titoli di prelazione che

Trib. Torino, 15 febbraio 2011 in *Fallimento*, 2011, 701.

336 In questo senso FABIANI, *cit.*, 903 il quale osserva che se ci si giova di questa assimilazione, si beneficia di una serie di regole che risultano applicabili: *i*) se la richiesta viene respinta l'effetto provvisorio si perde; *ii*) se nel termine di sessanta giorni non viene depositato l'accordo, il decreto di inibitoria perde efficacia; *iii*) il reclamo, formalmente previsto solo in caso di decreto di accoglimento, va ammesso anche in caso di rigetto nonostante la richiesta sia riproponibile; *iv*) la decisione resa dalla Corte d'Appello non è ulteriormente impugnabile con ricorso per cassazione. Non concorda pienamente con l'assimilazione ad un procedimento cautelare DI MAJO, *cit.*, 677, il quale parla invece di "effetti preliminari" della proposta di accordo, ove supportata dall'esistenza di trattative con i creditori che rappresentano il 60% dei crediti e asseverata dall'esperto circa la sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei. DIDONE, *cit.*, 25 lo assimila ad un procedimento cautelare *ante causam*, dal momento che il procedimento in questione precede il procedimento di omologa dell'accordo e dunque non si può qualificare come sub procedimento dal momento che manca un procedimento principale in cui viene inserito.

337 Il testo della legge sul punto è ancora differente infatti da quello del d.l. 78/2010. In quest'ultimo si stabiliva che il debitore potesse depositare una proposta di accordo e che il tribunale, nel contraddittorio del debitore e dei creditori interessati, in presenza della prospettiva di un accordo ex art. 182-*bis* l.fall. potesse disporre il divieto di azioni esecutive e cautelari fissando il termine di giorni sessanta per il formale deposito dell'accordo. Osserva FABIANI, *L'ennesima riforma della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2010, 895 che "A ben vedere il risultato materiale si riduceva ad un ampliamento del termine di sessanta giorni (già previsto dal terzo comma) a centoventi giorni. Il fatto è che al cospetto di questo timido beneficio, ben più dannoso era l'effetto riflesso. Infatti il divieto di cui al settimo comma veniva imposto dopo una comunicazione ai creditori che fa seguito alla pubblicazione sul registro delle imprese. In tale contesto il creditore non aderente non appena fosse stato informato della istanza di sospensione avrebbe potuto procurarsi efficacemente una posizione di vantaggio in quanto il decreto del tribunale di imposizione del divieto non conteneva la previsione di una efficacia ex tunc. Se la riservatezza è una delle primarie esigenze che le parti richiedono nella fase delle trattative, ecco che la discovery cui era costretto il debitore avrebbe potuto rivelarsi fatale. Il testo è stato modificato molto opportunamente ed ora la disposizione appare effettivamente allineata alle aspettative dei protagonisti degli accordi".

338 Nemmeno con le modifiche apportate con la l. 122/2010 è stato sciolto il nodo su come considerare l'iniziativa per fallimento; v., Trib. Milano 10 novembre 2009, in *Fallimento*, 2010, 195, con nota di FABIANI, "Competizione" fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali.

non siano concordati³³⁹. In altre parole, si nega sostanzialmente ingresso alle ipoteche giudiziali e si conferma, implicitamente, che il debitore durante la fase delle trattative ha piena capacità negoziale e può dunque vincolare il patrimonio a favore di taluni creditori, ben sapendo che queste operazioni saranno poi poste sotto la lente d'ingrandimento dei creditori estranei e dei creditori aderenti ma più riottosi a concludere l'accordo³⁴⁰. La protezione prevista dalla norma non ha eguali nell'ambito della legge fallimentare, dato che a differenza di quanto previsto nell'art. 51 l. fall. per il fallimento, la norma non contiene alcuna clausola di salvaguardia di diverse disposizioni di legge e diversamente da quanto previsto nell'art. 168 l. fall. per il concordato preventivo, il divieto si estende anche alle azioni cautelari. Occorre però osservare che il divieto di acquisire titoli di prelazione è stato inserito tra gli effetti protettivi anticipati, ma non è contemplato tra quelli che conseguono al deposito della domanda di omologa dell'accordo. Si verifica dunque che nel lasso di tempo intercorrente tra la pubblicazione della domanda di anticipazione degli effetti protettivi e la presentazione della domanda di omologa (30 giorni+60 giorni), i creditori non aderenti non possono, ad esempio, iscriverne ipoteche giudiziali. Tuttavia, cessato il divieto disposto con il decreto di anticipazione e pubblicato l'accordo di ristrutturazione – che non produce effetti sulle prelazioni – i creditori non aderenti possono acquisire titoli di prelazione, iscrivendo ipoteche giudiziali. Tale discrasia non è colmabile estendendo alla domanda di omologazione gli effetti previsti per la domanda di anticipazione, trattandosi indubbiamente di norma eccezionale³⁴¹.

Resta infine da capire quale sia la sanzione prevista in caso di violazione del divieto. La sanzione prevista in tema di concordato preventivo dall'art. 168 è la nullità delle azioni esecutive. Invece in relazione alla disciplina dettata dall'art. 51 l. fall., la giurisprudenza di legittimità³⁴² ha rilevato che il divieto di esecuzioni individuali sancito da tale norma non inerisce alla oggettiva validità dell'atto di pignoramento, in sè

339 SCHWARTZ, *Bankruptcy workouts and debt contracts*, in *Journ. Law & Economics*, 1993, 595, osserva che l'unica "ombra" che grava sulla nuova normativa, è costituita dal fatto che in virtù del disposto dell'articolo 111-bis, comma 3, l. fall., le categorie di crediti indicate nella norma e a cui può essere applicata la preclusione, non sono anche antergate ai crediti assistiti da pegno o ipoteca, pertanto si è ancora ben lontani da strumenti che consentono concretamente l'erogazione di finanza *super senior* all'impresa in crisi, come in particolare nell'ambito del diritto statunitense, avviene con strumenti quali il *Debtor-in-possession Financing*.

340 FABIANI, *cit.*, 904.

341 DIDONE, *cit.*, 29.

342 Cass., 3 dicembre 2002, n. 17019, in *Dir. fall.*, 2003, 1268.

riflettendo, per converso, l'opponibilità di esso al fallimento, con la conseguenza che l'unico legittimato a farne valere l'inefficacia è il curatore, in costanza di procedura fallimentare³⁴³.

Quest'ultima soluzione appare applicabile anche agli accordi di ristrutturazione; in altre parole, potrebbe concludersi per l'inefficacia temporanea degli atti iniziali e di ulteriore impulso delle procedure esecutive e cautelari³⁴⁴.

6. Il procedimento di omologa e le opposizioni

La norma tace su come si introduce il giudizio di omologa; ma è chiaro che con la presentazione dell'accordo l'imprenditore chieda – con lo stesso atto o con separato ricorso³⁴⁵ sottoscritto da un avvocato³⁴⁶ – l'omologa dell'accordo, dando così inizio ad un procedimento che potrà accogliere le eventuali opposizioni.

In alternativa, il procedimento può essere avviato da un opponente; ma un procedimento deve comunque essere attivato, che sia prima da un opponente o prima dallo stesso debitore, dal momento che la richiesta di omologazione non è eludibile³⁴⁷. Se il procedimento inizia con il ricorso del debitore e questo è contestuale al deposito dell'accordo, il procedimento non può progredire finché il termine è maturato, perché solo a quel punto inizia la decorrenza del termine per le opposizioni e il tribunale potrà procedere ad organizzarlo a seconda della presenza o meno di opposizioni³⁴⁸.

343 DIDONE, *cit.*, 30.

344 BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo tagliando*, *cit.*, 67.

345 FABIANI, *cit.*, 21 afferma che non vi sono dubbi sul fatto che si tratta di un ricorso, dal momento che le forme sono quelle dei procedimenti in camera di consiglio, secondo il rito generalista di cui agli artt. 737 c.p.c.). Nello stesso senso: AMBROSINI, *cit.*, 175; D'AMBROSIO, *cit.*, 1819; FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 136.

346 NARDECCHIA, *Crisi d'impresa autonomia privata e controllo giurisdizionale*, *cit.*, 71; FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 157. FABIANI, *cit.*, 21 afferma che il ricorso deve essere sottoscritto da un avvocato in quanto il procedimento, anche in assenza di opposizioni, deve essere qualificato "nei confronti di altre parti" e dunque la difesa tecnica è necessaria.

347 FABIANI, *cit.*, 21 afferma che i due procedimenti devono essere riuniti e non viaggiare parallelamente, dal momento che l'oggetto del procedimento è il medesimo. In tale contesto, si applicheranno i principi in tema di impugnazioni incidentali; dunque, proposta prima la richiesta di omologa, il ricorso in opposizione potrà essere promosso in via incidentale e viceversa. Nello stesso senso FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 150; MARANO, *Sub art. 182-bis in Il nuovo fallimento*, a cura di SANTANGELI, Milano, 2006, 784.

348 FABIANI, *Competizione tra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione*, *cit.*, 211; MANENTE, *cit.*, 313. In giurisprudenza: Trib. Enna 27 settembre 2006. Ma in senso contrario Trib.

A differenza del concordato preventivo non esiste una fase di ammissione nè un procedimento di ammissione: coerentemente non si producono gli effetti tipici del concordato: non si assiste alla sospensione del decorso degli interessi (art. 169 l. fall.) e, in assenza del richiamo all'art. 167 l. fall., la gestione dell'impresa resta nelle mani del debitore senza nessun controllo (che non sia quello differito generato dalle opposizioni)³⁴⁹.

Il legislatore non ha stilato un catalogo dei soggetti legittimati alla proposizione dell'opposizione, limitandosi a menzionare i creditori o qualunque interessato³⁵⁰. Per quanto riguarda gli altri soggetti legittimati, il legislatore ha considerato l'"evidenza pubblica" degli interessi che si muovono intorno ad un'impresa in crisi: dal momento però che l'omologazione non è un'impugnazione³⁵¹, ma uno strumento preventivo di reazione diretto a contrastare il prodursi di effetti che conseguirebbero all'accordo omologato, i soggetti legittimati ad opporsi sono solo coloro che vantano posizioni di diritto soggettivo, che dall'omologa dell'accordo potrebbero subire una modifica peggiorativa³⁵².

Discorso differente può essere fatto in relazione alla ammissibilità di un intervento nel procedimento³⁵³, fermo restando che è discusso se l'intervento nei procedimenti camerali sia ammissibile. In questo caso la questione può riguardare i creditori aderenti, i soci e il pubblico ministero³⁵⁴. Si dovrebbe trattare di un intervento adesivo dipendente,

Lamezia Terme 23 giugno 2008, in *Dir. fall.*, 2009, II, 224 che ha omologato un accordo di ristrutturazione prima dello scadere del trentesimo giorno, sul presupposto della rinuncia preventiva all'opposizione dei creditori non aderenti.

349 FABIANI, *cit.*, 17.

350 FABIANI, *cit.*, 22 osserva che è stato omesso ogni riferimento ai creditori "non aderenti", dal momento che non può essere escluso un interesse del creditore aderente ad opporsi all'omologa, nel momento in cui si vengano a scoprire eventi prima non dichiarati e tali che se conosciuti avrebbero determinato una scelta differente. Nello stesso senso: RACUGNO, *cit.*, 553; ZANICHELLI, *cit.*, 616; DI MAIO, *cit.*, 691; FERRO, *sub art. 182-bis, cit.*, 1434; GUGLIELMUCCI, *cit.*, afferma che la legittimazione all'opposizione dei creditori aderenti all'accordo va esclusa solo se è frutto di un ripensamento sull'adesione originariamente data. La FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 147 afferma che l'interesse che legittima all'opposizione può avere una rilevanza economica anche solo indiretta, come ad esempio quello dei lavoratori dipendenti dell'impresa, che reputano che l'accordo non tuteli le loro aspettative al mantenimento dei posti di lavoro. Altri possibili interessati possono poi essere i garanti o i soci illimitatamente responsabili della società proponente, dal momento che questi ultimi, a differenza che nel concordato preventivo, non possono beneficiare dell'esdebitazione. Nello stesso senso: DI MAJO, *cit.*, 691; D'AMBROSIO, *cit.*, 1819; NARDECCHIA, *cit.*, 68; MANENTE, *cit.*, 308.

351 AMBROSINI, *cit.*, 177.

352 FABIANI, *cit.*, 22.

353 Nel senso dell'ammissibilità DIDONE, *cit.*, 32.

354 FABIANI, *cit.*, 23 sottolinea che per quanto riguarda il pm, questi dovrebbe valutare la presenza di un pubblico interesse, senza che alcun sindacato sia assegnato al giudice; nei limiti in cui quest'intervento è ammesso, si dovrebbe comunque trattare di un intervento adesivo dipendente.

ossia un intervento che non legittima alla proposizione di domande ed eccezioni autonome, sempre sorretto da un interesse alla decisione.

Per quanto riguarda la legittimazione passiva, questa è certa per il debitore³⁵⁵.

L'omologazione non presuppone sempre la sussistenza di opposizioni, ma è dovuta anche in assenza di queste³⁵⁶ nè il precetto è derogabile da una difforme volontà delle parti: il procedimento non può essere accelerato pur in presenza di consenso unanime, perchè vi sono legittimati anche i non creditori. Tuttavia sull'effettiva necessità dell'omologazione occorre intendersi: tra le parti gli accordi sono già efficaci fin dal momento della stipula (e l'omologa può al massimo fungere da *condicio iuris*), mentre il decreto di omologa è funzionale a rendere efficace nei confronti di terzi l'accordo stipulato tra imprenditore e creditori, che significa consentire l'applicazione della causa di esonero dall'azione revocatoria nei limiti di cui all'art. 67, comma terzo, lett. e) l. fall.³⁵⁷

L'art. 182-*bis* non specifica i possibili motivi per l'opposizione; questi potrebbero riguardare sia gli aspetti formali, sia il merito dell'accordo³⁵⁸.

Il termine per proporre opposizione è di trenta giorni, che decorrono dalla data di pubblicazione nel Registro delle Imprese; il termine – nonostante la brevità che mina l'effettiva garanzia ad un efficace diritto di difesa³⁵⁹ – si ritiene perentorio, ma si applica la sospensione feriale, dal momento che si rientra nella previsione generale dell'art. 1 della l. 742 del 1969³⁶⁰.

Circa il procedimento, l'art. 182-*bis* afferma che si svolge in camera di consiglio; il fatto che manchi nella norma il riferimento a qualsiasi specifica disciplina del giudizio di

355 FABIANI, *cit.*, 23 afferma che invece è meno certa per altri soggetti, quali i creditori aderenti, dal momento che in realtà con l'omologa non si chiede la caducazione dell'accordo, ma che esso non produca effetti nei confronti dei terzi. In senso contrario: SCARSELLI, *Le sistemazioni stragiudiziali (ovvero gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani di risanamento delle esposizioni debitorie)*, in *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, 474.

356 In questo senso: D'AMBROSIO, *cit.*, 1815; AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Fallimento*, 2005, 2555; FERRO, *cit.*, 1435; VALERIO, *cit.*, 683.

357 SCIUTO, *cit.*, 213. La mancanza di omologa riporta i contraenti alle regole del diritto privato (v. FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 213).

358 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 147.

359 VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 872 ss.

360 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 149. Nello stesso senso: D'AMBROSIO, *cit.*, 1819; NARDECCHIA, *Osservazioni*, nota a Trib. Enna, 27 settembre 2006, in *Fallimento*, 2007, 195, il quale osserva che la sospensione feriale si applica alla giurisdizione ordinaria in senso lato, compresi quei giudizi in cui in ambito camerale possono essere regolate situazioni giuridiche soggettive, identificabili come diritti soggettivi.

omologazione, fa sì che parte della dottrina³⁶¹ e della giurisprudenza³⁶² ritenga applicabile il modello dei procedimenti in camera di consiglio, secondo le forme del codice di rito *ex art. 737 ss. c.p.c.*, e altra parte della dottrina³⁶³ ritenga invece analogicamente applicabile l'art. 180 l. fall., relativo al concordato preventivo. Quanto alla sospendibilità degli effetti dell'accordo³⁶⁴, la soluzione negativa resta preferibile: una richiesta di sospensione potrebbe valere come richiesta di ripristino della libera aggreddibilità del patrimonio del debitore, ma dal momento che l'effetto protettivo sul patrimonio del debitore (inibizione temporanea delle azioni sospensive e cautelari) è temporalmente limitato e coesistente allo sviluppo del procedimento, non appare modulabile dal giudice³⁶⁵.

Aderendo al primo orientamento, gli snodi principali del procedimento sono i seguenti: intervenuta la designazione di un giudice relatore, il presidente fissa un'udienza in camera di consiglio per consentire l'esercizio del contraddittorio³⁶⁶, quantomeno ove si fronteggino l'imprenditore e gli oppositori³⁶⁷; tuttavia, anche in assenza di opposizioni, il giudice può fissare un'udienza per la comparizione del debitore, ove sia necessario

361 FABIANI, *cit.*, 24 osserva che non è applicabile la disciplina del concordato preventivo, dal momento che non c'è omogeneità della fase processuale decisoria, per la diversità dei protagonisti e per la diversità del tipo di controllo assegnato al giudice, che si riflette anche sul modello di procedimento.

362 In questo senso Trib. Milano, 10 novembre 2009 (caso Risanamento). Il Tribunale, esclusa la possibilità di applicare in via analogica le norme sul concordato preventivo, in considerazione della specialità della disciplina del concordato, ritiene applicabili le disposizioni di cui agli artt. 737 e ss. c.p.c.: *"in questa ipotesi, quando cioè il provvedimento camerale è dalla legge considerato 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, o all'atto negoziale posto in essere dai privati, inserendosi in una vicenda che nasce e dovrà svilupparsi e concludersi al di fuori del processo. Dunque il provvedimento camerale 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 l'effetto ulteriore della esenzione da revocatoria ex art. 67 l. fall. L'accordo di ristrutturazione omologato resta così espressione sotto il profilo contenutistico, dell'autonomia privata, anche una volta intervenuta l'omologa"*.

363 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 151. L'Autrice sostiene che gli accordi di ristrutturazione dei debiti rientrano nell'ambito delle procedure concorsuali, donde l'applicabilità dell'art. 180 l. fall. Nello stesso senso: ZANICHELLI, *cit.*, 616; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, 342; GUERRERA, *Le soluzioni concordatarie*, in AA VV, *Diritto fallimentare*, Milano, 2008, 176.

364 In questo senso SCARSELLI, *cit.*, 474.

365 FABIANI, *cit.*, 24.

366 NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, *cit.*, 72.

367 D'AMBROSIO, *cit.*, 1815 afferma che il Tribunale dovrà pronunciare un decreto di fissazione d'udienza, disponendo che lo stesso, unitamente al ricorso dell'opponente, sia notificato al debitore, lasciando un lasso di tempo tra notifica e udienza, per consentire al debitore un adeguato esercizio del diritto di difesa. Nel decreto di fissazione d'udienza, il Tribunale dovrà anche fissare dei termini alle parti per il deposito di memorie difensive contenenti eventuali eccezioni non rilevabili d'ufficio e per l'indicazione dei mezzi istruttori e dei documenti prodotti.

assumere ulteriori informazioni³⁶⁸.

Nel caso si aderisca invece alla seconda impostazione, qualora siano state presentate opposizioni³⁶⁹, il contraddittorio dovrebbe instaurarsi nelle forme dell'art. 180 l.fall., con il deposito di memorie difensive e l'istruttoria ivi prevista³⁷⁰.

6.1. Il contenuto del giudizio omologatorio

Circa il tipo di controllo esercitato dal tribunale, non è specificato nella norma l'oggetto e l'ambito di tale verifica. Risulta dibattuto in dottrina e in giurisprudenza se la verifica debba essere di mera legittimità o anche di merito; o, più precisamente, se la verifica debba avere ad oggetto un esame meramente formale dei presupposti richiesti dalla norma (avvenuto raggiungimento delle maggioranze, ammissibilità del ricorso e completezza della documentazione presentata, sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi, rispetto delle regole processuali), ovvero se il Tribunale debba pronunciarsi in merito all'attuabilità dell'accordo e alla ragionevolezza della relazione dell'esperto a questo allegata.

Secondo un primo orientamento³⁷¹ il controllo dovrebbe essere limitato alla sola verifica della regolarità formale degli adempimenti procedurali.

Secondo un altro orientamento³⁷², il giudizio di omologa dovrebbe consistere in una

368 Per la praticabilità di una consulenza tecnica d'ufficio AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, cit., 181; BONFATTI, cit., 567.

369 La FRASCAROLI SANTI, cit., 156, afferma che in caso invece non siano state proposte opposizioni, il modello di omologazione proposto nell'art. 180 l. fall., resta comunque il modello di riferimento: verrà fissata un'udienza di comparizione del debitore con decreto soggetto alle forme di pubblicità di cui all'art. 17 l. fall. e alla comunicazione al pubblico ministero (visto il riferimento dell'art. 161 l. fall.). Non si reputa invece che il provvedimento debba essere notificato ai creditori non aderenti, per i quali vale la forma di pubblicità riconducibile all'annotazione nel Registro delle Imprese.

370 Seguendo questa impostazione, gli oppositori devono costituirsi almeno 10 giorni prima dell'udienza per lo scambio di memorie e di eccezioni processuali o di merito e per l'indicazione dei mezzi istruttori; dovrebbe poi essere necessaria la rappresentanza tecnica per i procedimenti davanti al tribunale (art. 82, comma terzo, c.p.c.).

371 In giurisprudenza: Trib. Bari, 21 novembre 2005; Trib. Brescia, 7 ottobre 2008. In dottrina: VIETTI, MAROTTA, DI MARZIO, *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, Itaedizioni, 2008, 199; GUGLIELMUCCI, cit., 353; DE CRESCENZIO-PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, 73.

372 D'AMBROSIO, cit., 1815; ; VALERIO, cit., 682-3; DI MAIO, cit., 693; DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la meno incerta via italiana alla reorganization*, in *Fallimento*, 2007, 708; BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo "tagliando" a tre anni dal "decreto competitività"*, in *Banca borsa tit. credito*, 2009, I, 77; ZANICHELLI, cit., 451. In giurisprudenza: Trib. Roma, 5 novembre 2009, in *Corriere Giuridico*, 2010, 241; Trib. Ancona, 30 ottobre 2008 in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 24

verifica di merito o quantomeno di legalità sostanziale³⁷³, comprensiva di una valutazione sulla completezza, coerenza e ragionevolezza della relazione dell'esperto, sull'attuabilità dell'accordo e sulla sua idoneità a garantire il pagamento dei creditori estranei³⁷⁴. Sicuramente non è invece previsto che il tribunale valuti la convenienza dell'operazione³⁷⁵. Peraltro, la valutazione del tribunale non può considerarsi meramente certificativa³⁷⁶, ossia non si può limitare ad una mera constatazione dell'intervenuta approvazione del piano e delle risultanze della relazione dell'esperto³⁷⁷, considerato anche che si tratta di valutare il risultato di atti e documenti realizzati dal debitore in una fase stragiudiziale, al di fuori del controllo del tribunale³⁷⁸. Infine tra i poteri del Tribunale rientra quello di contestare le consulenze e perizie (qualora emergano discordanze nell'esame valutativo della documentazione) e di adottare d'ufficio questi strumenti, per poter valutare compiutamente se omologare o meno l'accordo³⁷⁹; tuttavia il tribunale non può apportare modifiche all'accordo in sede di omologazione³⁸⁰.

Poi vi è un terzo orientamento che ritiene l'intensità del controllo del giudice in sede di omologa variabile a seconda della presenza o meno di opposizioni; nel decreto di omologa dell'accordo Risanamento il Tribunale di Milano ha precisato che *"la valutazione che il Tribunale è chiamato a compiere in punto di fattibilità degli accordi presenta una*

gennaio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, 137. Osserva MOLINARI, *cit.*, 701 che la circostanza che il giudizio omologatorio non sia limitato ad un controllo di mera legalità deve ritenersi preferibile perchè assicura una maggiore protezione sia al debitore che ai creditori.

373 PROTO, *cit.*, 138.

374 Secondo la FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 159 il controllo formale del tribunale non può prescindere dalla verifica sostanziale che l'accordo è stato stipulato con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti; secondo l'Aultrice la verifica deve anche riguardare l'autenticità delle sottoscrizioni, la sussistenza dei presupposti soggettivo ed oggettivo, il rispetto delle condizioni procedurali di cui all'art. 182-*bis*, tra cui la competenza del tribunale, l'avvenuto deposito dell'accordo nel registro delle imprese e l'allegata relazione dell'esperto.

375 FABIANI, *cit.*, 25; FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 159.

376 DI MAIO, *cit.*, 692; FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 161.

377 La FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 161 afferma che la valutazione del tribunale deve concorrere con quella dell'esperto che redige la relazione: la relazione del professionista esime il tribunale da complesse attività istruttorie (dal momento che quest'ultimo si avvale dell'iter logico argomentativo del professionista), ma non le esclude, qualora ne emerga l'opportunità. In caso vengano presentate opposizioni, il tribunale può ricorrere alla consulenza di un terzo, che assume la veste di ausiliario del giudice. Nel senso che l'esperto debba effettuare un vero e proprio controllo di merito diretto ad un proprio riscontro sulla completezza e correttezza dei dati contabili esposti e sulla prognosi di concreta attuabilità dell'accordo si veda NARDECCHIA, *cit.*, 222.

378 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 160.

379 FERRO, *cit.*, 1432.

380 Trib. Brescia, 22 febbraio 2006.

*diversa intensità, a seconda che vi siano o meno opposizioni dei creditori non aderenti. In mancanza di opposizioni, infatti, il Tribunale deve procedere alla disamina della chiarezza espositiva e della completezza della relazione del professionista, verificando che le analisi e le valutazioni svolte dall'esperto siano accurate, logiche, coerenti ed esaustive. Laddove siano radicate opposizioni, invece, il controllo del tribunale assume una estensione ed una concretezza maggiori, immediatamente correlate alle doglianze che sono svolte dai creditori opposenti. In altri termini in questa diversa ipotesi il Collegio dovrebbe esaminare nel merito le censure svolte dai creditori contrari all'omologa e verificarne ogni possibile ricaduta sulla concreta attuabilità dell'accordo e/o sulla sua capacità di assicurare il pieno soddisfacimento dei creditori estranei"*³⁸¹.

Invece vi è chi³⁸² afferma che l'oggetto del processo non muta in ragione della sussistenza o insussistenza di opposizioni, posto che resta il controllo sui requisiti formali di accesso e sulla attuabilità del piano³⁸³ (con conseguente accertamento di risorse destinabili ai creditori non aderenti) e che comunque la presenza o l'assenza di opposizioni non influisce sul fatto che il procedimento di omologa debba completarsi: da questo punto di vista le opposizioni possono essere equiparate alle eccezioni, poichè non estendono l'oggetto dell'accertamento, ma ampliano la sfera di cognizione valutativa del tribunale³⁸⁴.

Altro aspetto preso in considerazione dalla giurisprudenza in relazione all'idoneità dell'accordo a rimuovere lo stato di insolvenza è quello relativo al tipo di valutazione che il Tribunale deve effettuare, in particolare se la valutazione debba tenere conto esclusivamente dello stato di fatto esistente al momento in cui viene richiesta l'omologazione dell'accordo o se, invece, tale valutazione debba essere prospettica. Il tema è espressamente affrontato dal Tribunale di Milano nel caso Risanamento: dal momento che nel caso di specie molti degli impegni programmati negli accordi di ristrutturazione

381 Nello stesso senso Trib. Palermo 27 marzo 2009, in *Dir. fall.*, 2010, 509.

382 FABIANI, *cit.*, 214. Anche secondo altri autori (PRESTI, *cit.*, 399; FERRO, *cit.*, 61; AMBROSINI, *cit.*, 2555 ss.; NARDECCHIA, *cit.*, 221), l'oggetto del giudizio di omologa è sempre lo stesso, a prescindere dalle opposizioni e la valutazione del tribunale si estende anche al merito dell'attuabilità dell'accordo e della sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei, se del caso attraverso l'espletamento di apposita consulenza tecnica. In questo senso in giurisprudenza App. Trieste, 4 settembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, 314.

383 Secondo il Trib. Milano, 11 gennaio 2007 (decr.), in *Dir. fall.*, 2008, II, 150 per attuabilità del piano deve intendersi rispetto coerente degli accordi prospettati sulla base delle concrete prospettive di realizzo, basandosi su un ragionevole grado di monetizzazione con particolare attenzione alla posizione dei creditori estranei all'accordo.

384 FABIANI, *cit.*, 25.

conclusi erano destinati a trovare attuazione a distanza di anni, il Tribunale ha dovuto chiarire entro quali limiti la valutazione della fattibilità dell'accordo dovesse essere anche prospettica ed è giunto alla conclusione che gli impegni destinati a trovare esecuzione nell'immediato futuro possono essere oggetto di una valutazione dettagliata, mentre quelli destinati a trovare attuazione a distanza di anni sono più esposti al verificarsi di variabili non controllabili e non valutabili *ex ante*. La valutazione non dovrebbe superare l'arco temporale di un anno, e comunque si dovrebbe basare su quanto espresso dal professionista nella relazione.

Il decreto del tribunale³⁸⁵, che sia di omologa o di rigetto³⁸⁶, nel merito o nel rito è impugnabile con reclamo davanti alla Corte d'Appello, entro 15 giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese da parte del debitore e degli eventuali opposenti, nonchè gli altri interessati che siano stati parti nel giudizio camerale davanti al tribunale. L'art. 182-*bis* si limita a richiamare l'art. 183 l. fall.³⁸⁷ ai fini dell'impugnabilità del decreto del tribunale, quindi la forma di gravame del decreto conclusivo del giudizio di omologazione del concordato preventivo. Ma il richiamo all'art. 183 induce a chiedersi se il rinvio attenga unicamente alla forma dell'impugnazione o si riferisca anche alle ipotesi in cui l'impugnazione è ammessa, dal momento che nel concordato preventivo, il decreto che omologa in assenza di opposizioni non è soggetto a gravame, in base all'art. 180, comma terzo, mentre è assoggettato a reclamo il provvedimento del tribunale che nega l'omologazione o la accoglie pur a fronte di opposizioni. L'art. 182-*bis* tace sul punto, ma il parallelismo tra le due situazioni potrebbe portare *in toto* alla stessa soluzione³⁸⁸.

Quanto al rito da seguire per il giudizio di appello, secondo alcuni autori³⁸⁹ si

385 Sul punto diffusamente FABIANI, *Competizione fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione*, *cit.*, 215, il quale arriva ad affermare che il decreto ha una natura mista e composita, perchè da un lato funziona come *condicio iuris* della propalazione di effetti dell'accordo verso terzi e dall'altro incide sull'accertamento dello stato di non insolvenza.

386 Secondo la FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 161 il Tribunale dovrebbe procedere alla declaratoria di improcedibilità della domanda qualora manchino i requisiti minimi di legge o siano rilevati profili di nullità del contratto.

387 L'art. 183 l. fall. dispone al primo comma che la pronuncia avviene in camera di consiglio, mentre al secondo comma dispone che con lo stesso reclamo è impugnabile la sentenza dichiarativa di fallimento contestualmente emessa a norma dell'art. 180, comma settimo. Tuttavia in questo caso la mancata omologa dell'accordo non può comportare l'automatica dichiarazione di fallimento, essendo necessaria l'iniziativa di parte e l'espletamento di un'istruttoria per l'accertamento dei presupposti del fallimento. In senso contrario: ZANICHELLI, *cit.*, 618.

388 ZANICHELLI, *cit.*, 618.

389 Così NARDECCHIA, *cit.*, 84; RACUGNO, *cit.*, 555; SCARSELLI, *cit.*, 215; nello stesso senso FABIANI,

dovrebbero richiamare le regole previste per i reclami contro i decreti camerali (art. 739 c.p.c.) e si dovrebbero applicare le regole generali sulle impugnazioni (artt. 323-338 c.p.c.), a cominciare da quella sui soggetti legittimati al reclamo che devono coincidere con coloro che sono stati parti del processo davanti al tribunale³⁹⁰. La suddetta soluzione presenta però alcuni inconvenienti: l'art. 182-*bis* fissa termini e decorrenze per il reclamo del tutto autonomi e distinti rispetto a quelli previsti dall'art. 739 c.p.c.³⁹¹.

Secondo altri³⁹², escludendo l'applicazione dell'art. 739 c.p.c., occorrerebbe invece riportarsi allo schema dell'art. 26 l.fall., che in quanto norma generale interna al macro sistema concorsuale, prevale sulla norma generale ordinaria rappresentata dall'art. 739 c.p.c.; oppure al modello dell'art. 131 l. fall. in tema di reclamo nel concordato fallimentare³⁹³.

Risulta invece incerta la proponibilità del ricorso per cassazione contro il decreto che accoglie o rigetta il ricorso per omologazione (ferma restando l'autonoma ricorribilità del decreto della corte d'appello in punto di spese di lite)³⁹⁴: negata da chi³⁹⁵ reputa che il provvedimento del Tribunale, non avendo carattere decisorio e definitivo, sia suscettibile di revoca, ma ammessa da chi³⁹⁶ con riguardo al concordato preventivo attribuisce al decreto del tribunale natura sostanziale di sentenza.

Se si aderisce alla teoria per cui non si forma alcun giudicato, il debitore potrebbe presentare un nuovo accordo di ristrutturazione; inoltre, non si può poi escludere che il piano che funge da cornice per gli accordi possa valere come piano attestato di risanamento (art. 67, comma terzo, lett. d)), in presenza dei requisiti di sostanza, anche in caso di rigetto

cit., 25. La FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 164 precisa che applicando l'art. 742 c.p.c., il decreto si dovrebbe considerare revocabile e comunque insuscettibile di passare in giudicato. Tuttavia, in base al dettato dell'art. 742 c.p.c., resterebbero salvi i diritti acquistati dai terzi di buona fede in forza di convenzioni anteriori.

390 NARDECCHIA, *cit.*, 85.

391 Ad esempio il termine per proporre reclamo di cui all'art. 182-*bis* decorre non dalla comunicazione del provvedimento, ma dalla pubblicazione nel registro delle imprese.

392 FERRO, *cit.*, 1458; FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 166.

393 PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 933.

394 FABIANI, *cit.*, 26 afferma che si può ammettere la ricorribilità per Cassazione le volte in cui il tribunale decida di omologare, mentre in caso di rigetto, la non definitività della decisione fa arrestare l'*iter* del procedimento davanti alla corte d'Appello. Nel senso dell'ammissibilità del ricorso in Cassazione in giurisprudenza si veda Trib. Salerno, 5 ottobre 2005, in *Dir. fall.*, 2006, II, 153.

395 AMBROSINI, *cit.*, 182; NARDECCHIA, *cit.*, 86, che nega la ricorribilità in Cassazione, affermando che il provvedimento del tribunale non ha carattere decisorio e definitivo, ossia non abbia natura sostanziale di sentenza.

396 SCARAFONI, *La riforma del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 841.

dell'omologa³⁹⁷.

7. L'esecuzione degli accordi. L'inadempimento

L'art. 182-*bis* nulla dice sugli accadimenti successivi all'omologazione dell'accordo: l'esecuzione dell'accordo non è disciplinata così come non è previsto un monitoraggio sull'attuazione dello stesso.

Laddove le parti eseguano correttamente le rispettive prestazioni, l'accordo si estingue in maniera naturale, a prescindere dall'effettivo raggiungimento o meno degli obiettivi di risanamento delle imprese in crisi per i quali era stato sottoscritto.

Comunque si voglia catalogare dal punto di vista civilistico l'accordo di ristrutturazione dei debiti, il risultato non cambia. Si potrà, allora, parlare di contratto plurilaterale, o di contratto bilaterale plurisoggettivo o di un fascio di singoli contratti tra loro collegati, ma sembra comunque imprescindibile, ai fini di un'"estinzione fisiologica" delle rispettive obbligazioni, la loro corretta esecuzione.

Laddove nell'immediatezza dell'omologazione dell'accordo si verificassero eventi differenti da quelli previsti nello stesso, è possibile proporre dinnanzi al tribunale istanza di reclamo, *in pendant* con l'opposizione nella fase precedente all'omologa. Tuttavia occorre valutare anche una prospettiva di più lungo periodo.

Il punto di partenza è la questione relativa alla natura delle dichiarazioni di volontà presenti nell'accordo di ristrutturazione; in altri termini si tratta di verificare se l'accordo è un complesso di negozi tra loro collegati o un unico accordo. La questione assume una notevole rilevanza pratica, qualora una delle posizioni riassunte nell'accordo manifesti profili di invalidità e poi sotto un duplice aspetto: *i*) quello dell'accordo in quanto tale *ii*) quello dell'accordo idoneo a configurare la fattispecie di cui all'art. 182-*bis* l. fall.

Si supponga ad esempio che venga meno la volontà di un soggetto creditore; a questo proposito bisogna verificare se comunque l'accordo rappresenti il 60% del ceto creditorio, manifestandosi profili di criticità nel caso in cui il venir meno di un soggetto dell'accordo porti quest'ultimo al di sotto della soglia del 60%.

Un'esatta ricostruzione della natura dell'accordo di ristrutturazione deve prescindere

397 FABIANI, *cit.*, 27; SCIUTO, *cit.*, 355. Sul punto v. anche ZANICHELLI, *cit.*, 619.

dalla volontà o meno di omologa, non potendo limitare l'analisi della permanenza del vincolo negoziale alla sussistenza o meno del 60% dei crediti. Infatti, partendo dalla ricostruzione prospettata (capitolo I, paragrafo 4) dell'accordo di ristrutturazione come "fascio di negozi bilaterali tendenzialmente collegati", il venir meno di un creditore rappresentante una parte infinitesimale del debito dell'imprenditore in crisi, se a suo tempo condizione perchè un altro o tutti gli altri perfezionassero l'accordo, può far venire meno l'intera operazione³⁹⁸.

Aderendo alla ricostruzione sopra proposta dell'accordo come fascio di negozi bilaterali tendenzialmente collegati, l'evidenziazione di vizi genetici o funzionali relativi alla posizione anche di un solo creditore partecipante all'accordo può alternativamente: *i*) essere ininfluyente sotto il profilo dell'accordo e degli effetti di cui all'art. 182-*bis*, in ipotesi di mantenimento della soglia del 60% ed in assenza di collegamento funzionale tra l'accordo venuto meno e le altre manifestazioni di volontà negoziale; *ii*) privare l'accordo degli effetti di cui all'art. 182-*bis* e degli effetti di cui all'art. 67, comma 3, lett. e) l. fall., ma non di quelli negoziali tipici, in ipotesi di perdita della soglia minima del 60% ma in assenza di collegamento funzionale tra l'accordo venuto meno e le altre manifestazioni di volontà, qualora l'omologa non sia stata evidenziata quale condizione di validità dell'accordo stesso; *iii*) privare l'accordo di qualsivoglia effetto, qualora si scenda sotto la soglia minima del 60% e vi sia collegamento funzionale tra l'accordo venuto meno e le altre manifestazioni di volontà negoziale o qualora, pur rimanendo l'accordo sopra la soglia del 60% dei creditori comunque, vi sia collegamento funzionale tra l'accordo venuto meno e le altre manifestazioni di volontà negoziale³⁹⁹.

L'efficacia dell'accordo in un momento successivo all'omologa potrebbe essere contestata per ragioni emerse nel corso dell'esecuzione dell'accordo (vizi funzionali), in quanto l'accordo non trovi regolare esecuzione, o comunque la sua esecuzione non risulti più in grado di assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei. Oppure potrebbe dipendere da ragioni relative al contenuto stesso dell'accordo, o alle modalità con cui è stato negoziato (vizi genetici), ragioni che potrebbero allora condurre alla nullità dell'accordo (per illiceità della causa o dei motivi comuni) o alla sua annullabilità

398 FERRO LUZZI, *cit.*, 832.

399 FERRO LUZZI, *cit.*, 833.

(tipicamente per dolo del proponente)⁴⁰⁰.

Per reagire a difetti di esecuzione dell'accordo, i creditori possono ricorrere alle tradizionali azioni contrattuali di risoluzione, nullità, annullabilità secondo la disciplina del codice civile⁴⁰¹; è invece escluso che, nel silenzio della legge, sia applicabile in via analogica l'art. 186 l. fall.⁴⁰², che disciplina la risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo⁴⁰³.

Occorre comunque distinguere la categoria dei creditori estranei da quella dei creditori che hanno partecipato all'accordo.

Per quanto riguarda i creditori che hanno aderito all'accordo, nell'ipotesi di inadempimento dell'accordo o comunque di sua sopravvenuta impossibilità di garantire il regolare pagamento dei creditori estranei, è prevedibile che essi abbiano partecipato all'accordo con la clausola risolutiva espressa che in caso di inadempimento e dichiarazione di fallimento il loro vincolo all'accordo remissorio o dilatorio venga meno e che il credito riviva nella sua interezza⁴⁰⁴. Secondo alcuni⁴⁰⁵ dovrebbero comunque ritenersi esperibili in questo caso l'azione di risoluzione⁴⁰⁶ ex art. 1453 c.c.⁴⁰⁷, correlata alla

400 SCIUTO, *cit.*, 357.

401 ZANICHELLI, *cit.*, afferma che possono ritenersi applicabili le ordinarie azioni di risoluzione o annullamento da proporsi in base alle regole sulla competenza e nell'ambito dell'ordinario giudizio di cognizione. Contra: LO CASCIO, *cit.*, 1062 secondo il quale dovrebbe procedersi con rito camerale per uniformità con il procedimento di omologazione.

402 Ma in senso favorevole all'applicazione della disciplina del concordato preventivo PEZZANO, *cit.*, 682; JORIO, *Introduzione*, in *Commentario Jorio-Fabiani*, Bologna, 2006, I, 24; sul punto cfr. FERRO, *cit.*, 1431 ss.

403 FABIANI, *cit.*, 30; nello stesso senso la FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 176 che sottolinea come la compatibilità sia esclusa sia per quanto riguarda il procedimento previsto dall'art. 186 che per i termini da rispettare, sia per il provvedimento conclusivo, che per gli effetti che ne conseguono. Del campione di giudici intervistato nell'ambito di uno studio condotto nei principali tribunali italiani il 73% ha ritenuto applicabili agli accordi - in caso di inadempimento o vizi di validità dell'accordo - i comuni rimedi civilistici, il 27 % gli istituti della risoluzione e dell'annullamento del concordato preventivo (VITIELLO VELLA, *Inadempimento dell'accordo*, in *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Concordato preventivo concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti* a cura di FERRO, RUGGIERO, DI CARLO, Torino, 2009, 444). Si noti comunque che mentre in precedenza l'art. 186 l. fall. richiamava l'art. 137 e quindi faceva discendere la risoluzione del concordato preventivo dalla mancata costituzione delle garanzie promesse o dal non regolare adempimento degli obblighi derivanti dal concordato, il novellato art. 186 l. fall., ha introdotto in ambito concorsuale principi propri dei contratti (art. 1455 c.c.), laddove dispone che il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza, assimilando adempimento del contratto e del concordato preventivo.

404 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 175; AMBROSINI, *cit.*, 2545.

405 RACUGNO, *cit.*, 555; FABIANI, *cit.*, 30. L'Autore esclude invece l'applicabilità della rescissione per lesione, stante il *quid* di aleatorietà connesso a questo tipo di accordo.

406 Secondo GALARDO, *cit.*, 167 non dovrebbe invece considerarsi applicabile la rescissione per lesione (art. 1448 c.c.), perchè nell'accordo è insito un elemento di alea, connesso al rischio d'impresa e di

presenza di vizi funzionali e le azioni di nullità ed annullamento, correlate alla presenza di vizi genetici⁴⁰⁸. In particolare, i creditori aderenti dovrebbero, di fronte all'inadempimento⁴⁰⁹, prima optare per la risoluzione se avevano pattuito di non promuovere azioni esecutive⁴¹⁰, oppure agire direttamente per la dichiarazione di fallimento, chiedendo che si accerti *incidenter tantum* l'intervenuta risoluzione per inadempimento del debitore⁴¹¹. Occorrerà poi ulteriormente distinguere a seconda che si tratti di inadempimento dell'accordo complessivo, con la conseguenza della sua rimozione e successiva dichiarazione di fallimento, ovvero si tratti di un singolo inadempimento, il che non sempre vorrà dire che c'è insolvenza, potendo risultare sufficienti i rimedi civilistici. Analoghi principi valgono anche per l'azione di nullità per illiceità dei motivi comuni e di annullamento per dolo o errore⁴¹².

riuscita della ristrutturazione; 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 dell'accordo di ristrutturazione (art. 1325, n. 2 c.c.) presenta notevoli affinità con la causa del contratto di transazione (art. 1965 c.c.), per cui può ritenersi applicabile in via analogica l'art. 1970 c.c., ai sensi del quale la transazione non può essere impugnata per causa di lesione.

407 Sul punto si veda diffusamente BOGGIO, *cit.*, 187. Secondo SCIUTO, *cit.*, 358 l'azione di risoluzione è utilmente azionabile dai creditori partecipanti solo nel momento in cui si constata che l'accordo non stia trovando regolare esecuzione. Prima di ciò una domanda di risoluzione ma anche un'eventuale istanza di fallimento non dovrebbero ritenersi ammissibili, in ossequio al generale divieto di venire *contra factum proprium*.

408 GUGLIELMUCCI, *cit.*, 344; VALERIO, *cit.*, 685. SCIUTO, *cit.*, 363 osserva che, tanto che dia luogo a nullità per illiceità dei motivi comuni alle parti, ovvero ad annullamento, emerge come problema principale quello della frode: quando cioè l'accordo sia stato stipulato già sapendo della sua inidoneità a garantire il pagamento dei creditori estranei, ovvero a condizioni svantaggiose per alcuni degli stessi partecipanti, ai quali l'imprenditore proponente abbia occultato le sue reali condizioni economiche. In tali casi l'invalidazione del contratto comporterà la cessazione degli effetti negoziali *ex nunc* e la possibilità per tutti i creditori (anche i partecipanti ma a questo punto sciolti dal contratto) di richiedere il fallimento del debitore.

409 SCIUTO, *cit.*, 358 non esclude che una delle parti possa proporre eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., anche se l'interesse perseguito nel caso in questione non è tanto quello dello scambio di prestazioni in sé, quanto quello di realizzare la rimozione dello stato di crisi, sicché è plausibile che non saranno tanto singoli inadempimenti a costituire oggetto di contestazione quanto il venir meno – sia pure per loro effetto – della possibilità di realizzare la finalità complessiva dell'accordo, invocandone allora la risoluzione.

410 Osserva SCIUTO, *cit.*, 358 che in questo caso se non vi è un interesse a far dichiarare il fallimento del debitore, non parrebbe preclusa un'ordinaria azione volta a far dichiarare la sola risoluzione del contratto o ad accertarla, se già avvenuta per effetto di un termine essenziale o di una clausola risolutiva espressa.

411 SCIUTO, *cit.*, 359.

412 Del campione di giudici intervistato nell'ambito di uno studio condotto nei principali Tribunali italiani il 45% si è espresso nel senso che in caso di accertato inadempimento dell'accordo, l'eventuale scioglimento coinvolga l'accordo nella sua interezza, il 53% ritiene invece che l'accordo venga meno solo se viene meno una parte essenziale dello stesso che si riferisca anche agli altri creditori e solo il 2,5% ritiene che lo scioglimento coinvolga solo i singoli rapporti per cui si è manifestata inadempienza (VITIELLO VELLA, *Trattamento dei creditori e classi*, in *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in

In caso l'accordo venga risolto e sopravvenga il fallimento, l'effetto protettivo sulle azioni revocatorie permane perchè si è consolidato con l'omologazione⁴¹³. Nel fallimento i crediti potranno essere insinuati a seconda delle specifiche pattuizioni negoziali; in mancanza di pattuizione negoziale, il credito dovrebbe reputarsi novato e dunque limitato al minore importo⁴¹⁴. Se si giunge al fallimento senza che vi siano inadempimenti nei confronti dei creditori aderenti, si tratterà di vedere come le parti abbiano regolato i loro rapporti in previsione di un eventuale fallimento⁴¹⁵.

I creditori estranei, oltre a vantare all'interno del procedimento e in via preventiva, il diritto di opporsi all'omologazione, se non vengono soddisfatti, una volta scaduti i sessanta giorni dalla pubblicazione nel registro delle imprese, possono agire in via esecutiva se muniti di titolo (quale potrebbe essere anche l'accordo autenticato nella forma)⁴¹⁶, oppure possono richiedere il fallimento⁴¹⁷, dimostrando che il mancato pagamento è sintomo che l'accordo non si è rivelato idoneo a rimuovere l'insolvenza⁴¹⁸. A questi dovrebbe invece essere preclusa la via delle azioni contrattuali e questo perchè l'accordo omologato e il relativo provvedimento giudiziale non può essere rimosso con le

Concordato preventivo concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti a cura di FERRO, RUGGIERO, DI CARLO, Torino, 2009, 444)

413 RACUGNO, *cit.*, 555.

414 VALERIO, *cit.*, 685 afferma che il creditore aderente potrà insinuare al passivo solo la parte residua del credito vantato alla data di fallimento dedotti i pagamenti ricevuti, senza poter insinuare il proprio eventuale maggior credito originariamente vantato.

415 FABIANI, *cit.*, 31.

416 FERRO LUZZI, *cit.*, 827 osserva che, in caso di pagamento non regolare dei creditori estranei all'accordo dopo l'omologa, ci si dovrebbe riferire all'art. 186 l. fall., che prevede che il concordato non si possa risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza, ritenendo quindi che l'accordo non possa essere risolto per ritardo nell'adempimento di scarsa importanza. Per individuare che cosa si intende per scarsa importanza l'Autore richiama l'art. 40, comma 2 del TUB ove si considera in mero ritardo l'adempimento che avviene tra la scadenza e i ventinove giorni successivi, in ritardo quello che interviene tra il trentesimo e il centoottantesimo giorno dalla scadenza e in ritardo grave quello che interviene dopo il centoottantesimo giorno.

417 FABIANI, *cit.*, 30; nello stesso senso la FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 176 che precisa che resta salva anche la possibilità per il creditore di presentare domanda di concordato preventivo. Sia nell'ipotesi di proposizione dell'istanza di fallimento che in quella di concordato preventivo, riguardo all'accordo omologato, ma rimasto inadempito, si dovrebbero far salvi, nei rispettivi procedimenti, aperti successivamente, gli effetti che l'accordo ha prodotto a seguito dell'omologazione. RACUGNO, *cit.*, 555 osserva che i creditori estranei all'accordo potranno insistere per la dichiarazione di fallimento anche in presenza di un accordo regolarmente in corso d'esecuzione, considerato che questo non preclude di accertare in sede di istruttoria prefallimentare se lo stato di insolvenza sia superato o se sussista.

418 FABIANI, *cit.*, 30. SCIUTO, *cit.*, 361 afferma che in questo caso, circa le modalità processuali, non viene precisato se la cessazione degli effetti dell'accordo sia automatica o se invece presupponga un'espressa pronuncia giudiziale di risoluzione, o comunque di perdita d'efficacia dell'accordo e poi se questa debba essere richiesta espressamente dai creditori aderenti al patto, non potendosi escludere che alcuni di costoro potrebbero voler confermare comunque gli impegni contrattuali presi nell'accordo.

azioni esperibili nei confronti dei contratti, proprio perchè il provvedimento con cui il tribunale omologa l'accordo, conferisce a questo carattere giudiziale, ancorchè il contenuto sia stato raggiunto nella piena autonomia contrattuale delle parti. La via delle azioni contrattuali deve invece considerarsi ammessa per gli accordi stragiudiziali per i quali non sia intervenuta l'omologazione, che si devono considerare sottoposti alla disciplina dei contratti⁴¹⁹.

Un'ultima precisazione riguarda la modificabilità degli accordi: occorre domandarsi se il programma di ristrutturazione approvato con l'accordo omologato possa essere modificato per adeguarlo a mutate circostanze di fatto, anche senza procedere alla risoluzione *tout court* dello stesso; ed eventualmente in che limiti e in che modi si possa procedere al "*restyling*".

In proposito è stato osservato⁴²⁰ che modificazioni minime sono possibili, se non viene alterata la sostanza economica del programma; modificazioni più significative potrebbero invece attuarsi attraverso una sua rinnovazione ed una sua nuova omologazione che assorba il precedente programma negoziale omologato; altrimenti anche in caso si tratti di una modifica convenuta tra tutti i contraenti, quanto eseguito in conformità di tale modifica, ma non previsto dall'accordo già omologato, resterebbe fuori dall'ombrello protettivo previsto dall'art. 67, comma 3, lett. e) l. fall.⁴²¹.

8. Il rapporto tra procedimento per omologa e procedimento per dichiarazione di fallimento

Un tema che merita un approfondimento è quello del rapporto fra procedimento per dichiarazione di fallimento e procedimento per omologa dell'accordo di ristrutturazione; la dottrina⁴²² che si è occupata del problema ha rilevato una reciproca indifferenza tra i due

419 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 175. Sulle patologie degli accordi di salvataggio si veda diffusamente BOGGIO, *cit.*, 187 ss.

420 SCIUTO, *cit.*, 364.

421 SCIUTO, *cit.*, 364. L'Autore osserva anche che risulterebbe dubbia la portata di una clausola di rinegoziazione *ad hoc* inserita nell'accordo e quindi essa stessa coperta da omologazione.

422 AMBROSINI, *cit.*, 178; PATTI, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, 104; RINALDI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di SCHIANO DI PEPE, Padova, 2007, 669.

procedimenti; appare però forse più opportuno parlare a livello sostanziale di reciproca interferenza⁴²³, dal momento che l'intervenuta omologazione dell'accordo ha delle ricadute sul procedimento per dichiarazione di fallimento: posto che l'accordo omologato presuppone il riscontro della salvezza dei diritti di credito dei creditori estranei all'accordo e il loro pagamento integrale e alla scadenza, l'omologa costituisce allora evento idoneo a dimostrare il superamento dello stato di insolvenza dell'imprenditore, che ha evidentemente riacquisito la capacità di far fronte alle obbligazioni con regolarità.

Dopo il decreto correttivo del 2007, si è creata un'intersezione tra il processo pre fallimentare e il divieto di azioni esecutive e cautelari. Nella nuova versione dell'art. 182-*bis*, è infatti previsto il divieto di azioni esecutive e cautelari, tanto nella fase delle trattative che nei sessanta giorni successivi alla pubblicazione dell'accordo. Sorge allora spontaneo il quesito è se l'iniziativa per fallimento possa ascriversi al catalogo delle azioni esecutive. Ove si desse una risposta positiva al quesito, ne conseguirebbe il divieto di depositare il ricorso per la dichiarazione di fallimento nel periodo in cui opera l'ombrello protettivo.

Premesso infatti che il fallimento può considerarsi procedura esecutiva⁴²⁴, occorre appurare se anche l'iniziativa lo sia: in caso non possa essere considerata tale, sarebbe lecito supporre che il procedimento *ex art. 6 l. fall.*, possa essere avviato ed istruito in costanza di procedimento di omologa dell'accordo, anche se il fallimento non potrebbe essere dichiarato. Fermo che il fallimento, inteso come procedura, è una forma di azione esecutiva, che coinvolge l'intero patrimonio del debitore⁴²⁵, per rispondere al quesito sopra posto occorre richiamare la *ratio* del divieto di azioni esecutive: il divieto è volto a consentire che il procedimento di omologa si snodi senza il timore che il patrimonio dell'imprenditore possa essere distratto dalla sua destinazione, impressa secondo il piano oggetto dell'accordo, consentendo alle parti di attendere il giudizio del tribunale, neutralizzando le iniziative di coloro che sono estranei al piano. Dunque anche l'iniziativa

423 FABIANI, *Competizione tra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione*, cit., 206.

424 SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, 4; FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1989, 72.

425 D'AMBROSIO, cit., 1821 qualifica la sentenza dichiarativa di fallimento come azione esecutiva dal momento che determina automaticamente lo spossessamento del fallito dai suoi beni, con effetti assimilabili a quelli di un pignoramento universale; nello stesso senso NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento*, 2008, 172.

per la dichiarazione di fallimento deve ricomprendersi tra le azioni esecutive vietate⁴²⁶, dal momento che, similmente, finalità del divieto è quella di impedire che il patrimonio del debitore venga intaccato prima dell'omologa, pregiudicando l'intero accordo; vero è che quel creditore, se estraneo, dovrà essere soddisfatto immediatamente dopo l'omologa, ma appunto dopo e non prima.

Seguendo quest'impostazione, occorre chiedersi cosa accade nel caso venga violato il divieto: la categoria da richiamare dovrebbe essere quella della improponibilità/improcedibilità⁴²⁷.

Occorre poi valutare che cosa accade qualora il ricorso sia presentato oltre il sessantesimo giorno, ossia quando l'inibizione è venuta meno; ciò consente anche di verificare cosa accade se si ritiene che il processo per fallimento non sia impedito dal deposito di un accordo di ristrutturazione⁴²⁸.

Fra il procedimento per la dichiarazione di fallimento e quello di omologa, esiste una parziale sovrapposizione: la certificazione contenuta nel piano sull'esistenza di risorse sufficienti per pagare i creditori estranei, altro non è che il rovescio della medaglia

426 NARDECCHIA, *cit.*, 706 precisa che conseguentemente nel periodo in cui opera l'ombrello protettivo non potrà essere depositato il ricorso per la dichiarazione di fallimento; qualora l'istruttoria prefallimentare sia già iniziata non sarà consentita l'emissione dei provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio dell'impresa previsti dall'art. 15 l. fall., nè il compimento di altra attività, neppure istruttoria; nè tantomeno sarà possibile dichiarare il fallimento del debitore; nello stesso senso DIDONE, *cit.*, 31.

427 FABIANI, *cit.*, 20 afferma che: "*ci si può rifugiare nella categoria della improponibilità/improcedibilità; il giudice cui è affidato il procedimento (cautelare, esecutivo o fallimentare) deve emettere una pronuncia di rito con la quale nega provvisoriamente la tutela richiesta per il difetto di una condizione dell'azione che impedisce la decisione nel merito (se si tratta di sequestro o fallimento) o la progressione del processo verso l'attuazione coattiva del diritto (se si tratta di azione esecutiva). Il creditore non ha, transitoriamente, interesse all'azione per il fatto che l'imprenditore ha proposto un accordo che dovrà contenere anche la previsione del suo integrale ed immediato soddisfacimento. Poichè il divieto si traduce in una lesione del diritto di azione (art. 24 Cost.), l'inibizione risulta tollerabile solo perchè breve, ciò che è tipico nella tutela condizionata*".

428 In uno studio condotto intervistando i giudici dei Tribunali italiani, è emerso che la maggioranza (61%) reputa che l'istruttoria prefallimentare debba proseguire, con preclusione della sola dichiarazione di fallimento (quindi il fallimento può essere dichiarato solo dopo la decisione sull'omologa); tale dato va aggiunto alla percentuale (29, 3%) di chi sostiene la totale indipendenza dei due procedimenti, non solo a trattazione ma anche a decisione, per cui la sentenza di fallimento potrebbe essere emessa anche in pendenza di procedimento ex art. 182 *bis*; decisamente minoritario è l'orientamento di chi sostiene che il ricorso ex art. 182-*bis* costituisca condizione di improcedibilità dell'istruttoria prefallimentare, bloccando non solo la decisione, ma anche la stessa trattazione (istruttoria) ad essa prodromica (si veda VELLA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, Competenza e procedimento*, in *Concordato preventivo concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti. Analisi giuridica ed aziendalistica sulla composizione giudiziaria della crisi d'impresa nella prassi dei tribunali dopo la riforma: i risultati di un'indagine* a cura di FERRO, RUGGIERO, DI CARLO, Torino, 2009, 437).

dell'insolvenza: l'insolvenza non c'è perchè ci sono risorse sufficienti e queste derivano da un accordo. Allora è chiaro che il procedimento *ex art. 182-bis* e il decreto di omologa si pongono quali necessari antecedenti logici del giudizio richiesto al tribunale con la presentazione di un ricorso per fallimento⁴²⁹; il decreto di omologa si pone come accertamento pregiudiziale sulla insussistenza dello stato di insolvenza, vincibile con la dimostrazione della incapacità in concreto dell'imprenditore di far fronte regolarmente ai debiti nei confronti dei non aderenti⁴³⁰. La certificazione del tribunale ha però un valore temporale limitato e dunque è possibile che il creditore dimostri che l'accordo omologato non si è rivelato adeguato a superare l'insolvenza⁴³¹.

Tuttavia, anche qualora il tribunale emetta un provvedimento di rigetto dell'omologa⁴³² non può al contempo dichiarare il fallimento, dal momento che può comunque essere diverso il presupposto oggettivo, ad esempio se c'è stato di crisi e non insolvenza. Ma anche nel caso emerga il presupposto dello stato di insolvenza, il tribunale⁴³³ non può procedere d'ufficio⁴³⁴, ma deve limitarsi a segnalare la circostanza al p.m. (*ex art. 7 l. fall.*), che valuterà se avviare l'iniziativa per la declaratoria di fallimento⁴³⁵.

Non dovrebbe invece considerarsi compatibile con la struttura del procedimento l'applicazione analogica dell'art. 173 l. fall., che prescrive, con riguardo al concordato preventivo, la revoca dell'ammissione alla procedura e la contestuale sentenza dichiarativa di fallimento: mancherebbe infatti in questo caso un procedimento di ammissione alla procedura da revocare e un procedimento che si sia svolto sotto la vigilanza di un organo (il commissario giudiziale), nel corso del quale si sia accertato il venir meno delle

429 PALUCHOWSKI, *L'accordo di ristrutturazione e il controllo del tribunale nel giudizio di omologa*, in *Fallimento*, 2011, 99; nello stesso senso DIDONE, *cit.*, 31.

430 NARDECCHIA, *Crisi d'impresa autonomia privata e controllo giurisdizionale*, *cit.*, 95; SCIUTO, *cit.*, 356.

431 FABIANI, *cit.*, 21; NARDECCHIA, *cit.*, 706.

432 FABIANI, *cit.*, 210 osserva che l'accordo anche se non omologato può comunque essere idoneo a far recedere l'insolvenza, ad esempio perchè i creditori decidono di volersi attenere comunque alle condizioni dell'accordo anche in caso di non omologazione.

433 Secondo D'AMBROSIO, *cit.*, 1816 il fallimento si potrebbe richiedere anche ad un tribunale diverso da quello che ha rigettato l'omologa dell'accordo, competente per territorio ai sensi dell'art. 9 l. fall., nel caso in cui la società abbia trasferito la propria sede nell'anno anteriore all'esercizio per l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento.

434 E' stato modificato dal d.lgs. 5/06 l'art. 6 l. fall., per cui non è più prevista la dichiarazione d'ufficio del fallimento.

435 FABIANI, *cit.*, 27.

condizioni che hanno determinato l'ammissione alla procedura stessa⁴³⁶.

Il fallimento potrà invece essere dichiarato solo in esito ad un autonomo procedimento che si svolga nelle forme di cui all'art. 15 l. fall., promosso da un creditore o dal p.m.⁴³⁷.

In giurisprudenza sul tema del rapporto tra procedimento di omologa e procedimento di dichiarazione di fallimento si è assistito ad una vera e propria evoluzione.

In due pronunce, una della Corte d'Appello di Trieste⁴³⁸ e una del Tribunale di Udine del 2007⁴³⁹, che si collocano in una fase antecedente rispetto al decreto correttivo del 2007, si afferma che tra i due procedimenti c'è una "reciproca indifferenza"; in termini pratici questo significa che nel corso della fase di omologa degli accordi di ristrutturazione i creditori estranei erano legittimati a presentare istanza di fallimento nei confronti del debitore proponente, nello stesso modo in cui quest'ultimo, in pendenza del procedimento per la dichiarazione di fallimento, poteva depositare un accordo di ristrutturazione al fine di ottenerne l'omologazione.

Resta il fatto che in realtà i due procedimenti interferiscono l'uno con l'altro sul piano sostanziale: dal momento che, come sopra esposto, l'omologa dell'accordo di ristrutturazione, accertando l'idoneità di quest'ultimo a soddisfare integralmente i creditori estranei, andrebbe ad attestare sostanzialmente anche se non formalmente, l'insussistenza dello stato di insolvenza. Infatti nella pronuncia del Tribunale di Udine, chiamato ad esprimersi sull'istanza di fallimento depositata in pendenza del giudizio di omologazione dell'accordo, è stata valutata proprio l'idoneità dell'accordo a rendere inattuale lo stato d'insolvenza. In particolare i giudici di Udine si sono rifatti alla giurisprudenza di legittimità in materia di concordati stragiudiziali⁴⁴⁰ e hanno valutato l'idoneità quantitativa

436 FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 163.

437 D'AMBROSIO, *cit.*, 1816; PROTO, *cit.*, 138; FERRO, *cit.*, 83; ZANICHELLI, *cit.*, 618 precisa che si può estendere agli accordi di ristrutturazione l'applicazione dell'art. 180, ultimo comma, dal momento che è fatto salvo il principio dell'iniziativa di parte, non vi è pregiudizio del diritto di difesa del debitore e viene salvaguardata anche l'esigenza di economicità di attività processuale, dal momento che nulla vieterebbe al creditore di proporre la stessa istanza una volta concluso negativamente il giudizio di omologazione (o in corso di procedura, ma subordinato alla mancata omologazione).

438 App. Trieste, 4 settembre 2007 in *Dir. fall.*, 2008, II, 297.

439 Trib. Udine 22 giugno 2007, in *Fallimento*, 2008, 701.

440 La prima pronuncia sul punto, che poi ha creato un filone, è stata Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Fallimento*, 1990, 495 ove si afferma che risulta imprescindibile "accertare l'attualità o no dell'insolvenza, o deducendola dalla globalità della situazione patrimoniale dell'imprenditore, o analizzando l'attuale rapporto tra fondi di liquidità ed entità residua dei debiti scaduti: (...) solo se questa

dei debiti estranei ad evidenziare l'attualità del dissesto e a giustificare l'apertura del procedimento fallimentare. Il giudizio viene quindi sostanzialmente a sovrapporsi con quello da effettuare in sede di omologa: ove si accerti che il debitore sia in grado di pagare regolarmente i creditori estranei, si deve ritenere insussistente lo stato di insolvenza. Resta fermo che una volta assunta la decisione sull'omologa dell'accordo, il procedimento fallimentare va anch'esso deciso nel merito⁴⁴¹.

Successivamente, intervenuto il correttivo del 2007 (con i risvolti sopra visti in termini di divieto di azioni esecutive e cautelari), si sono registrate due pronunce di tenore differente⁴⁴²: il Tribunale di Milano ha ritenuto sussistere tra la richiesta di omologa e l'istanza di fallimento un rapporto di "connessione" e "pregiudizialità logica e funzionale", che non solo impone di valutare in un unico contesto l'uno e l'altro tipo di procedimento, riunendoli, ma richiede altresì di verificare in primo luogo se l'accordo sia o meno omologabile e, solo in caso di risposta negativa, di procedere all'analisi della sussistenza dei presupposti per la declaratoria di fallimento⁴⁴³.

9. Effetti dell'apertura del fallimento

Il fallimento è una possibilità che si apre a) quando l'accordo non sia omologato b) perda efficacia perchè b1) risolto, in quanto non eseguito nei confronti dei creditori stipulanti b2) comunque sopravanzato da una dichiarazione di fallimento, richiesta da un creditore estraneo insoddisfatto, anche successivo all'omologa dell'accordo b3) invalidato⁴⁴⁴.

Nelle ultime tre ipotesi l'inefficacia che ne deriva riguarderà i soli effetti negoziali e non quelli legali, tipicamente l'esenzione da revocatoria fallimentare: è infatti la stessa norma che dispone questa esenzione presupponendo evidentemente che l'accordo omologato non sia

indagine, condotta nell'una o nell'altra delle modalità consentite ed indicate desse esito negativo, potrebbe affermarsi la puntuale persistenza di uno stato di insolvenza".

441 NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione e il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., 706.

442 Trib. Milano 10 novembre 2009, in *Fallimento*, 2010, 195; Trib. Milano 25 marzo 2010, in *Fallimento*, 92.

443 L'orientamento è stato confermato dalla recente Trib. Novara, 1 febbraio 2011, in *Fallimento*, 2011, 703.

444 SCIUTO, cit., 366.

andato a buon fine.

Per quanto riguarda la prededucibilità di alcune tipologie di crediti si vedano i paragrafi 9.2 e ss.

Di seguito si esamineranno gli effetti del fallimento sugli accordi di ristrutturazione.

9.1. La revocatoria

Effetto principale dell'omologa⁴⁴⁵ è quello di esentare da azione revocatoria *ex art. 67, comma terzo, lett. e)*, in caso di successivo fallimento, gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato⁴⁴⁶.

Questo significa che sono protetti non solo tutti gli atti successivi al decreto di omologazione, ma anche quelli compiuti dopo la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, se successivamente interviene l'omologazione⁴⁴⁷. Non solo: si deve ritenere che la protezione copra gli atti che corrispondono a quelli previsti nel piano, onde la necessità che il piano sia ben dettagliato⁴⁴⁸.

445 Vi sono però anche altri effetti che l'omologa produce. Nel concordato preventivo l'omologa non produce effetto nei confronti dei coobbligati e dei soci illimitatamente responsabili, nei confronti dei quali i creditori conservano piena libertà d'azione. Ma una volta preso atto dell'autonomia degli accordi dal concordato preventivo e in assenza di un esplicito richiamo all'art. 184 l. fall., si dovrebbe dedurre che gli eventuali effetti esdebitatori che rinvergono dagli accordi trovano attuazione anche verso coobbligati e soci illimitatamente responsabili, in applicazione del principio *accessorium sequitur principale* (in questo senso FABIANI, *cit.*, 29. Nello stesso senso NARDECCHIA, *cit.*, 186; AMBROSINI, *cit.*, 176 ss.; RACUGNO, *cit.*, 551, il quale sottolinea che per converso degli accordi di ristrutturazione non beneficiano i soci illimitatamente responsabili nel caso di accordo proposto dalla società, non trovando applicazione il secondo comma dell'art. 184. Contra: FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 186). Quanto esposto può rappresentare certamente un elemento da valutare in termini di *appeal* per un creditore che voglia aderire all'accordo. Le parti possono tuttavia disciplinare liberamente gli effetti del loro accordo verso i coobbligati.

446 La FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 168 precisa che gli effetti protettivi sul patrimonio devono prodursi anche nei confronti dei creditori estranei, i quali non possono iniziare o proseguire le azioni esecutive e nemmeno presentare istanza di fallimento.

447 In questo senso FABIANI, *cit.*, 28; D'AMBROSIO, *cit.*, 998; VALERIO, *cit.*, 684; ZANICHELLI, *cit.*, 613; FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 173. L'Autrice precisa anche che nel caso invece sopraggiunga il fallimento a seguito dell'esito infruttuoso di accordi stragiudiziali non omologati, anche se finalizzati alla rimozione dell'insolvenza, gli atti e i pagamenti posti in essere dal debitore possono essere inquadrabili tra quelli revocabili a norma dell'art. 67 l. fall., se compiuti dall'imprenditore già in stato di insolvenza.

448 FABIANI, *cit.*, 27 precisa che un atto *extra-vagantes*, pur essendo valido, può divenire inefficace in caso di fallimento perchè estraneo al beneficio dell'esonero da revocatoria. D'AMBROSIO, *cit.*, 1824 sostiene che non sono revocabili anche i negozi non esplicitamente previsti dall'accordo, ma resisi necessari per la sua esecuzione; deve dunque sussistere un nesso causale tra accordo ed atto posto in essere in sua esecuzione e di solito il nesso viene indicato nel piano o nella relazione del professionista;

Occorre poi domandarsi se tutti gli atti esecutivi dell'accordo siano protetti o solo quelli che riguardano i creditori aderenti⁴⁴⁹. In realtà, se la protezione riguardasse anche i creditori estranei, questi cumulerebbero il vantaggio di essere soddisfatti per intero con quello di non essere esposti a rischi revocatori. Inoltre, il pagamento effettuato ai creditori estranei, non avviene in forza dell'omologazione e quindi in esecuzione dell'accordo, ma in forza dell'originario contratto da cui il credito è sorto; dunque, in caso di fallimento, la protezione da revocatoria dovrebbe essere esclusa⁴⁵⁰.

Vi è però chi⁴⁵¹ differenzia i creditori estranei all'accordo che vengono pagati da quelli estranei che non ricevono pagamenti. Solo ai primi dovrebbe spettare il beneficio dell'esenzione da revocatoria, perchè i secondi in caso di fallimento subiscono il pregiudizio della diminuzione della massa patrimoniale del debitore, come conseguenza dei pagamenti effettuati e dell'operatività dell'esenzione da revocatoria.

Poi vi sono quei terzi non creditori al momento della stipulazione ma coinvolti nel piano, come potrebbe essere il caso di un finanziatore che interviene per fornire i fondi necessari all'esecuzione. L'art. 67 contempla solo gli atti posti in essere in esecuzione dell'accordo di cui all'art. 182-*bis*, che a sua volta considera solo l'accordo stipulato dall'imprenditore con i creditori e non con i terzi. Tuttavia essi dovrebbero comunque ritenersi ricompresi, in base alla considerazione sostanziale che il beneficio dell'esenzione debba competere a tutti coloro che intervengono per la buona riuscita del piano con vantaggio per tutti i creditori, assumendosi anche il rischio di esito negativo⁴⁵².

La protezione dalla revocatoria fallimentare copre tanto gli atti, i pagamenti e le garanzie "normali" di cui al secondo comma dell'art. 67, che quelli "anomali" di cui al

infatti è impensabile che il piano di ristrutturazione nel quale si inseriscono gli accordi conferisca "in bianco" l'immunità da revocatoria a tutti gli atti posti in essere dall'imprenditore dopo l'omologa.

449 D'AMBROSIO, *cit.*, 554 parla dell'esenzione in termini di "inassoggettabilità oggettiva" che prescinde dalla conoscenza o ignoranza dell'accordo omologato da parte del terzo contraente con il debitore.

450 Così FABIANI, *cit.*, 27. L'Autore afferma che l'alternativa per i creditori è secca: o restano estranei per avvantaggiarsi del pagamento integrale assumendosi il rischio della revocatoria, oppure preferiscono accettare la ristrutturazione del debito in cambio della certezza di quanto erogato in esecuzione dell'impegno preso dal debitore. Nello stesso senso sostanzialmente ZANICHELLI, *cit.*, 620; PRESTI, *La sindrome da teleobiettivo cit.*, 563 il quale afferma che l'esenzione da revocatoria ha l'effetto di scaricare sui creditori non aderenti una parte (anche cospicua) del rischio di esito negativo della ristrutturazione, dal momento che l'esenzione determina la riduzione del patrimonio oggetto dell'esecuzione fallimentare. Contra: FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 172; D'AMBROSIO, *cit.*, 1824; MANENTE, *cit.*, 306; BONFATTI, *cit.*, 473.

451 ROPPO, *cit.*, 386.

452 ZANICHELLI, *cit.*, 621.

primo comma: lo svantaggio per il creditore o l'anomalia dell'operazione sono irrilevanti nel momento in cui è conclamato lo stato di crisi, dal momento che tutti gli atti meritano protezione nella misura in cui siano funzionali alla esecuzione degli accordi che nella loro dinamica dovrebbero rappresentare un superamento della crisi⁴⁵³. Se l'intero statuto della revocatoria fallimentare gode del beneficio dell'esonero, resta ancora da capire se anche gli atti inefficaci *ex lege* ne possano godere: secondo alcuni⁴⁵⁴ dovrebbero essere coperti dall'ombrello protettivo solo i pagamenti anticipati rispetto alla scadenza, che possono rivelarsi utili nell'ambito di una trattativa con il debitore, ma non gli atti a titolo gratuito.

Ulteriore aspetto problematico riguarda la revocatoria ordinaria, ossia se questa sia ricompresa nell'esenzione, visto il generico richiamo al secondo comma dell'art. 182-*bis* all'"azione revocatoria". Questa dovrebbe godere del beneficio se promossa dal curatore, in caso di successivo fallimento; se invece non segue il fallimento si deve privilegiare la tutela della lesione alla garanzia patrimoniale del creditore insoddisfatto senza che possa essere invocata l'esenzione⁴⁵⁵.

Infine dovrebbe considerarsi coperto dall'esenzione anche l'accordo-cornice e non soltanto i singoli atti esecutivi, dal momento che l'accordo è già stato assoggettato ad un preventivo controllo giudiziale.

Resta da capire che cosa succede in caso, successivamente all'omologa, l'accordo si riveli non più attuabile: ci si chiede allora quale sia la sorte degli atti esecutivi posti in essere dopo tale momento. E' ipotizzabile che nel successivo giudizio revocatorio, il convenuto eccepisca che il pagamento ricevuto costituisce un atto esecutivo dell'accordo omologato, paralizzando così la pretesa attorea; la soluzione si giustifica perchè i terzi non sono onerati dall'obbligo di una verifica sulla persistenza dei requisiti di attuabilità dell'accordo dopo il giudizio di omologa⁴⁵⁶.

453 D'AMBROSIO, *cit.*, 1824.

454 FABIANI, *cit.*, 28.

455 In questo senso FABIANI, *cit.*, 28; VALENSISE, *sub art. 182-bis*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di NIGRO e SANDULLI, Torino, 2006, 1104; tuttavia D'AMBROSIO, *cit.*, 1825 osserva che la preclusione di cui all'art. 67 non dovrebbe estendersi alla revocatoria ordinaria, a meno che il curatore o il creditore procedente dimostrino la *machinatio*, ovvero l'esistenza di un piano ordito dal debitore o dal terzo di porre in atto il negozio revocando con l'intento di eludere i controlli del professionista e di frodare i creditori. Nello stesso senso BONFATTI, *cit.*, 313.

456 D'AMBROSIO, *cit.*, 1825.

9.2. La prededucibilità dei crediti

Una incisiva modifica alla disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti è stata apportata con la l. 122/2010, che ha introdotto un nuovo art. 182-*quater*, che prevede la prededucibilità di alcune categorie di crediti⁴⁵⁷ in caso di fallimento successivo all'omologa di un accordo di ristrutturazione (e di concordato preventivo). In questo modo viene assicurata una nuova protezione, anche se su livelli non omogenei, a diverse categorie di creditori: *i)* banche e intermediari finanziari, *ii)* soci, *iii)* professionisti attestatori⁴⁵⁸.

Con riferimento ai crediti sopra indicati (fatta eccezione per quelli derivanti da finanziamenti di banche ed intermediari finanziari), i creditori sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato preventivo⁴⁵⁹ e dal computo della percentuale dei crediti prevista per la richiesta di omologa di un accordo di ristrutturazione ai fini che qui interessano.⁴⁶⁰

Esaminiamo le tipologie nello specifico.

457 DI MAJO, cit., 679 osserva che nel d.l. 78/2010 "effetti protettivi del patrimonio dell'impresa in crisi e misure destinate ad agevolare la raccolta di risorse finanziarie all'impresa strettamente si saldano, così da creare un'area di tutela intorno ad essa, che, da un lato, la sottrae alle vicende cui è sottoposto ogni debitore in punto di responsabilità patrimoniale (art. 2740), e dall'altro lato tende a rafforzare il credito destinato a sostenerla." La modifica all'art. 182-*bis* deroga al principio della responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 c.c.), a far tempo dallo stato di crisi, sospendendone l'operatività; l'art. 182-*quater* deroga al principio dell'uguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sul patrimonio comune del debitore (art. 2741), istituendo una ragione di preferenza, quanto al loro realizzo, volta a far ottenere risorse finanziarie all'impresa. Il risultato di entrambe è un effetto di potenziamento della soluzione negoziale alternativa alla procedura fallimentare.

458 La relazione illustrativa al d.l. 78/2010 afferma che: «La prededucazione è stata limitata, a tutela della massa dei creditori, solo con riferimento agli strumenti di risanamento configurati dalla nuova legge fallimentare che prevedono l'intervento dell'autorità giudiziaria. La norma tutela i finanziamenti erogati in attuazione degli accordi (concordatari ovvero di ristrutturazione dei debiti), affiancando ad essa quella relativa ai finanziamenti ponte concessi ed erogati dagli intermediari nella fase precedente il deposito delle domande di ammissione alla procedura di concordato preventivo di cui agli artt. 160 ss. e di omologa degli accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-*bis* l. fall., in considerazione del fatto che la formazione del piano o dell'accordo richiede un periodo anche non breve, in cui il finanziamento può essere essenziale per conservare all'impresa prospettive di continuità aziendale. Lo stesso spirito è alla base del riconoscimento della prededucazione ai finanziamenti ai soci, che comporta l'esigenza di derogare alle disposizioni codicistiche in tema di postergazione e in particolare agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c.».

459 V. art. 177 l. fall. ("maggioranza per l'approvazione del concordato").

460 V. art. 182-*bis*, commi 1 e 6, l. fall.

9.3. La prededucibilità per i finanziamenti bancari

L'art. 182-*quater*, comma primo, l. fall. stabilisce che i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107 d.lg. 385/1993, in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato sono prededucibili.

Quanto al profilo soggettivo, il fatto che la limitazione della prededuzione si riferisca solo ai crediti relativi ai finanziamenti effettuati dalle banche e dagli intermediari finanziari (e in parte dai soci, v. *infra* paragrafo 9.4.), per un verso privilegia i creditori forti scoraggiando possibili finanziamenti di altri soggetti terzi, per altro verso ha fatto sorgere il dubbio di legittimità costituzionale della norma per disparità di trattamento⁴⁶¹.

L'espressione "*finanziamenti in qualsiasi forma effettuati*" induce a domandarsi quali forme di intervento della banca a sostegno dell'impresa possano essere comprese in tale nozione per usufruire della prededuzione. La *ratio* della norma, che è quella di favorire l'erogazione di nuova finanza all'impresa in crisi, farebbe pensare ad un'interpretazione estensiva del concetto di finanziamento, in *pendant* con quanto disposto dall'art. 2467 c.c.⁴⁶²: dunque dovrebbero rientrarvi l'erogazione di somme a titolo di mutuo e ogni operazione in grado di realizzare nella sostanza un finanziamento dell'impresa, come le fideiussioni, ogni apporto non imputato a capitale, le aperture di credito e le dilazioni di pagamento⁴⁶³.

La precisazione per cui si parla di finanziamenti erogati "*in esecuzione*" è chiara per quanto attiene agli accordi, dal momento che per questi il presupposto è costituito dalla intervenuta omologazione: le banche che somministrano nuova finanza dopo l'omologa *ex art. 182-bis l.fall.*, qualora segua la dichiarazione di fallimento, hanno diritto a che il loro

461 AMBROSINI, *Le novità in materia di soluzioni negoziate della crisi d'impresa introdotte dal d.l. 31 maggio 2010 n. 78 e dalla l. 30 luglio 2010 n. 122; Relazione Convegno Paradigma*, Milano 12-13 ottobre 2010.

462 L'interpretazione estensiva è supportata anche dalle *Linee guida per il finanziamento delle imprese in crisi*, prima edizione 2010, consultabile su www.assonime.it, che identificano come finanziamenti alle imprese in crisi, tutte quelle forme di finanziamento del capitale circolante, ancorchè finalizzato allo smobilizzo di portafoglio mediante cessione di credito, con l'esclusione di quei finanziamenti destinati agli investimenti, se non improcrastinabili per la prosecuzione dell'attività e comunque di importo congruo rispetto al passivo accumulato.

463 MORELLINI, *L'art. 182-*quater* l. fall.: novità e criticità*, in *Fallimento*, 2011, 900.

credito venga ammesso al passivo in prededuzione. La prededuzione spetta in quanto espressamente prevista dalla legge (v. art. 111, secondo comma l. fall.).

Anche se non espressamente indicato nella norma, i finanziamenti concessi in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dovrebbero essere espressamente previsti nel piano⁴⁶⁴ e nell'attestazione dell'esperto, nonché nell'accordo di cui viene richiesta l'omologa, nell'ambito del quale dovrà essere confermato che essi sono presupposto necessario per l'esecuzione del piano e la realizzazione della ristrutturazione. Tuttavia secondo alcuni⁴⁶⁵ la prededucibilità è riconosciuta anche ai finanziamenti concessi prima dell'omologazione, ma dopo il deposito dell'accordo di ristrutturazione.

La prededuzione viene poi riconosciuta anche ai crediti che originano da finanziamenti erogati "in funzione" della presentazione di una domanda di concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione, che vengono parificati ai prededucibili (art. 182-*quater*, comma secondo)⁴⁶⁶: i cc.dd. «finanziamenti ponte»⁴⁶⁷ trovano, dunque, piena

464 VALSENISE, *sub art. 182-quater, cit.*, 2338 che "la prededucibilità potrebbe essere riconosciuta solo a quegli interventi finanziari puntualmente previsti, individuati (ovviamente anche con riferimento ai soggetti erogatori) e quantificati" e solo in relazione a quei crediti che "presentino requisiti di coerenza, attinenza e strumentalità rispetto al piano, ai suoi strumenti e ai suoi obiettivi".

465 AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella l. 122/2010*, in *Fallimento*, 2011, 644; nello stesso senso BONFATTI, *Le procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa: opportunità e responsabilità, relazione svolta al Convegno nazionale di Reggio Emilia*, 8 ottobre 2010, *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi*, in www.ilcaso.it; MORELLINI, *cit.* 901. L'Autrice sostiene che questa lettura è coerente con l'intenzione del legislatore di agevolare il finanziamento all'impresa anche nel periodo tra il deposito della domanda e l'omologa; una diversa lettura sarebbe poi incoerente con l'art. 111, secondo comma, l. fall., che riconosce la prededuzione dei crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali a prescindere dall'avvenuta omologa del concordato preventivo. Nello stesso senso FABIANI, *cit.*, 904. L'Autore sostiene che, se i finanziamenti sono erogati dopo l'omologazione la prededuzione spetta automaticamente, ma ciò non esclude che possa essere riconosciuta anche per la nuova finanza fornita dopo l'ammissione al concordato. Infatti può richiamarsi l'art. 167 l. fall., dove si stabilisce che con l'autorizzazione del giudice delegato l'imprenditore può compiere atti di straordinaria amministrazione. Dunque se il giudice delegato autorizza la stipulazione del contratto di finanziamento, in quanto obbligazione sorta in occasione di una procedura concorsuale, il credito della banca dovrebbe assumere rango prededucibile. Tuttavia se il piano già prevedeva la stipulazione del contratto di finanziamento, l'autorizzazione del giudice delegato dovrebbe degradare a mero controllo di conformità e di adeguatezza (fra piano e atto di straordinaria amministrazione), specie se l'atto va compiuto dopo l'approvazione in assemblea da parte della maggioranza dei creditori. In senso contrario: NIGRO, *sub art. 67*, in NIGRO-SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, 378; PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 436.

466 Il testo del d.l. 78/2010 viene modificato dalla l. 122/2010 di conversione che non parla di crediti prededucibili *tout court* ma di crediti "parificati" ai prededucibili. Osserva D'AMORA, *La nuova prededuzione, Relazione svolta al convegno organizzato dall'OCI*, Bari 8-9 ottobre 2010, in www.osservatorio-oci.org, p. 8 del dattiloscritto che la modifica è opportuna, perchè in questo caso di prededucibilità in senso proprio non può parlarsi, in relazione a crediti sorti al di fuori (in particolare prima) della procedura e attraverso un'iniziativa non controllata dell'imprenditore.

legittimazione; tuttavia la prededuzione non è automatica ma scatta quando il tribunale nel decreto di ammissione al concordato preventivo la dispone espressamente, previa verifica di conformità rispetto al piano: il legislatore, temendo una deriva di prededucibilità in pregiudizio dei creditori concorsuali, ha ritenuto di sottoporre l'operazione ad un controllo giudiziale⁴⁶⁸. Quanto ai «finanziamenti ponte» correlati al piano annesso ad un accordo di ristrutturazione, non essendoci in questo caso un decreto di ammissione, ma solo un decreto di omologazione, è in quella sede che il tribunale omologando l'accordo dà efficacia al finanziamento effettuato prima, e quindi nell'ipotesi in cui sopravvenga il fallimento il credito da restituzione assume natura prededucibile⁴⁶⁹.

Prima di questa riforma, l'afflusso di nuove risorse finanziarie era cautelato o dal rilascio di garanzie nuove protette dall'esenzione dalla revocatoria (art. 67, terzo comma, lett. e), o dalle cc.dd. operazioni autoliquidanti. Tuttavia, come da più parti sottolineato⁴⁷⁰, un tale regime di protezione non era adeguato ed era necessario elevare i benefici a favore degli investitori attribuendo loro il rango della prededuzione, prendendo atto del fatto che un processo di ristrutturazione delle passività richiama quasi obbligatoriamente l'acquisizione di nuove risorse finanziarie, ed è evidente che colui che deve investire in una impresa in crisi ha bisogno di ricevere delle garanzie, posto che il rischio dell'insuccesso dell'operazione è spesso il preludio di un fallimento⁴⁷¹. Quanto ai "finanziamenti ponte", decisiva è la considerazione che acquisire risorse finanziarie nuove prima del «passaggio» giudiziale si rivela un elemento fondamentale per il successo della composizione concordata della crisi, dal momento che in molte situazioni la crisi

467 V. BONSIGNORE, *Il finanziamento dell'impresa in crisi nella fase preparatoria della ristrutturazione del debito*, in *Fallimento*, 2009, 37.

468 Sul punto v. FABIANI, *cit.*, 905. Osserva AMBROSINI, *cit.*, 645 che il fatto di subordinare la prededucibilità al provvedimento omologatorio, ossia ad un evento futuro ed incerto, rischia tuttavia di diventare un deterrente alla concessione di finanza-ponte.

469 VALENSISE, *Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di NIGRO-SANDULLI-SANTORO, Torino, 2010, 2340 osserva che il provvedimento di omologa dell'accordo di ristrutturazione dovrebbe contenere il riconoscimento della prededuzione sia per i finanziamenti funzionali alla presentazione della domanda, che per i finanziamenti funzionali all'esecuzione dell'accordo. Nello stesso senso DIDONE, *cit.*, 14, secondo il quale la norma va letta nel senso che la prededuzione spetta purchè sia espressamente disposta nel provvedimento con cui l'accordo sia omologato; ciò costituisce indubbiamente un ampliamento della cognizione del Tribunale in sede di omologa. Contra: BONFATTI, *cit.*, p. 13 dattiloscritto.

470 DI MAIO, *cit.*, 678; BOGGIO, *cit.*, ; FRASCAROLI SANTI, *cit.*, 169 ss.

471 FABIANI, *cit.*, 905.

dell'impresa, specie di sotto forma di crisi di liquidità, è così acuta che attendere l'omologazione potrebbe rivelarsi esiziale.

9.4. La prededucibilità per i finanziamenti dei soci

La prededuzione si applica anche ai finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare (art. 182-*quater*, comma terzo) e, stante il richiamo al comma 1 dell'art. 182-*quater*, apparentemente solo se l'operazione è successiva al concordato o all'omologazione dell'accordo⁴⁷². Apparentemente, viene negata la prededuzione per i «finanziamenti ponte»⁴⁷³ effettuati dai soci; se così fosse la *ratio* della previsione non è chiara: è stato ipotizzato che si tratti di una limitazione indotta da un sentore di scarso affidamento per le condotte dei soci⁴⁷⁴. Tuttavia, vi è anche una diversa opinione⁴⁷⁵, secondo la quale la prededucibilità, sebbene limitata all'80 % del credito, assisterebbe anche i finanziamenti-ponte dei soci, perchè altrimenti sarebbe inspiegabile la previsione del comma 5 dell'art. 182-*quater*, in base al quale "con riferimento ai crediti indicati ai commi secondo terzo e quarto, i creditori sono esclusi dal computo (...) della percentuale dei crediti prevista all'art. 182-*bis*, primo e sesto comma". Secondo alcuni⁴⁷⁶ la disciplina in questione rappresenta allora la dimostrazione che possono essere qualificati finanziamenti effettuati "in esecuzione" di un accordo anche operazioni produttive di crediti sorti anteriormente all'accordo, se è vero che la legge ritiene di dover disporre in materia di esclusione degli stessi dal computo delle maggioranze rilevanti per la configurazione di un accordo di ristrutturazione. Infatti se si trattasse di finanziamenti eseguiti in esecuzione di accordi – quindi crediti che sorgono successivamente all'omologazione – la norma sarebbe del tutto inspiegabile ed oscura⁴⁷⁷.

472 Valgano tuttavia le considerazioni espresse sul primo comma dell'art. 182-*quater*: dunque si ritiene che possa essere concessa la prededuzione ai finanziamenti effettuati anche prima dell'omologa ma dopo il deposito della domanda, purchè previsti nel piano, nell'attestazione e nell'accordo.

473 Osserva MORELLINI, *cit.*, 903 che l'esclusione è abbastanza incomprensibile, anche perchè le stesse banche potrebbero essere disposte a concedere finanziamento solo ed in quanto vi sia anche l'intervento del socio.

474 FABIANI, *cit.*, 905.

475 D'AMORA, *cit.*, p. 9 del dattiloscritto. Nello stesso senso DIDONE, *cit.*, 15.

476 BONFATTI, *cit.*, p. 15 del dattiloscritto.

477 DIDONE, *cit.*, 15; nello stesso senso MORELLINI, *cit.*, 904.

Il legislatore compie quindi un deciso *revirement* rispetto alla riforma del diritto societario del 2003, ove veniva sancita la postergazione del credito del socio rispetto ai creditori della società negli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c., al fine di disincentivare la sottocapitalizzazione delle società, tipica del nostro sistema. In sostanza i soci erano collocati al livello di quarta classe, dopo i creditori prededucibili, privilegiati e chirografari, e in tale situazione era fortemente improbabile che nella crisi d'impresa il loro credito potesse essere recuperato.

Secondo alcuni⁴⁷⁸ si può individuare la ragione di un siffatto mutamento di rotta nel fatto che i soci sono in questo modo incentivati ad assumersi un impegno finanziario che potrà essere remunerato e non dovrà più venire considerato a fondo perduto, se credono nel progetto di ristrutturazione.

Deve osservarsi però che il rimborso del finanziamento dei soci gode del beneficio della prededuzione, ma solo nella misura dell'ottanta per cento del credito. Resta allora da capire la sorte del residuo venti per cento del credito non protetto dalla prededuzione; probabilmente per questa porzione il credito deve considerarsi ancora come credito postergato⁴⁷⁹.

9.5. La prededucibilità per il compenso del professionista attestatore

Sono altresì prededucibili i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione sulla veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano di concordato preventivo nonché la relazione relativa all'attuabilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti; anche in questo caso è necessario che la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo, ovvero che l'accordo sia omologato (art. 182-*quater*, comma quarto).

La norma richiama però solo la relazione di cui al comma 1 dell'art. 182-*bis*, talchè

478 FABIANI, *cit.*, 905 osserva che il fatto che ai soci sia concesso il beneficio della prededuzione potrebbe rivelarsi un mezzo di pressione da parte delle banche, disponibili all'erogazione del finanziamento ma a condizione che facciano altrettanto i soci; in tal senso potrebbe capitare che gli istituti di credito divengano più riluttanti nel concedere nuove risorse.

479 AMBROSINI, *cit.*, 647; STANGHELLINI, *Finanziamenti ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, 1354.

parrebbe che la prededuzione assista solo il credito relativo all'opera prestata per la stesura della relazione accompagnatoria degli accordi e non quello attinente alla dichiarazione del professionista che deve corredare la richiesta di anticipazione degli effetti protettivi⁴⁸⁰.

Il credito del professionista per il compenso derivante dall'attività professionale ha natura concorsuale, in quanto credito anteriore all'avvio del procedimento. Tuttavia, nel caso dell'accordo di ristrutturazione, l'esclusione dell'istituto dal novero delle procedure concorsuali rendeva impraticabile l'estensione del beneficio della prededuzione⁴⁸¹. Ora il legislatore prende decisamente posizione e stabilisce che se l'accordo viene omologato, il credito del professionista diviene prededucibile⁴⁸². Il credito del professionista è tutelato dal riconoscimento della causa di prelazione di cui all'art. 2751-bis, 2) c.c., e matura per il solo fatto che l'attività sia prestata. Se, poi l'accordo viene omologato, il credito si trasforma in credito prededucibile⁴⁸³.

Nonostante nel progetto di ristrutturazione e in particolare nella redazione del piano, siano coinvolti numerosi professionisti, quali ad esempio *advisor* finanziari, industriali e legali, la prededuzione è stata limitata ai crediti del solo esperto, probabilmente per il ruolo rilevante e le peculiari responsabilità⁴⁸⁴.

10. Profili penalistici

480 DIDONE, *cit.*, 16; nello stesso senso ZANICHELLI, p. 29 del dattiloscritto.

481 Per la riconoscibilità della prededuzione nel concordato preventivo già anteriormente all'introduzione dell'art. 182-*quater* v. Trib. Milano 20 agosto 2009, in *Fallimento*, 2009, 1414, con nota adesiva di BOGGIO, *Crediti sorti «in funzione» del concordato preventivo: prededuzione... ma non troppo*, ad avviso del quale, peraltro, la prededuzione non può essere condizionata dalla ammissione, come invece prevede, ora, il nuovo art. 182 *quater* l. fall.

482 BONFATTI, *cit.*, p. 11 del dattiloscritto afferma che prima dell'introduzione nell'art. 182-*quater*, la disciplina della prededuzione non poteva essere applicata agli atti posti in essere in connessione con un accordo di ristrutturazione, per l'esclusione della natura di procedura concorsuale - che rappresenta il presupposto indicato dall'art. 111, comma 2, l. fall., per l'applicabilità dell'istituto - del procedimento disciplinato dall'art. 182-*bis* l. fall. Dunque non era sostenibile che gli atti preparatori all'omologazione dell'accordo potesse applicarsi l'art. 111, co 3 che prevede la prededuzione dei crediti sorti in funzione di una procedura concorsuale. Però l'art. 111, co. 2, afferma che sono prededucibili i crediti così qualificati da una specifica disposizione di legge, come è appunto attualmente l'art. 182-*quater*, che si è quindi venuto ad aggiungere alle disposizioni che prevedono casi speciali di prededuzione.

483 Così FABIANI, *cit.*, 906, che precisa che un analogo trattamento non compete al professionista che attesta la ragionevolezza del piano di risanamento (art. 67, terzo comma, lett. d) l. fall.) e ciò si spiega per la mancanza di un qualsivoglia controllo giudiziale.

484 Favorevole tuttavia ad estendere il beneficio della prededuzione agli altri professionisti "minori" AMBROSINI, *Appunti flash sull'art. 182-*quater* della legge fallimentare*, in www.ilcaso.it.

La l.122/2010 interviene anche sui profili penalistici legati alla conclusione degli accordi di ristrutturazione.

La legge introduce infatti il nuovo art. 217-*bis* l. fall. che scrimina il delitto di bancarotta preferenziale e quello di bancarotta semplice quando gli atti, compiuti dall'imprenditore e dai creditori, che potrebbero essere ascritti alle suddette fattispecie di reato, sono esecutivi di un concordato preventivo ammesso, di un accordo di ristrutturazione omologato o di un piano di risanamento attestato. Dunque l'esimente è riferita in modo specifico alle fattispecie di cui agli art. 216, terzo comma e 217 l. fall. (oltre che alle disposizioni che ad esse facciano rinvio, ossia gli artt. 223, primo comma, 224, 227, 236)⁴⁸⁵; restano invece al di fuori dalla scriminante gli altri reati fallimentari, quali la bancarotta fraudolenta (art. 216 primo e secondo comma), la dolosa causazione del dissesto (art. 223 secondo comma), il ricorso abusivo al credito (art. 218) e la distrazione o ricettazione di cui all'art. 232, terzo comma, n. 2.

La norma ha avuto un *iter* molto travagliato: appare nella bozza di d.l. che ha preceduto la prima stesura ufficiale del decreto, scompare nel d.l. e riappare nella legge di conversione. L'iniziale cancellazione della norma era motivata dalla pendenza di un disegno di legge delega di riforma organica della materia penale fallimentare⁴⁸⁶; nonostante il reinserimento nella legge di conversione vada quindi coordinato con la riforma della legge penale fallimentare, la norma è stata salutata con favore dalla dottrina⁴⁸⁷, dal momento che colma una lacuna ritenuta foriera di effetti disincentivanti all'adozione di misure alternative al fallimento⁴⁸⁸.

485 Si noti che la norma recepisce e supera l'orientamento della giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., sez. V, 28 luglio 2009, n. 31168) in base al quale il novellato art. 67, comma terzo l. fall., avrebbe cancellato la portata antiggiuridica dei pagamenti sottratti all'azione revocatoria nella bancarotta preferenziale; l'art. 217-*bis* supera questa impostazione perchè non agisce sulla norma extrapenale e di riflesso sul binomio preferenzialità-revocatoria, bensì direttamente sul precetto penale.

486 Si tratta del d.d.l. 1741 "Delega al Governo per il riordino della legislazione in materia di gestione delle crisi aziendali" che all'art. 2 detta disposizioni di delega per la riforma organica dei reati fallimentari.

487 AMBROSINI, *cit.*, 647 ritiene infatti che la nuova norma incentivi la diffusione dell'istituto, ma mantenga comunque un adeguato livello di tutela contro le condotte fraudolente.

488 Prima dell'introduzione della disposizione era stato infatti osservato da JORIO, *Le soluzioni concordate delle crisi alla luce della riforma della legge fallimentare*, in *Grandi e piccole insolvenze: dal caso Chrysler alla crisi del consumatore, Atti del convegno di Alba 2009*, Torino, 2010, 96 che "punto dolente della riforma [della legge fallimentare] è l'assenza di una disciplina penale dell'insolvenza: occorre porvi rimedio al più presto se si vuole dare maggiore efficacia al nuovo spirito con il quale la riforma è stata costruita e sempre nell'ottica di guardare alla crisi d'impresa con una mentalità scevra da

La logica della nuova disciplina è quella di implementare la tutela civilistica, anticipando gli effetti della sospensione delle azioni esecutive e cautelari nella fase delle trattative, ma anche quella di affiancare alla tutela dalle azioni revocatorie anche il presidio di tipo penale, per garantire completa protezione alle operazioni di risanamento⁴⁸⁹.

Resta da capire che tipo di lettura dare alla norma, ossia se la norma vada interpretata nel senso che il p.m., in caso di successivo fallimento, non incontri limiti nella propria verifica circa la fattibilità del piano. Nel caso degli accordi di ristrutturazione, il *placet* dato dal tribunale civile non dovrebbe considerarsi improduttivo di effetti sulla sfera della rilevanza penale delle condotte; piuttosto il successivo sindacato circa la fattibilità del piano e l'attuabilità dell'accordo dovrebbe considerarsi circoscritto ai fini incriminatori di cui all'art. 217-*bis* a situazioni particolari, quali ad esempio circostanze maliziosamente taciute dal debitore o comunque ignote al tribunale⁴⁹⁰.

11. La transazione fiscale. Cenni

La transazione fiscale è un istituto creato nel 2006 per il concordato preventivo⁴⁹¹, esteso nel 2007, con il decreto correttivo, agli accordi di ristrutturazione⁴⁹² e poi modificato nel 2008, nel 2010 con la legge 122/2010, e nel 2011, anno in cui ne è stata estesa l'applicazione anche agli imprenditori agricoli⁴⁹³.

La transazione è proponibile nella fase delle trattative che precedono il deposito

qualsiasi intento punitivo. Il che non deve peraltro significare indulgenza nei confronti dei bancarottieri". Nello stesso senso: FALCONE, *Gli accordi di ristrutturazione* in DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009, 2005 ss.; BRICCHETTI, *Profili penali*, in AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma organica al decreto correttivo*, Bologna, 2008, 639.

489 Sul punto v. la Circolare Abi, Serie Legale, n. 19, 23 agosto 2010, *Riforma del sistema concorsuale*, p. 4, che segnala la precedente mancanza di coordinamento tra la disciplina civilistica e le corrispondenti fattispecie di reato.

490 AMBROSINI, *cit.*, 649, il quale osserva che la tesi che nega qualunque rilevanza alle valutazioni del giudice appare in contrasto con il tenore letterale della disposizione e con la finalità perseguita dalla norma, collocandosi quasi ai confini dell'interpretazione abrogatrice.

491 Per la precisione la transazione fiscale nasce con la l. 8 luglio 2002, n. 138, che introduceva la possibile falcidia del credito erariale per qualsiasi contribuente che possedesse determinate caratteristiche. Successivamente la legge fu abrogata dal d. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che ne eliminò ogni elemento di autonomia, inserendola nel concordato preventivo.

492 Peraltro essendo la transazione nata per essere applicata al concordato, non è facilmente esportabile agli accordi.

493 Art. 23, comma 43 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98. Sul punto si veda diffusamente FERRO, *La nuova legislazione sociale nelle procedure concorsuali*, *cit.*, 909.

dell'accordo: nelle trattative per ristrutturare i propri debiti l'imprenditore in stato di crisi può dunque aprire due diversi tavoli di confronto, ciascuno con regole diverse in ragione della natura sia del creditore che del debito ristrutturabile: in uno, in base all'ultimo comma dell'art. 182-ter della l. fall., tratterà con il fisco, mentre in un altro, ai sensi dell'art. 182-bis con i creditori non tributari. La transazione si innesta come un sub procedimento all'interno della procedura relativa agli accordi e dunque alla stessa non può darsi corso se non in presenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi che devono ricorrere per poter richiedere l'omologa degli accordi, quindi *i*) la qualità di imprenditore commerciale assoggettabile al fallimento (o di imprenditore agricolo dopo il d.l. 6 luglio 2011, n. 98), *ii*) la sussistenza dello stato di crisi, *iii*) l'esistenza di un piano nell'ambito di un accordo ex art. 182-bis con ricorso depositato o in corso di deposito, *iv*) l'esistenza della documentazione di cui all'art. 161, secondo comma l. fall., *v*) l'esistenza di una "*dichiarazione sostitutiva resa dal debitore o dal suo legale rappresentante ai sensi dell'art. 47 del DPR 28/12/2000 n. 445, che la documentazione di cui al periodo che precede rappresenta fedelmente ed integralmente la situazione dell'impresa, con particolare riguardo alle poste attive del patrimonio*"⁴⁹⁴.

Con le modifiche del 2008⁴⁹⁵ e del 2010⁴⁹⁶ è stato chiarito che la transazione fiscale riguarda il pagamento, parziale o dilazionato, dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali (ossia imposte tasse e tributi⁴⁹⁷) e i contributi (inclusi accessori, sanzioni ed interessi) amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori⁴⁹⁸, limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria anche se

494 MATTEI, *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato delle procedure concorsuali* a cura di GHIA, PICCININNI, SEVERINI, Torino 2011, 727 osserva che la mancanza di uno degli elementi indicati porrebbe gli uffici nella condizione di dichiarare inammissibile la proposta.

495 Art. 32, commi quinto e sesto d.l. 29 novembre 2008, n. 185.

496 L. 122/2010.

497 Con esclusione dei "tributi non amministrati dalle agenzie fiscali" (ossia Agenzia delle entrate e Gruppo Equitalia s.p.a.) e dei "tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea". Nell'ambito di applicazione rientrano dunque le imposte Irpeg, Ires, Irpef e Irap, le imposte e canoni demaniali e i dazi di importazione ed esportazione, imposte di fabbricazione e di consumo e interessi sui suddetti. Risulta invece fuori dall'ambito applicativo della norma l'imposta sul valore aggiunto, per la quale non è ammesso il pagamento parziale, ma si mantiene la possibilità di dilazioni di pagamento. Sul punto diffusamente POLLIO, *La transazione fiscale*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali* diretto da FAUCEGLIA e PANZANI, Torino, 2009, 1842 ss.

498 Come previsto dalla l. 122/2010.

non iscritti a ruolo⁴⁹⁹; per le entrate pubbliche non tributarie dovrebbe considerarsi applicabile il *genus* rispetto al quale l'accordo di ristrutturazione rappresenta una *species*, ossia l'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis* l. fall.

In particolare la Manovra del 2010 ha modificato l'art. 182-*ter*, relativo alla transazione fiscale, sotto diversi aspetti:

i) il presupposto oggettivo: è stato introdotto nel nuovo testo della disposizione un divieto di falcidia per la quota capitale delle ritenute operate e non versate, che può formare solo oggetto di una dilazione di pagamento e non di una riduzione, analogamente a quanto avviene per l'IVA; *ii*) è stata precisata la documentazione da allegare all'istanza⁵⁰⁰, *iii*) i reati commessi in funzione della domanda⁵⁰¹; *iv*) la revoca della transazione fiscale⁵⁰².

Mancando criteri normativi che orientino gli uffici, resta un'ampia libertà per le parti di stabilire caso per caso una mera dilazione del pagamento o anche una riduzione dell'indebitamento⁵⁰³.

Quanto al procedimento, la proposta di transazione deve essere depositata presso il competente ufficio delle Entrate e concessionario; l'assenso spetta quindi proprio all'Agenzia delle Entrate o al concessionario della riscossione (a seconda che il tributo sia o meno stato iscritto a ruolo), deve pervenire entro 30 giorni e vale a tutti gli effetti come accordo⁵⁰⁴.

499 FICARI, *La transazione fiscale nella ristrutturazione dei debiti tributari e nel concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare* diretto da BUONOCORE e BASSI, I, Padova, 2010, 612. L'Autore afferma che in questo modo diventerebbero transigibili anche i tributi locali, altrimenti esclusi.

500 La Manovra ha confermato che la domanda deve essere depositata presso il concessionario del servizio nazionale della riscossione e l'ufficio della Agenzia delle Entrate competente in base all'ultimo domicilio fiscale del debitore. La documentazione da allegare è quella di cui all'art. 161 l. fall., oltre alla dichiarazione sostitutiva (art. 47 d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445) circa la fedele ed integrale corrispondenza con la reale situazione dell'impresa, con particolare riferimento agli elementi patrimoniali attivi.

501 L'art. 29, comma 4 della Manovra ha introdotto una nuova fattispecie di reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte per chi nella proposta di transazione fiscale abbia rappresentato attività per un ammontare inferiore a quello effettivo oppure passività inesistenti (è stato quindi modificato l'art. 11, comma 2 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74).

502 L'art. 29, comma 2, lett. c) della Manovra ha aggiunto il comma settimo all'art. 182-*ter*, che prevede la possibilità della revoca di diritto della transazione, qualora il debitore non abbia eseguito integralmente, entro 90 gg. dalla scadenza, i pagamenti dovuti alle agenzie fiscali e agli enti gestori di forme di previdenza ed assistenza obbligatorie.

503 V. Circolare 18 aprile 2008 n. 40/E § 4.

504 FICARI, *cit.*, 619 osserva che la cessazione della materia del contendere riguarda i debiti rappresentati in cartelle o avvisi impugnati dal contribuente, ma che questi intende inserire nell'accordo, con esclusione di quelli di cui si contesta il fondamento attraverso l'avvenuta impugnazione della cartella o dell'avviso.

Relativamente all'attuabilità della riduzione dei crediti tributari, l'art. 182-ter, comma primo introduce una cautela, dal momento che consente la falcidia dei tributi ad una duplice condizione: i) i crediti tributari chirografari non devono essere trattati in modo differenziato rispetto agli altri crediti chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole; ii) i crediti tributari privilegiati non devono essere trattati in modo peggiorativo rispetto agli altri crediti aventi pari od inferiore privilegio⁵⁰⁵.

L'art. 182-ter non chiarisce quale debba essere il criterio in base al quale il Fisco deve decidere in merito alla proposta di transazione⁵⁰⁶. La valutazione deve essere effettuata tenendo conto anche della *ratio* delle nuove procedure negoziali per la soluzione della crisi d'impresa: dunque il Fisco nel valutare se accettare o meno la transazione dovrà tener conto anche degli effetti che il perfezionamento dell'intesa può sortire sulla concreta ed effettiva possibilità di salvare l'impresa in crisi, assieme ai valori e agli interessi che questa rappresenta e coinvolge, oltre che ovviamente, l'effettiva possibilità di una migliore soddisfazione del credito erariale in sede di accordo transattivo, rispetto all'ipotesi di avvio di una procedura di fallimento⁵⁰⁷.

Dal momento che la transazione fiscale vanta una sua autonomia, ma è comunque funzionale al conseguimento dell'accordo, deve ritenersi che non resista all'insuccesso dell'accordo, fungendo l'omologazione da *condicio iuris* della stessa, salva diversa pattuizione delle parti⁵⁰⁸.

12. Gli accordi di ristrutturazione e i gruppi d'impres

La riforma del diritto fallimentare è avvenuta "a tappe" dal 2005 al 2010;

505 Sulla compatibilità della norma con il regime codicistico dei privilegi che costituisce uno dei nodi problematici della disciplina v. MATTEI, *cit.*, 738 ss.

506 Quanto all'eventuale diniego del Fisco alla proposta transattiva si è posto il problema di individuare che tipo di tutela è eventualmente esperibile da parte del debitore. Secondo alcuni l'atto amministrativo di diniego di proposta di transazione non è impugnabile in quanto atto di tale discrezionalità da esulare dalla materia tributaria (TOSI, *La transazione fiscale*, in *Rass. trib.*, 2006, 1090); secondo altri è impugnabile davanti al Giudice Amministrativo secondo il regime degli atti discrezionali (DEL FEDERICO, *Commento sub art. 182-ter*, in *Il nuovo diritto fallimentare* diretto da JORIO e coordinato da FABIANI, Bologna Torino, 2006, 2576).

507 POLLIO, *cit.*, 1858.

508 FABIANI, *cit.*, 31.

nonostante il legislatore abbia compiuto molteplici interventi sulla materia, non ha colto l'occasione per mettervi mano in modo organico, così da tenere conto delle problematiche e delle particolari esigenze derivanti dal fenomeno dei gruppi societari e così da consentire un trattamento coordinato e unitario dell'insolvenza. La legge fallimentare risente infatti ancora dell'impostazione originaria del 1942, in base alla quale è normale che l'attività d'impresa venga svolta da una singola società e non da un gruppo.

Vediamo allora quali sono gli aspetti peculiari degli accordi di ristrutturazione dei debiti nei gruppi di imprese, tema del quale si è occupata espressamente la giurisprudenza milanese, nel caso Risanamento e nel caso Gabetti, che sono appunto due casi di accordi di gruppo (sull'esame dei quali si veda anche ampiamente il capitolo III).

12.1. Le società partecipanti all'accordo

Un primo aspetto che va considerato riguarda la valutazione di quali società del gruppo possano (o debbano) proporre ai propri creditori la sottoscrizione di un accordo di ristrutturazione.

Infatti non è necessariamente detto che tutte le società del gruppo versino in stato di crisi e necessitino una ristrutturazione dell'indebitamento. Occorre allora effettuare una valutazione da un lato "statica" della situazione economico-finanziaria delle singole imprese nel momento storico e dall'altro lato effettuare una valutazione prospettica della situazione dell'impresa nell'arco di un periodo di tempo più lungo, in relazione al tipo di attività che svolge nell'ambito del gruppo. Altro elemento da valutare è la ricorrenza dei presupposti che consentono di accedere allo strumento degli accordi di ristrutturazione: il fatto ad esempio che la percentuale minima di adesioni prevista dalla legge debba essere computata in via individuale, per ciascuna società del gruppo di imprese, può comportare per alcune società l'impossibilità di avvalersene; oppure possono ricorrere altri motivi, compreso ad esempio il fatto di avere una sede legale in giurisdizioni diverse da quella italiana, lo strumento di cui all'art. 182-*bis* potrebbe non essere azionabile⁵⁰⁹.

Può allora capitare che nell'ambito del medesimo gruppo, alcune società concludano accordi di ristrutturazione con i propri creditori, mentre altre si avvalgano di

509 MOLINARI, *cit.*, 706.

accordi totalmente privatistici, non inquadrabili nella disciplina dell'art. 182-*bis*, o di piani di risanamento ai sensi dell'art. 67 l. fall., o concordati preventivi. L'utilizzo combinato di diversi strumenti di risanamento da parte delle varie società deve peraltro considerarsi perfettamente lecita, se il complesso degli accordi sottoscritti dalle società del gruppo consente il superamento della crisi di ciascuna delle società interessate⁵¹⁰.

12.2. Le caratteristiche degli accordi di gruppo

Anche laddove le società del gruppo che sottoscrivono accordi di ristrutturazione siano più d'una, per motivi di trasparenza e di economicità, i relativi accordi sono consolidati in un unico documento cartolare cui partecipano da un lato le società proponenti i rispettivi accordi, e dall'altro lato, i creditori delle stesse che siano titolari di almeno il sessanta per cento del monte crediti nei confronti di ciascuna società debitrice. Si tratta dunque di accordi complessi, plurisoggettivi e plurilaterali.

Tuttavia, benchè il documento cartolare contenente gli accordi di ristrutturazione di ciascuna società sia unico, occorre comunque provvedere al deposito nei vari tribunali competenti, di tanti ricorsi quante sono le società proponenti gli accordi di ristrutturazione e alla pubblicazione nel registro delle imprese di una copia autentica, per ciascuna delle ricorrenti, dell'unico accordo sottoscritto da queste con i loro creditori. Benchè quindi il programma di risanamento riguardi il gruppo come entità economica nel suo complesso, esso si scompone necessariamente sotto il profilo procedimentale, in considerazione del fatto che ogni società proponente è un soggetto autonomo con personalità giuridica e dovrà quindi presentare un suo ricorso per l'omologa⁵¹¹.

Il documento dovrà poi essere accompagnato da una serie di allegati, tra cui il piano industriale e finanziario delle singole società proponenti l'accordo, unitamente al piano di ristrutturazione di gruppo⁵¹² (che per ovvi motivi devono essere tra loro coerenti e tenere conto anche dei flussi di cassa previsti nel periodo del piano, ossia finanziamenti

510 GALARDO, *cit.*, 358.

511 GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione e il risanamento del gruppo*, nota a Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, 357.

512 Il piano di gruppo come già sottolineato potrà predisporre per alcune società del gruppo l'utilizzo di strumenti di composizione negoziale della crisi d'impresa, per altre l'assoggettamento ad una procedura fallimentare o di amministrazione straordinaria.

infragruppo, aumenti di capitale, distribuzioni di dividendi e così via, tra le varie società del gruppo). Si noti che benchè ogni accordo debba ricevere una autonoma attestazione da parte del professionista, è opportuno che nella relazione quest'ultimo illustri anche la complessiva strategia di risanamento del gruppo, evidenziando 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 gli aspetti legati alla ristrutturazione del gruppo nel suo complesso e in particolare la situazione della capogruppo; il superamento della crisi della *holding* può infatti generare risorse che possono essere poi utilmente impiegate per favorire il superamento della crisi delle controllate⁵¹³.

Discussa è poi l'utilizzabilità di un regolamento di gruppo, volto a disciplinare le varie modalità di svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento; l'adozione di un regolamento di gruppo, potrebbe consentire di disciplinare le modalità di gestione della crisi nell'ambito del gruppo stesso: la capogruppo potrebbe assumere una funzione di direzione nella strategia di risanamento del gruppo che coinvolge anche controllate e collegate, con individuazione delle funzioni e pianificazioni delle fasi. Inoltre la previsione di un regolamento per la gestione della crisi del gruppo, potrebbe essere recepita in un più ampio modello organizzativo *ex d. lgs. 231/2001*, con importanti risvolti per quanto concerne le conseguenze penali di un successivo fallimento, non rientranti nell'ambito dell'esenzione prevista dal nuovo art. 217-*bis* l. fall. Certo è che un interesse del legislatore a favorire una gestione complessiva della crisi di gruppo esiste, come è dimostrato dall'introduzione dell'art. 182-*quater* - nella parte in cui prevede la prededucibilità dei finanziamenti erogati dai soci - volto a valorizzare il sostegno finanziario infragruppo dell'impresa in crisi⁵¹⁴.

513 GALARDO, *cit.*, 358. L'Autore sottolinea come l'attività di direzione e coordinamento esercitata dalla *holding* svolga una funzione nevralgica nella strategia di risanamento del gruppo, determinando in alcuni casi significative modifiche alla disciplina applicabile rispetto a società operanti in maniera autonoma. Così ad esempio la remissione di un debito da parte della capogruppo a favore di una controllata, non è tassabile come atto di liberalità, trovando giustificazione in un interesse patrimoniale della prima a ridurre il passivo della controllata per salvarla dal fallimento (*ex multis* Cass. 20 marzo 1968, n. 2215); neppure è ritenuto atto di liberalità la fideiussione intragruppo, perchè diretta a realizzare un interesse del fideiussore, anche se mediato e indiretto (Cass., 29 settembre 1997, n. 9532).

514 GALARDO, *Interesse di gruppo e accordi di ristrutturazione (il caso "Gabetti")*, in *Dir. fall.*, 2011, II, 43.

12.3. Il deposito degli accordi

Ogni singola società del gruppo deve provvedere alla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese competente e al deposito della documentazione di cui all'art. 161 l. fall., a supporto del ricorso per l'omologa presso il rispettivo tribunale competente. Ove quindi le società avessero sede presso tribunali diversi, i ricorsi per l'omologa dovrebbero essere esaminati da tribunali differenti. L'esigenza di tutelare i terzi creditori (partecipanti o meno all'accordo) e l'assenza di una specifica disposizione normativa fanno sì che non si possa depositare un unico ricorso presso il tribunale ove ha sede la capogruppo, cosa che consentirebbe di abbreviare i tempi e di eliminare l'alea derivante da possibili diversi esiti del giudizio omologatorio.

Tuttavia a livello pratico le società del gruppo prima di proporre ricorso per l'omologa dei rispettivi accordi di ristrutturazione potrebbero trasferire la propria sede nella medesima circoscrizione territoriale di competenza del tribunale nell'ambito della quale ha sede la capogruppo, proprio per favorire una gestione coordinata della crisi⁵¹⁵. Nel caso Risanamento è stato lo stesso Tribunale di Milano che ha preso l'iniziativa di riunire i procedimenti di omologazione delle varie società del gruppo, in considerazione della connessione reciproca che li caratterizza, avendo ciascuno di essi un'efficacia condizionata al passaggio in giudicato dei decreti di omologa degli altri. In tal modo si è realizzato un collegamento funzionale sia tra gli accordi che tra i relativi procedimenti di omologa⁵¹⁶.

12.4. Il computo delle percentuali di adesione

Per quanto riguarda la percentuale del 60% dei crediti richiesta per l'ottenimento del provvedimento di omologa, rilevante è la questione se debbano o meno essere considerati i crediti infragruppo.

Il tema è stato espressamente trattato nei casi Gabetti e Risanamento, che rappresentano le prime pronunce in materia. Infatti, nel caso del gruppo Risanamento e del

515 MOLINARI, *cit.*, 708.

516 Sul punto v. PERUGINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: omologazione richiesta da gruppi societari e condizioni di attuabilità (il caso Risanamento). Prime considerazioni*, nota a Trib. Milano 10 novembre 2009, in *Dir. fall.*, 2010, 211.

gruppo Zunino, collegati a loro volta tra di loro, gli accordi di ristrutturazione hanno coinvolto nella veste di creditori aderenti anche numerose società appartenenti ai due gruppi. La circostanza ha posto il problema del calcolo della percentuale minima del 60% dei crediti, ove ad aderire agli accordi siano anche le altre società dello stesso gruppo e sussistano rapporti debito/credito in senso inverso, tra la società proponente e quella aderente.

Ebbene, il Tribunale di Milano si è espresso sulla necessità di computare nel calcolo per il raggiungimento del 60% anche i crediti infragruppo, considerandoli sia per il calcolo complessivo dei crediti sia per il raggiungimento della percentuale richiesta dalla disposizione normativa, disattendendo le osservazioni del p.m. che nel corso del procedimento di omologa, aveva ritenuto che si dovesse procedere alla preventiva compensazione dei rapporti debito/credito maturati infragruppo.

Il Tribunale di Milano ha infatti espressamente escluso il richiamo all'art. 127 l. fall. che esclude dal voto e dal computo delle maggioranze i crediti delle società controllanti e controllate, ribadendo per un verso che l'art. 182-bis non contempla alcuna limitazione soggettiva ai fini del computo del 60% delle adesioni e per altro verso che non vi è comunque spazio per un richiamo analogico all'art. 127 l. fall., considerata norma eccezionale⁵¹⁷. Inoltre il Tribunale ha evidenziato “*una totale diversità strutturale delle posizioni obbligatorie contemplate dalle due disposizioni*”: l'adesione dei creditori negli accordi di ristrutturazione viene assimilata ad una manifestazione di tipo negoziale, alla quale si applicherà il principio di relatività degli effetti negoziali di cui all'art. 1372 c.c., mentre il voto nell'ambito del concordato fallimentare risulta un elemento che concorre al perfezionamento di una fattispecie procedimentale, nell'ambito della quale il voto serve solo ad esprimere il consenso in ordine all'ipotesi soddisfattiva prospettata; inoltre nel concordato, a differenza che nell'accordo, la volontà della maggioranza vincola anche i dissenzienti. Il corollario di questa impostazione è che non sussiste la necessità di procedere, con riferimento al computo dei crediti ai fini del raggiungimento della

517 GALARDO, *cit.*, 51 sottolinea che la pronuncia del tribunale risulta in linea con il fatto che il legislatore, quando ha voluto escludere dal calcolo delle maggioranze alcune categorie di crediti (si vedano ad esempio l'art. 127, comma sesto per il concordato fallimentare e l'art. 177, comma quarto per il concordato preventivo) lo ha fatto espressamente, cosa che non ha fatto per l'art. 182-bis.

percentuale del 60% prevista, alla compensazione dei crediti di segno opposto⁵¹⁸, dal momento che la compensazione costituisce un diritto spettante ai creditori e non un obbligo imposto agli stessi, come si rileva per un verso dall'art. 1246, n. 4, c.c. e per altro verso dall'art. 56 l. fall.519.

518 Deve escludersi la possibilità di considerare questa come un'ipotesi di compensazione legale, in considerazione della disponibilità del diritto che ne forma oggetto.

519 CELENTANO, *Effetti del fallimento per i creditori*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali* diretto da FAUCEGLIA e PANZANI, Torino, 2009, 530.

Capitolo III

Effettività dell'istituto. Esame degli accordi omologati nei Tribunali di Torino, Roma e Milano

1. Premessa metodologica

Dalla ricerca empirica svolta sui dati che è stato possibile reperire dalla rete delle Camere di Commercio, risultano all'aprile del 2011 n. 198 accordi di ristrutturazione, relativi a n. 54 Tribunali⁵²⁰. Considerato che i Tribunali italiani sono circa 150, nei restanti due terzi non risultano accordi. Si precisa che il dato si riferisce agli accordi iscritti presso il Registro delle Imprese, non a quelli omologati.

La presente ricerca prende in esame gli accordi omologati nei Tribunali di Torino, Roma e Milano.

La raccolta dei dati si è sviluppata in due direzioni: in parte presso le cancellerie dei Tribunali e in parte attraverso la rete delle Camere di Commercio.

La complessità della ricerca è stata rilevante, per cui non è stato sempre possibile raccogliere una documentazione completa per ciascuno dei casi esaminati.

Questo perchè non esiste un'apposita voce "accordi di ristrutturazione" nel registro delle Imprese presso le Camere di Commercio; inoltre ciascun Tribunale ha una propria prassi nella gestione e archiviazione degli accordi; ad esempio il Tribunale di Milano ha costituito un apposito elenco dei decreti di omologa, mentre il Tribunale di Roma non mette a disposizione del pubblico un analogo elenco, per cui la raccolta dei dati richiede due differenti percorsi.

520 In particolare si tratta dei seguenti Tribunali: Alessandria, Ancona, Ascoli Piceno, L'Aquila, Arezzo, Avellino, Bari, Bergamo, Belluno, Bologna, Brindisi, Brescia, Bolzano, Cagliari, Campobasso, Catanzaro, Chieti, Como, Cremona, Crotone, Ferrara, Foggia, Firenze, Forlì-Cesena, Genova, Gorizia, Lecco, Macerata, Messina, Milano, Modena, Monza, Napoli, Novara, Padova, Palermo, Parma, Perugia, Pesaro, Piacenza, Pisa, Reggio Emilia, Roma, Rimini, Salerno, Savona, Teramo, Terni, Torino, Trapani, Trieste, Venezia, Verona, Vicenza.

Per completezza si può aggiungere che presso il Tribunale di Torino è stato possibile reperire un solo accordo, indicato come l'unico omologato.

Dopo aver così delimitato il "confine esterno" della ricerca, si è passati successivamente ad esaminare i concreti contenuti dei singoli accordi, che si è deciso di analizzare alla luce dei seguenti parametri:

- parametri soggettivi, relativi cioè al soggetto istante, (tipo sociale e stato - es. in liquidazione – e, ove indicato, oggetto sociale)
- parametri oggettivi, relativi cioè alle condizioni economiche del soggetto istante (esposizione debitoria totale; numero e tipologie dei creditori)
- modalità di esecuzione dell'accordo.

A questo proposito occorre distinguere accordi di società che già risultano in stato di liquidazione e accordi di società che non lo sono, almeno dichiaratamente. Per le prime è importante valutare la percentuale di pagamento ai partecipanti e i tempi di esecuzione dell'accordo; per le seconde, l'aspetto principale è quello relativo alle modalità di esecuzione dell'accordo, per il completo rientro *in bonis*.

Ove non sia stato possibile reperire tutti i dati necessari, quelli mancanti sono stati omissi. Le clausole che più frequentemente è dato riscontrare nel testo degli accordi sono le seguenti (come già definite al paragrafo 5.1. capitolo I, a cui si rimanda):

- 1) clausole negoziali**
- 2) clausole relative agli obblighi a carico dei creditori**
- 3) clausole volte a consentire il monitoraggio da parte dei creditori**
- 4) clausole che prevedono l'erogazione di nuova finanza**
- 5) ius variandi**
- 6) clausole di recesso**
- 7) clausole risolutive espresse**

Conseguentemente per ciascun accordo, è stata evidenziata la presenza di una o più di queste clausole.

Infine, al termine dell'analisi, è stata individuata la tipologia a cui ciascun accordo appartiene, individuata tra le seguenti categorie:

- liquidatorio

- dilatorio
- novativo

Si precisa che l'accordo liquidatorio può prevedere un pagamento integrale, oppure contenere un patto remissorio, cioè prevedere una decurtazione o una postergazione del credito, oppure ancora un semplice *pactum de non petendo*.

L'accordo dilatorio può prevedere una dilazione semplice, oppure anche un patto remissorio.

L'accordo novativo si distingue in oggettivo e soggettivo.

Quando l'accordo ha presentato caratteristiche peculiari, queste sono state evidenziate.

Infine, a conclusione di questa breve premessa metodologica, si aggiunge che per quanto riguarda i gruppi di imprese (Risanamento, Zunino e Gabetti) si è utilizzato un differente metodo, ossia si è riassunto globalmente l'accordo, considerata la varietà e soprattutto la vastità dei contenuti, che non potevano essere ristretti nello schema sopra proposto.

2. Tribunale di Torino.

A Torino dal 2005 ad oggi è stato omologato un solo accordo di ristrutturazione, nel 2009.

2.1. IFAS s.p.a. In liquidazione

L'accordo è stato sottoscritto da una società per azioni in liquidazione, che svolge l'attività di detenzione di partecipazioni sociali a titolo d'investimento nel settore delle automotive nonché attività finanziaria nel contesto del gruppo in cui opera.

L'esposizione complessiva è di 35 milioni circa.

I creditori partecipanti all'accordo sono otto banche e quattro imprenditori, rappresentanti l'87% dei crediti totali.

Clausole negoziali

Suddivisione *pro quota* tra i creditori della somma di 10.500.000 euro, rappresentante una percentuale del 37% del valore contabile dei crediti maturati e consolidati.

L'esecuzione dell'accordo prevede le seguenti modalità: esecuzione di tre contratti preliminari, già sottoscritti al momento della stipula dell'accordo e ad esso allegati, aventi

ad oggetto la cessione del compendio immobiliare, la cessione della partecipazione della stessa società stipulante in una sua controllata e la cessione dei crediti della stipulante nei confronti della medesima controllata e la costituzione di un congruo fondo rischi relativo al contenzioso tributario in essere.

Tipologia a cui appartiene l'accordo

liquidatorio con patto remissorio.

3. Tribunale di Roma

Dal 2005 ad oggi sono stati omologati dal Tribunale di Roma sei accordi di ristrutturazione dei debiti e dalla Corte d'Appello di Roma un settimo accordo; di questi sette accordi, tre riguardano una transazione fiscale.

2007

3.1. FIMAT MEDIA & COMUNICAZIONE s.r.l. in liquidazione

Si tratta del primo accordo omologato dal Tribunale di Roma.

L'accordo è stato sottoscritto da una società a responsabilità limitata in liquidazione.

L'esposizione complessiva è di 0,4 milioni di euro.

Vi è un unico creditore partecipante (e non si tratta di una banca, ma di un'altra società), che da solo rappresenta oltre il 60% dei crediti.

Clausole negoziali

L'esecuzione dell'accordo prevede le seguenti modalità: pagamento in un'unica soluzione di 30.000 euro entro quaranta giorni dall'omologa; il versamento sarà effettuato dal socio unico della Fimat che si farà carico anche di tutte le spese. La riduzione di credito è espressamente subordinata all'omologa dell'accordo.

Obblighi a carico dei creditori

Il creditore si impegna a non esperire alcuna azione o iniziativa volta ad ottenere il pagamento delle somme spettanti fino alla scadenza prevista nell'accordo.

Tipologia a cui appartiene l'accordo

liquidatorio con patto remissorio.

2009

3.2. Gruppo Imprese La Ficara-Gilaf s.p.a

L'accordo è stato sottoscritto dalla Gilaf, capogruppo del gruppo La Ficara, che opera nei settori delle costruzioni ed infrastrutture, dell'impiantistica civile ed industriale, nel settore immobiliare e alberghiero.

L'esposizione complessiva è di 33 milioni di euro.

Vi sono otto creditori partecipanti, di cui sette banche e un imprenditore, rappresentanti il 92% del totale dei debiti sociali.

Caratteristiche dell'accordo

L'accordo si colloca in un piano di ristrutturazione, che vede coinvolto l'intero gruppo; diverse sono le forme di risanamento previste: oltre all'accordo *de quo*, nel gruppo è in atto anche un ulteriore accordo di ristrutturazione soggetto al diritto inglese (*voluntary credit agreement*) e un concordato preventivo, che coinvolgono altre due società del gruppo.

Clausole negoziali

Sono previste pattuizioni separate con i singoli creditori:

- nei confronti del fornitore è pattuito un riscadenzamento del debito; a favore di quest'ultimo risulta inoltre una garanzia bancaria a prima richiesta e, in caso di escussione della garanzia, un riscadenzamento del debito nei confronti delle banche surrogate;
- impegno di Gilaf a riscadenzare e rimborsare il debito verso le banche e costituire a favore delle stesse un diritto di pegno sulle quote di società partecipate; impegno di Gilaf a far sì che le controllate: i) non contraggano nuovi debiti se non in relazione ad operazioni indispensabili per la continuità aziendale; ii) non compiano operazioni di natura straordinaria nè atti di disposizione al di fuori della propria ordinaria attività d'impresa; iii) stipulino contratti di assicurazione contro i rischi d'impresa; impegno di Gilaf a conferire il 100% della sua partecipazione in due controllate unitamente ad un ramo d'azienda in una *Newco*;

- nel caso alla scadenza fissata nell'accordo il debito verso le banche non si sia ridotto per almeno il 50% è previsto che Gilaf conferisca mandato ad un soggetto indicato dalle stesse banche a cedere l'intera partecipazione nelle due controllate, detenuta dalla stessa, alle migliori condizioni di mercato.
- creditori estranei all'accordo: l'accordo prevede la possibilità per la capogruppo di continuare a pagare, per tutta la durata dell'accordo, i debiti chirografari verso i creditori non aderenti, oltre ai compensi del collegio sindacale e quelli dei professionisti per la consulenza societaria fiscale e previdenziale, attraverso una rateizzazione degli stessi.

Obblighi dei creditori:

- mantenere segrete le informazioni di carattere riservato di cui vengano a conoscenza in conseguenza dell'accordo e delle operazioni in esso contemplate
- non promuovere azioni esecutive nei confronti di Gilaf e delle società del gruppo per tutta la durata dell'accordo.

Clausole volte a consentire il monitoraggio dei creditori

Sono previsti obblighi informativi a carico della capogruppo, che si impegna a consegnare alle banche creditrici il bilancio civile unitamente al consolidato entro 15 giorni dall'approvazione dello stesso, a consegnare gli ordini del giorno dell'assemblea e i verbali della stessa, ad informare le banche aderenti su ogni sopravvenienza passiva, pretesa o controversia, consegnare un *report* trimestrale sullo stato di avanzamento del piano di ristrutturazione e fornire un'informativa sulle potenziali richieste di acquisto della partecipazione detenuta dalla capogruppo in altre società del gruppo.

Cambio di *governance*: vengono consegnate le lettere di dimissioni dei membri del cda, che saranno sostituiti in modo da inserire tra i membri anche un soggetto di gradimento delle banche che avrà potere di veto sulle operazioni che superino una certa soglia; la capogruppo si impegna anche a sostituire i membri del collegio sindacale; per la durata dell'accordo verranno nominati dei sindaci di gradimento delle banche.

Clausole che prevedono l'erogazione di nuova finanza

L'accordo prevede concessione di nuova finanza da parte delle banche subordinata all'intervenuta omologa dell'accordo. Sono previste espressamente: le modalità di

rimborso; nuove garanzie per il finanziatore.

Clausole di recesso

Espressamente disciplinato solo il recesso delle banche nei seguenti casi: i) presentazione da parte di Gilaf di domanda di ammissione ad una procedura concorsuale; ii) inadempimento di Gilaf alle obbligazioni assunte con l'accordo; iii) cambio di controllo di Gilaf; iv) esecuzione di sequestri, pignoramenti, procedimenti esecutivi a carico della stessa.

Clausola risolutiva espressa

diniego di omologa.

Foro competente: Roma.

Tipologia a cui appartiene l'accordo

dilatorio. E' espressamente specificato che l'accordo non ha efficacia novativa.

2010

3.3. TAS-Tecnologia Avanzata dei Sistemi s.p.a.

L'accordo è stato sottoscritto da TAS in qualità di società capogruppo. Le controllate non hanno presentato autonomi accordi.

L'esposizione complessiva è di 72 milioni di euro.

Vi sono sei creditori partecipanti, tutti bancari, rappresentanti oltre il 60% del totale dei debiti sociali.

Caratteristiche dell'accordo

L'accordo si colloca in un piano di ristrutturazione di durata decennale (2009/2019), comprensivo di un piano industriale e di un piano finanziario, denominato "piano strategico TAS").

Vi è un secondo accordo denominato "lettera di impegno dei soci" collegato all'accordo principale.

Si tratta di un accordo molto complesso. La società TAS è la *holding* di un gruppo, a sua volta controllata al 90% da altra società (nell'accordo "il socio", la quale è a sua volta controllata da una terza società, nell'accordo "il socio di controllo"). L'efficacia dell'accordo è sospensivamente condizionata a tre circostanze: i) consegna da parte degli

esperti di copia della relazione che attesti l'idoneità dell'accordo a ripianare l'indebitamento esistente, assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei e da cui risulti la veridicità dei dati aziendali posti alla base del piano strategico; ii) consegna da parte del legale rappresentante della società di una dichiarazione da cui risulti che non è in corso un "evento significativo pregiudizievole" (inteso come evento che pregiudichi la capacità di TAS di adempiere alle proprie obbligazioni) o una condizione risolutiva dello stesso (vedi infra); iii) deposito del ricorso di cui all'art. 182-*bis* con la documentazione allegata in Tribunale entro i dieci giorni successivi alla conclusione della convenzione. I creditori sono un *pool* di banche che hanno individuato una "banca agente", con cui si interefaccerà TAS sia per i pagamenti che per le comunicazioni.

Clausole negoziali

L'accordo prevede un riscadenzamento del debito esistente, che deve essere pagato per intero escludendo una parte degli interessi, e un contestuale obbligo per la società debitrice di deliberare un aumento di capitale che verrà poi sottoscritto dai soci nei termini e con le modalità previste nell'accordo. Si noti che in caso di cambio di controllo la TAS sarà tenuta a rimborsare in un'unica soluzione il debito esistente e gli interessi maturati. Tuttavia la banca agente può decidere di mantenere ferma la convezione, senza peraltro esserne tenuta. In particolare gli obblighi di TAS, estremamente dettagliati, si concretano, in sintesi:

- a) divieto di contrarre ulteriore indebitamento oltre a quello pattuito, non costituire sui beni vincoli di natura reale o obbligatoria, non porre in essere operazioni straordinarie, conferimenti o cessioni d'azienda, non modificare lo statuto, non procedere alla distribuzione di utili, non costituire patrimoni destinati;
- b) assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei in via integrale e regolare,
- c) porre in essere operazioni infra gruppo solo a condizioni di mercato,
- d) non deliberare la liquidazione volontaria,
- e) non modificare lo statuto se non con il preventivo consenso della "banca agente",
- f) non assumere ulteriore indebitamento finanziario, non modificare il piano strategico TAS, al di fuori dell'aumento di capitale e limitare la gestione all'ordinaria amministrazione,
- g) non porre in essere operazioni con finalità speculative,
- h) definire in base all'accordo i rapporti con le società controllate;

- i) non ridurre il capitale sociale;
- j) l'azionista di maggioranza di TAS si impegna ad aumentare il capitale per 21 milioni di euro, sottoscrivendone 18,8 milioni e offrendo i restanti 2,2 milioni al mercato
- k) rispettare i *covenants* finanziari menzionati nell'accordo

Obblighi a carico dei creditori

Nell'accordo è specificato che gli obblighi delle banche vengono assunti in via parziaria, ciascuna nei limiti del proprio impegno, senza vincolo di solidarietà, in modo che ognuna non possa essere chiamata a rispondere di eventuali inadempimenti delle altre.

Inoltre è previsto l'impegno delle banche finanziatrici a non esercitare i propri diritti, azioni e rimedi per il periodo di *standstill* come definito nell'accordo e a mantenere la piena disponibilità delle linee di credito in corso.

Clausole volte a consentire il monitoraggio da parte dei creditori

TAS si impegna: a consegnare alle banche creditrici il bilancio civile unitamente al consolidato entro 5 giorni dall'approvazione dello stesso, una relazione semestrale redatta secondo i principi contabili, un documento illustrativo relativo ai 12 mesi precedenti relativo alla situazione complessiva dell'indebitamento; ad informare la banca agente del verificarsi di una circostanza che possa dar luogo ad un "evento significativo pregiudizievole" e comunicare entro 10 giorni dal verificarsi dell'evento alla banca agente: ogni significativa modificazione della compagine sociale, ogni rilevante modificazione della situazione patrimoniale economica e finanziaria del gruppo di cui TAS è la capogruppo, ogni richiesta di finanziamento bancario da parte di TAS non compreso nella convenzione; ad informare la banca agente della convocazione dell'assemblea straordinaria e a fornire i verbali della stessa entro 5 giorni dall'avvenuta assemblea, non tenere adunanze assembleari in forma totalitaria, fornire ogni informazione necessaria per verificare l'attuazione del piano finanziario.

Clausole che prevedono l'erogazione di nuova finanza

Nessuna erogazione di nuova finanza.

Ius variandi

E' prevista la possibilità per TAS di rimborsare anticipatamente i crediti al ricorrere di determinate condizioni.

Clausole risolutive espresse

La "banca agente" potrà dichiarare risolta la convenzione ai sensi dell'art. 1456 c.c. in due casi principali: i) mancata omologa dell'accordo; ii) mancato aumento di capitale. Inoltre: i) TAS non adempia ai pagamenti previsti dalla convenzione verso le banche; ii) sottoposizione di TAS ad una procedura concorsuale; iii) liquidazione o scioglimento della società; iv) mancato regolare ed integrale pagamento dei creditori estranei; v) mancato puntuale adempimento delle obbligazioni, dichiarazioni e garanzie di cui alla "lettera degli impegni dei soci" (che è una convenzione allegata all'accordo in cui sono elencati gli impegni delle due società che controllano TAS); vi) mancato rimborso del debito e degli interessi come pattuito nella convenzione, mancato aumento di capitale, in caso di cambio di controllo, mancato rispetto degli impegni assunti ex art. 9; vii) una qualsiasi delle dichiarazioni e garanzie rese da TAS e reiterate nella convenzione risulti incompleta, non veritiera o inesatta; viii) verificarsi di un "evento significativo pregiudizievole"; ix) mancata consegna da parte di TAS della documentazione relativa all'indebitamento; x) giudizio della società di revisione di TAS che configuri un "evento significativo pregiudizievole" avuto riguardo all'interesse delle banche; xi) l'organo amministrativo di TAS sia destituito per intero per effetto di un provvedimento dell'autorità giudiziaria o amministrativa nei confronti della società. Al verificarsi di uno degli eventi di risoluzione, la Banca Agente comunicherà a TAS se vuole valersi della clausola risolutiva espressa.

Competenza

Foro di Milano (nonostante l'accordo sia stato depositato presso il Tribunale di Roma).

Tipologia a cui appartiene l'accordo

dilatorio, con patto remissorio. E' espressamente specificato che l'accordo non ha efficacia novativa.

2010

3.4. AGRENCO ITALIA s.p.a. in liquidazione

L'accordo è stato sottoscritto da una società per azioni in liquidazione con azionista unico e soggetta alla direzione e coordinamento di un'altra società.

L'esposizione complessiva è di 20 milioni di euro.

Vi sono sette creditori partecipanti, di cui cinque banche e due imprenditori, rappresentanti oltre il 60% del totale dei crediti nei confronti della debitrice.

Caratteristiche dell'accordo

I creditori vengono suddivisi in classi: classe delle banche (che vantano crediti liquidi già ridotti per effetto dei pagamenti effettuati nel corso della liquidazione) e degli imprenditori commerciali (che non hanno ricevuto alcun pagamento dal debitore, vantando crediti già contestati dal debitore nel loro ammontare). Le parti convengono di trattare in modo uniforme gli aderenti a ciascuna classe.

Viene specificato che "tutte le Parti del presente Accordo hanno interesse ad evitare il ricorso ad una procedura fallimentare ed a consentire alla liquidazione di Agrenco Italia di concludersi *in bonis*, con la cancellazione della società dal Registro delle imprese e con conseguente riduzione delle spese e dei tempi di pagamento".

Clausole negoziali

E' espressamente previsto che l'accordo abbia natura di mero *pactum de non petendo in personam* e non di remissione e/o accordo remissorio. L'efficacia dell'accordo non si estende ai coobbligati, ai garanti ed ai fideiussori di Agrenco Italia, i quali restano pienamente obbligati, per l'intero debito residuo, nei confronti dei creditori. I pagamenti delle somme a saldo e stralcio previste in accordo, verranno effettuati 15 giorni dopo l'omologa; ma per i due creditori commerciali è previsto un anticipo e verranno pagati 10 giorni dopo la stipula dell'accordo e il saldo verrà poi corrisposto insieme agli altri creditori. E' disciplinato anche come ripartire tra i creditori le sopravvenienze.

Per i creditori garantiti, l'accordo garantisce solo ed esclusivamente ad Agrenco Italia *un pactum de non petendo in personam* per la restante parte dei loro crediti; per i creditori non garantiti, definisce a saldo e stralcio ogni diritto, azione, ragione e pretesa nei confronti di Agrenco Italia.

Si diversifica il momento dell'efficacia delle previsioni. Mentre l'accordo acquista piena efficacia fra le parti, per quanto concerne l'obbligo di astenersi dalle azioni esecutive individuali e di quelle di pagamento anticipato di cui sopra, dalla data di sottoscrizione dell'accordo, al contrario l'efficacia di ogni altra pattuizione - ed in particolare di quelle concernenti gli effetti delle obbligazioni *de non petendo* relativi alle rispettive pretese delle parti e quelli transattivi concernenti i crediti non assistiti da valide garanzie - comincerà a

decorrere solamente dal quindicesimo giorno successivo alla data di passaggio in giudicato del decreto di omologazione.

Obblighi a carico dei creditori

I creditori si impegnano a non agire e a non far valere le loro rispettive ragioni di credito in qualunque sede, sia individuale che concorsuale, solo nei confronti di Agrenco Italia fino alla scadenza del secondo anno successivo alla definitiva cancellazione di Agrenco Italia dal Registro delle Imprese a seguito della conclusione della liquidazione della stessa società. Resta ferma la possibilità per i creditori di agire e/o continuare ad agire contro i coobbligati, i garanti ed i fideiussori di Agrenco Italia in ogni momento, anche prima del termine su indicato.

Fino all'omologazione dell'accordo, i creditori, pur non rinunciando alle loro pretese creditorie, si impegnano a non richiedere il pagamento dei rispettivi crediti ad Agrenco Italia e, conseguentemente, a sospendere anche ogni azione esecutiva individuale e a non porre comunque in esecuzione nei confronti di Agrenco Italia, neppure in via cautelare, le eventuali pronunce giurisdizionali o arbitrali ovunque e da qualunque autorità, nazionale o estera, emanate o da emanarsi fino a tale data. Fino a tale data pertanto i creditori rinunciano anche ad avvalersi delle disposizioni di cui all'art. 1186 C.C. in tema di decadenza del beneficio del termine.

Clausole risolutive espresse

L'accordo non ha valore novativo o remissorio, di conseguenza l'inadempimento o la mancata omologa determinano risoluzione dello stesso e reviviscenza di tutti i diritti delle parti, ivi inclusi quelli di natura processuale.

Foro competente: Roma.

Tipologia a cui appartiene l'accordo

liquidatorio con *pactum de non petendo*. Non produce effetti novativi.

2010

3.5. Immobiliare Buoninsegna 2000 s.r.l.

L'accordo è stato sottoscritto da una s.r.l., operante nel campo della vendita, permuta, locazione e gestione di immobili (incluse le attività commerciali e finanziarie connesse).

L'esposizione complessiva è di 10 milioni di euro.

Si tratta di una transazione fiscale. I firmatari dell'accordo, oltre alla debitrice, sono l'Agenzia delle Entrate e la Equitalia Gerit s.p.a., rappresentanti oltre il 97% del totale dei crediti nei confronti della debitrice.

Clausole negoziali

La società, che chiede l'omologa dell'accordo di ristrutturazione, fa parte del gruppo Coppola ed insieme ad altre tredici società, ha presentato nel corso dello stesso anno 2010 una proposta di transazione fiscale ai sensi dell'art. 182-ter, che prevede il pagamento di una somma complessiva di circa tre milioni di euro a fronte di debiti per tributi sanzioni e relativi accessori di totali 10 milioni (di cui 2.924.835,00 a copertura del debito derivante da IVA, 1.577,26 a copertura del debito da ritenute Irpef operate e non versate 171.717 a titolo di compensi aggi e spese per il concessionario Equitalia Gerit); la proposta è stata accettata e si è quindi addivenuti alla stipula della transazione fiscale. La transazione fiscale prevede che la società debba fondersi per incorporazione nel gruppo Coppola spa in liquidazione; l'accordo prevede che l'atto di fusione dovesse essere stipulato dopo l'omologa dell'accordo di ristrutturazione, una volta perfezionata la transazione fiscale. L'omologa rappresenta quindi condizione sospensiva per la fusione. La transazione fiscale con l'agenzia delle Entrate riguarda il 99% del ceto creditorio. L'adempimento delle obbligazioni convenute nella transazione fiscale e l'integrale versamento del residuo "credito non aderente" (ICI al Comune di Roma) viene garantito dall'intervento di un socio della società debitrice, il quale rinuncia al suo credito e contestualmente offre un importo sufficiente a coprire tutte le passività sociali, acquistando a vantaggio dei creditori i crediti svalutati ed inesigibili riportati in bilancio, quale corrispettivo del pagamento di tutti i debiti della debitrice; l'intervento ha in realtà una portata più ampia, dal momento che il suddetto socio è interessato a provvedere all'"esdebitazione" di tutte le società del gruppo nel quale si fonde la debitrice, attraverso concordati preventivi, accordi di ristrutturazione e concordati fallimentari che prevedano il trasferimento in capo allo stesso, nel ruolo di assuntore, delle attività e dei diritti rimasti in capo alle varie società. Quindi tutte le proposte avanzate, anche se autonome, si muovono in una logica unitaria, ossia quella di estinguere tutte le posizioni debitorie delle società del gruppo Coppola. Dunque il piano di risanamento della società stipulante si articola in tre momenti essenziali: i) transazione

fiscale con il praticamente unico creditore (99% dei crediti); ii) presentazione per l'omologa del ricorso ex art. 182-*bis*; iii) esecuzione dei pagamenti attraverso l'intervento sopra descritto del socio-assuntore. Dunque in questo caso l'accordo di ristrutturazione si identifica con la transazione fiscale e presenta carattere liquidatorio, mentre, in via prospettica, la ricorrente è destinata a fondersi per incorporazione nel gruppo. L'assuntore si impegna a presentare alla direzione provinciale, contestualmente all'omologa dell'accordo di ristrutturazione, fideiussione bancaria per l'importo complessivo dovuto, il cui pagamento dovrà avvenire nei successivi 40 giorni. Tuttavia con la sottoscrizione del ricorso per l'omologa, a riprova della capacità di adempiere, l'assuntore deposita un assegno destinato a coprire l'unico credito "estraneo" all'accordo di ristrutturazione e si impegna a versare, una volta intervenuta l'omologa, un assegno a saldo totale di tutti i debiti all'Amministrazione finanziaria.

Tipologia a cui appartiene l'accordo

Liquidatorio (in considerazione della prevista fusione nel Gruppo Coppola) con patto remissorio.

2010

3.6. La Cascina soc. coop. s.p.a.

Il debitore è la società La Cascina soc. coop. s.p.a., operante nel settore della ristorazione collettiva nel settore aziendale, scolastico e sanitario; svolge la sua attività direttamente o tramite società controllate.

L'esposizione complessiva è di 71 milioni di euro.

Si tratta di una transazione fiscale. Il firmatario dell'accordo, oltre alla debitrice è l'Agenzia delle Entrate, rappresentante il 61,39% del totale dei crediti nei confronti della debitrice.

Clausole negoziali

In applicazione del disposto degli articoli 182-*ter* e 182-*bis* 1. 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 complessivi €4.906.894,00
- Iva per complessivi €27.849.859,00
- Irpeg Ires Ilor per complessivi €605.494,00
- Irap per complessivi €10.752.403,00
- Condoni per complessivi €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.

A garanzia dell'adempimento di quanto previsto nell'accordo ex artt. 182-bis e 182-ter 1. fall., la Società ha rilasciato ipoteca su alcuni immobili di sua proprietà, nonché fideiussione di due società controllate.

Obblighi a carico dei creditori

La società e l'Agente 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 1. fall., con rinuncia ad avvalersi di eventuali pronunce *medio tempore* emesse.

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.

Clausole risolutive espresse

E' 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, comprensive 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.

È 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.

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.

Tipologia a cui appartiene l'accordo

dilatorio con patto remissorio.

2011

3.7. SIET Information & Engineering Technologies s.p.a.

L'accordo è stato sottoscritto da una s.p.a..

L'esposizione complessiva è di 11 milioni di euro.

Si tratta di una transazione fiscale. I firmatari dell'accordo, oltre alla debitrice, sono l'Agenzia delle Entrate e la Equitalia Gerit s.p.a., rappresentanti oltre il 60% del totale dei crediti nei confronti della debitrice.

Clausole negoziali

L'indebitamento deriva da imposte non corrisposte, interessi e sanzioni maturati dal 1999 al 2008.

L'accordo definitivo approvato dalla Agenzia delle Entrate prevede il pagamento integrale di tutte le somme dovute a titolo d'imposta, una decurtazione di parte delle somme iscritte a titolo di sanzione, una decurtazione di parte delle somme iscritte a ruolo a titolo di interessi legali ed interessi di mora per un totale di euro 6.622.394 maggiorati dell'aggio di euro 361.032 di spettanza dell'Agente della riscossione, dilazionato in nove rate. Le somme verranno corrisposte come segue:

- i) versamento della prima rata allo scadere del trentesimo giorno successivo alla data di omologa;
- ii) versamento delle successive rate annuali entro il 31 dicembre di ciascun anno a decorrere dal 31 dicembre 2011.

Obblighi a carico dei creditori

Sia la SIET che l'Agenzia delle Entrate rinunciano ai procedimenti contenziosi in essere e a quelli connessi.

L'Agenzia si impegna dalla data di efficacia del decreto di omologa dell'accordo a rinunciare alle azioni esecutive e ai provvedimenti di fermo amministrativo per le somme oggetto dell'accordo stesso, ma si riserva la possibilità di iscrivere a ruolo le ulteriori somme che risultassero dovute a seguito della liquidazione delle dichiarazioni oggetto dell'accordo.

Clausola risolutiva espressa

L'accordo si intenderà risolto di diritto nei seguenti casi:

- a) mancato deposito dell'accordo ai fini dell'omologa, in Tribunale, entro 30 giorni dalla data di sottoscrizione;
- b) mancato pagamento, totale o parziale, entro novanta giorni dalla scadenza prevista,

anche di una sola delle rate;

c) assoggettamento della SIET a procedura concorsuale e/o mancata omologa dell'accordo di ristrutturazione.

Foro competente

Presenza di clausola compromissoria, che prevede un collegio arbitrale composto da tre membri, dei quali uno scelto da ciascuna delle parti e il terzo dagli altri due arbitri (o in caso di disaccordo dall'Avvocato Generale dello Stato).

Tipologia a cui appartiene l'accordo

dilatorio con patto remissorio. Le parti hanno escluso espressamente la produzione di effetti novativi in relazione all'accordo concluso.

4. Tribunale di Milano

2005

4.1. Fillattice s.p.a.⁵²¹

L'accordo è stato sottoscritto da una si tratta di una società per azioni con unico socio operante nel settore della produzione, commercializzazione e vendita di filati e tessuti elastici.

I creditori aderenti sono nove banche più altri finanziatori, rappresentanti il 72% dei crediti.

Caratteristiche dell'accordo

La società è interamente posseduta da un'altra con sede in Lussemburgo e fa parte di un gruppo. L'accordo si inserisce in un programma di ristrutturazione che comprende sia un piano industriale che un piano finanziario. Il piano finanziario prevede una serie di iniziative volte al riequilibrio patrimoniale della società coinvolta (conversione in capitale dell'intero prestito obbligazionario convertibile, rimborso anticipato rispetto alle scadenze previste dei corrispettivi dovuti a seguito della vendita di un immobile di partecipazioni in

⁵²¹ E' stato fornito solo il ricorso per l'omologa e la relazione dell'esperto; sulla base dei detti documenti è stato ricostruito il contenuto dell'accordo.

altre società, impegno a sostenere la realizzazione del piano anche attraverso aumenti di capitale).

Clausole negoziali

L'accordo prevede che Fillattice debba rispettare una serie di parametri finanziari individuati dal professionista. Il mancato rispetto dei *covenants* da parte di Fillattice non comporta la caducazione automatica dell'accordo, ma fa scattare l'obbligo del socio unico di Fillattice alla rinuncia/conversione in capitale del proprio credito di euro 6.262.674 più 1.100.000 dollari. Solo se successivamente a tale obbligo i *covenants* sforassero i limiti previsti nell'accordo sorgerebbe il diritto delle banche a risolvere l'accordo stesso. L'accordo prevede poi un riscadenzamento dei crediti finanziari, un riscadenzamento dei finanziamenti ipotecari, una ridefinizione del piano di ammortamento del contratto di leasing e la conferma delle linee di credito commerciali in atto.

Clausola risolutiva espressa

L'accordo si intenderà risolto di diritto nei seguenti casi:

- a) mancata omologa dell'accordo di ristrutturazione;
- b) mancato regolare pagamento anche di una sola delle rate di rimborso del credito consolidato;
- c) mancato regolare pagamento degli interessi sul debito;
- d) mancato adempimento degli obblighi assunti dalla capogruppo nell'accordo;
- e) mancato versamento da parte di Gamex Real Estate srl, società del gruppo, del prezzo di compravendita dell'immobile acquistato da Fillattice;
- f) dichiarazione di nullità o l'inefficacia di una qualunque pattuizione dell'accordo e/o delle garanzie esistenti che renda più difficile l'adempimento degli obblighi previsti a carico di Fillattice

Tipologia a cui appartiene l'accordo

dilatorio.

2005

4.2. Commercial Petrolplus s.r.l. in liquidazione

L'accordo è stato sottoscritto da una s.r.l. in liquidazione.

L'esposizione complessiva è di 2,5 milioni di euro, di cui 2,3 ai chirografi e 0,2 al privilegio.

I creditori aderenti sono banche e imprenditori rappresentanti oltre il 60% dei crediti nei confronti della debitrice.

Caratteristiche dell'accordo

E' strutturato sotto forma di scambio di corrispondenza fra il debitore proponente e i ciascun creditore accettante.

Clausole negoziali

Le percentuali di pagamento previste sono le seguenti:

- 100% ai privilegiati entro la data stabilita nell'accordo
- pagamento in percentuale e in due rate ai chirografari aventi scadenza stabilita nell'accordo.

A tutti i creditori è garantito il rispetto della *par condicio creditorum*, salve le legittime cause di prelazione.

Clausole volte a consentire il monitoraggio da parte dei creditori

E' prevista espressamente facoltà a favore dei creditori per l'esercizio, anche attraverso propri rappresentanti, di diritti di informazione e controllo

Clausola risolutiva espressa

In caso di inadempimento a qualsiasi clausola della proposta o comunque di mancata omologa dell'accordo, ogni creditore riprende libertà di azione a tutela del proprio credito nella misura integrale con l'aggiunta degli interessi nel frattempo maturati a norma di legge e detratti gli acconti eventualmente già ricevuti in esecuzione dell'accordo.

Nel caso in cui alla scadenza della seconda rata ai creditori chirografari non fosse ancora intervenuta l'omologa, la data medesima sarà prorogata al ventesimo giorno successivo al deposito del decreto di omologa dell'accordo.

Tipologia a cui appartiene l'accordo:

liquidatorio e dilatorio, con patto remissorio.

2006

4.3. Immobiliare Briantea 2000 s.r.l. in liquidazione

L'accordo è stato sottoscritto da una società a responsabilità limitata in liquidazione.

L'esposizione complessiva è di 0,7 milioni di euro.

I creditori aderenti sono una banca, tre imprenditori e sette privati, rappresentanti il 77% dei crediti totali verso la debitrice.

Clausole negoziali

La percentuale di pagamento varia per categorie di creditori, come segue:

- privilegiati *ex art. 2751 bis n. 2* il 45% del credito
- altri privilegiati il 40% degli importi dovuti
- creditori chirografari istituti di credito per il 48,65% del credito
- altri creditori chirografari per il 35% del loro credito
- creditori estranei all'accordo: pagamento integrale

I pagamenti avverranno sia per i creditori aderenti che per gli estranei entro 15 giorni dalla data di omologa con assegno circolare consegnato presso lo studio del liquidatore.

Obblighi a carico dei creditori

I creditori si impegnano a non azionare i propri crediti fino alla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, pubblicazione che la debitrice si impegna a richiedere entro 15 giorni dalla stipula dell'accordo.

Clausola risolutiva espressa

In caso di inadempimento di una qualsiasi delle prestazioni dovute, ciascun creditore potrà chiedere la risoluzione dell'accordo, riacquistando il diritto di agire con qualsiasi mezzo a tutela del proprio credito, calcolato aggiungendo al valore nominale gli interessi legali nel frattempo maturati e le eventuali spese legali, detraendo quanto già percepito.

Tipologia a cui appartiene l'accordo:

liquidatorio con patto remissorio.

2006

4.4. Telma s.r.l. in liquidazione⁵²².

522 E' stato fornito il solo decreto di omologa.

Gli accordi sono sottoscritti da una s.r.l. in liquidazione che si occupa di importazione ed esportazione di articoli e prodotti tecnici industriali e di prodotti alimentari in genere.

L'esposizione complessiva è di 5.118.116 euro.

I creditori aderenti sono i dipendenti, i professionisti, fornitori, erario, istituti di credito, enti previdenziali ed assistenziali, che rappresentano complessivamente il 96,10% dei crediti verso la debitrice (65, 59% hanno aderito entro il deposito dell'accordo, mentre con le adesioni entro l'omologa si è raggiunta la percentuale del 96, 10%).

Caratteristiche dell'accordo

Vi è un accordo con ciascun creditore. La ricorrente ha presentato un piano che prevede la suddivisione in classi del ceto chirografario con previsione di pagamenti dilazionati sino al 2011 e percentuali di soddisfazione variabili per il ceto chirografario e dell'intero credito capitale per i creditori privilegiati (ivi compresi quelli ipotecari e tributari); nel piano è anche indicato che la società ricorrente ha prudentemente previsto un debito verso l'erario di circa euro 1.600.000,00 per tributi non ancora iscritti al ruolo e che potranno far parte di un separato procedimento transattivo.

Tipologia a cui appartiene l'accordo:

liquidatorio con patto remissorio e dilatorio.

2009

4.5. Irm s.r.l. Italian Road Machinery in liquidazione

L'accordo è stato sottoscritto da una società a responsabilità limitata che si occupa di: produzione, commercio, noleggio, manutenzione e utilizzo anche diretto di macchine per lavori stradali, miniere, gallerie, movimento terra e opere edili e industriali, manutenzione di impianti meccanici commercio importazione ed esportazione di beni.

L'esposizione complessiva è di 3,3 milioni di euro.

I creditori partecipanti sono 19 imprenditori, rappresentanti circa il 77% dei crediti totali verso la debitrice. Nessuna banca tra i creditori.

Caratteristiche dell'accordo

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.

Particolarità dell'accordo: la debitrice ha stilato 19 accordi individuali con ciascun creditore; gli importi sono rateizzati in un numero variabile di rate per ogni creditore.

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 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. .

Clausole negoziali

L'accordo prevede:

- pagamento integrale dei creditori privilegiati rappresentanti l'8.82% del totale delle passività
- pagamento integrale dei 153 creditori estranei all'accordo
- pagamento in misura non inferiore del 66% dei 20 creditori chirografari, aderenti all'accordo che rappresentano l'80% delle passività.

Obblighi a carico dei creditori

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 aprile 2009, contestualmente al deposito del ricorso per l'omologa dell'accordo presso la cancelleria del Tribunale di Milano.

Clausole risolutive espresse

L'efficacia di ogni accordo individuale di ristrutturazione del debito è 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 del Tribunale di Milano entro

il 30 giugno 2009.

Tipologia a cui appartiene l'accordo:

liquidatorio con patto remissorio.

2009

4.6. Società editoriale annuaristica s.r.l. in liquidazione (già Pagine Utili s.r.l. con unico socio)⁵²³.

L'accordo è stato sottoscritto da una s.r.l. in liquidazione, avente per oggetto sociale la produzione e distribuzione di guide telefoniche (le c.d. "pagine utili"), svolgendo anche attività di concessionaria di pubblicità, nonché di vendita di spazi pubblicitari anche su prodotti di annuaristica informativa.

L'esposizione complessiva è di 21 milioni di euro.

I creditori aderenti sono: tre banche rappresentanti oltre il 71% dei crediti verso la debitrice.

La società fa parte del gruppo Falciai ed è posseduta al 100% da un'altra società; il bilancio è certificato dalla società Deloitte & Touche s.p.a..

Clausole negoziali

L'accordo prevede:

- pagamento integrale dei creditori privilegiati (fatta eccezione per quelli con i quali è stato sottoscritto un determinato accordo, che può prevedere una rinuncia, in differenti misure, e un riscadenzamento del credito);
- pagamento integrale dei creditori non aderenti agli accordi
- riduzione di una somma pari al 40% del debito verso gli istituti bancari
- per gli altri creditori chirografari riduzione al 50% degli importi dovuti
- postergazione a tutte le ragioni creditorie di tutti gli altri creditori di SEA del creditore Finanziaria d'Investimento Fininvest s.p.a.; qualora all'esito della liquidazione non dovessero residuare fondi necessari al soddisfacimento totale o

523 E' stato fornito il solo decreto di omologa.

parziale dei suddetti crediti, rinuncia integrale di Finanziaria d'Investimento Fininvest s.p.a. ai medesimi.

I fondi necessari al pagamento liquidatorio sono reperiti tramite: incasso di crediti commerciali, compensazioni dei crediti fiscali, versamenti a fondo perduto di soggetti terzi, incasso di altre attività di varia natura.

Condizione sospensiva:

omologa del Tribunale.

Tipologia a cui appartiene l'accordo:

liquidatorio con patto remissorio comprendente sia decurtazione che postergazione.

2010

4.7. Dante O. Benini & Partners Architects s.r.l.

L'accordo è stato sottoscritto da una s.r.l., società di progettazione architettonica, il cui oggetto sociale è quello di fornire, in Italia ed all'estero, servizi nel settore dell'architettura e dell'urbanistica integrata, come servizi relativi agli studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazione o direzione dei lavori, valutazione di congruità tecnico-economica e studi di impatto ambientale, progettazioni architettoniche in ogni loro fase, preliminare, definitiva ed esecutiva, con le connesse attività di direzione, anche artistica dei lavori.

L'esposizione complessiva è di 5 milioni di euro.

I creditori partecipanti sono due imprenditori oltre all'Agenzia delle Entrate e all'Equitalia Esatri, rappresentanti il 60, 21% del totale dei crediti nei confronti della debitrice.

Caratteristiche dell'accordo

La società DOB&P oltre all'accordo, ha redatto un documento di previsione economica, ossia il conto economico previsionale al 30.9.2010, e una analisi dei fabbisogni finanziari, concretizzantesi in una previsione della struttura patrimoniale e finanziaria della società al 30.9.2010, congiuntamente denominati "piano complessivo" per il successivo esercizio di attività sociale, nella prospettiva della continuità aziendale. L'accordo è funzionale al buon esito del "piano complessivo".

Non esistono debiti scaduti diversi da quelli oggetto della ristrutturazione del debito.

La finalità espressa dell'accordo è il definitivo risanamento dell'esposizione debitoria e del definitivo riequilibrio della situazione finanziaria della società proponente, in uno con il pagamento integrale dei rispettivi creditori estranei all'accordo.

Clausole negoziali

L'accordo prevede che:

- i debiti tributari, per debiti iscritti a ruolo e non, verranno pagati senza dilazioni nella misura del 60% degli stessi, mentre per quel che riguarda l'IVA e le ritenute alla fonte è da prevedersi il pagamento immediato dell'intero carico tributario della sorte capitale, ma senza il pagamento delle sanzioni e degli interessi;
- il debito verso la società collegata per canoni di locazione verrà pagato nella misura del 70% e postergato al 31.12.2011;
- il debito verso la società Techlab s.r.l., socia della società, per finanziamenti infruttiferi rimborsabili effettuati, viene ridotto nella misura del 70% e postergato sino alla definitiva risoluzione di ogni problematica di tipo finanziario per la società proponente;
- il debito verso l'amministratore Dante Benini per compensi spettanti verrà pagato sempre nella misura del 70% e postergato al 31.12.2010.

Pattuizioni correlate: finanziamento infruttifero ulteriore di euro 1.000.000 da utilizzarsi per il pagamento dei debiti pregressi fornito da un socio della DOB&P.

Obblighi a carico dei creditori

Ciascuno dei creditori si impegna ad assumere, con la sottoscrizione dell'accordo, specifico impegno a non esigere il pagamento dei crediti ovvero ad azionare i diritti (comprese azioni cautelari e/o esecutive) spettanti a ciascun creditore per il pagamento dei crediti e a rinunciare a dichiarare e/o a richiedere nei confronti della società proponente la risoluzione e/o il recesso e/o la decadenza dal beneficio del termine in relazione ai crediti di cui all'accordo, fatta espressa eccezione per il caso di inadempimento, da parte della società proponente, agli obblighi di pagamento di cui all'accordo di entità tale da essere ritenuto grave ai sensi dell'art. 1455 c.c..

Clausole volte a consentire il monitoraggio da parte dei creditori

La società DOB&P si impegna a consegnare ai creditori, con cadenza semestrale, una relazione dell'esperto in merito allo stato di attuazione del "piano complessivo".

Condizione sospensiva dell'esecuzione dell'accordo

omologa.

Clausola risolutiva espressa

L'efficacia dell'accordo e degli impegni dei creditori è risolutivamente condizionata al mancato passaggio in giudicato del decreto di omologa dell'Accordo ai sensi dell'art. 182 *bis* L.F., salvo che per gli articoli 7 e 8 dell'accordo che continueranno ad avere efficacia (l'art. 8 è relativo alla legge applicabile all'accordo che è quella italiana e alla competenza in caso di controversie tra la società debitrice e i creditori, che sono rimesse alla competenza esclusiva del foro di Milano; l'art. 7 comprende disposizioni varie in base alle quali l'accordo annulla e sostituisce ogni precedente intesa, scritta o verbale, che sia intervenuta tra le Parti, direttamente o indirettamente, con riferimento al medesimo oggetto delle intese di cui al presente Accordo; qualsiasi modifica del presente Accordo non sarà valida e vincolante ove essa non risulti approvata per iscritto dalla società proponente e da ciascun creditore che sia parti dell'accordo; ogni comunicazione ai sensi dell'accordo si intenderà validamente effettuata a mezzo telefax al momento del ricevimento indicato nel rapporto di trasmissione all'indirizzo indicato nell'accordo).

Foro competente

Milano.

Tipologia a cui appartiene l'accordo:

liquidatorio con patto remissorio. Escluso ogni effetto novativo.

2011

4.8. Form s.p.a.

L'accordo è stato sottoscritto da una si tratta di una società per azioni.

L'esposizione complessiva è di 153.152.961 euro.

I creditori partecipanti sono dodici banche più nove società di *leasing*, rappresentanti circa il 61% dei crediti verso la debitrice.

Caratteristiche dell'accordo

L'accordo è accompagnato da un piano industriale e finanziario.

L'esecuzione dell'accordo è subordinata, sospensivamente e risolutivamente, al raggiungimento di un separato accordo con Interbanca s.p.a. (oggi GE Capital Interbanca

s.p.a.), avente ad oggetto la modifica dei termini e delle condizioni dell'esposizione a medio/lungo termine in essere con Interbanca.

Clausole negoziali

In sintesi l'accordo prevede il pagamento di tutti i componenti del ceto creditorio per la totalità delle pretese creditorie, con concessione da parte del ceto bancario e delle società di *leasing* di moratorie sui pagamenti del capitale e degli interessi.

L'indebitamento è diviso in "esposizione a breve in essere" ed "esposizione a medio lungo termine in essere", "pagamento dell'esposizione leasing mobiliare" e "pagamento dell'esposizione leasing immobiliare"; per tutte le voci citate è previsto un rientro del 100% dei debiti, dilazionati come in accordo, confermando le garanzie in essere.

In particolare a carico di Form sono previsti di tipo sia positivo che negativo.

Positivi:

- regolare pagamento di ogni onere tributario,
- mantenimento dei contratti di assicurazione
- mantenimento in buono stato dei beni necessari per lo svolgimento delle proprie attività;
- impegno del socio unico di Form ad effettuare un aumento di capitale di 2,5 milioni di euro.
- negativi:
- non modificare la natura dell'attività,
- non modificare il piano industriale e finanziario,
- non ridurre il capitale sociale,
- non dismettere beni mobili e immobili, materiali o immateriali e partecipazioni,
- non porre in essere operazioni straordinarie,
- non entrare in liquidazione volontaria,
- non fornire a terzi garanzie reali ulteriori rispetto a quelle già previste dall'accordo,
- non effettuare operazioni su derivati,
- non riscattare anticipatamente i beni oggetto dei contratti di *leasing*.

Clausole volte a consentire il monitoraggio da parte dei creditori

E' previsto l'obbligo di consegnare il bilancio certificato dalla società di revisione entro 30

giorni dall'approvazione; le relazioni semestrali approvate dal consiglio di amministrazione dovranno essere consegnate negli stessi termini. Inoltre la società deve fornire tutte le informazioni e i documenti che le parti finanziarie richiedano.

Infine è previsto a carico di tutte le parti uno specifico obbligo di riservatezza, relativo a tutte le informazioni riservate.

Erogazione di nuova finanza

E' prevista l'erogazione di nuova finanza, una volta intervenuta l'omologa dell'accordo, per un importo di 7,5 milioni di euro, da rimborsare nei tre anni successivi.

Ius variandi

L'accordo prevede la possibilità per Form di rimborsare anticipatamente il debito rispetto alle scadenze previste, al ricorrere di determinate condizioni: i) che sia data preventiva comunicazione; ii) che la somma da erogarsi sia comprensiva degli interessi; iii) che il rimborso superi una soglia minima predeterminata; iv) che l'imputazione avvenga in proporzioni prestabilite tra i partecipanti.

Sono poi previsti alcuni casi di rimborso anticipato obbligatorio: i) nel caso in cui la società compia atti di disposizione sugli immobili; ii) nel caso in cui vi sia cambio di controllo.

Clausole di recesso

Le clausole di recesso sono espressamente disciplinate solo per le parti finanziarie e sono previste per i seguenti casi: i) mancato adempimento ai pagamenti; ii) liquidazione volontaria della società; iii) scioglimento della società; iv) destituzione dell'organo amministrativo per intero o parzialmente per effetto di un provvedimento dell'autorità giudiziaria o amministrativa nei confronti della società; v) verificarsi di un "evento pregiudizievole"; vi) cambio di controllo; vii) risoluzione dell'accordo correlato (con Interbanca).

Condizioni risolutive espresse

Solo le parti finanziarie possono risolvere il contratto se: i) la società sia inadempiente all'accordo per quanto riguarda il pagamento delle somme dovute alle parti finanziarie nei termini e nei modi specificati dall'accordo; ii) non adempia ad uno degli obblighi elencati *sub* "obblighi di Form" elencati *supra* nelle clausole negoziali; iii) le dichiarazioni e garanzie rese dalla società risultino non complete, non veritiere, imprecise.

Inoltre a favore delle parti finanziarie, che peraltro possono, a loro insindacabile giudizio, decidere di rinunciarvi, in tutto o in parte, sono previste le seguenti condizioni sospensive: i) deposito presso il tribunale del ricorso per l'omologa entro 5 gg dalla data di sottoscrizione dell'accordo; ii) omologa dell'accordo di ristrutturazione; iii) aumento di capitale di 2.500.000,00 contestuale alla sottoscrizione del contratto del socio unico; iv) integrale pagamento degli *advisor* delle banche entro 5 gg dalla stipula dell'accordo; v) conferma alle parti finanziarie alla data di sottoscrizione dell'avvenuta stipula dell'accordo accessorio; vi) pagamento entro 15 gg di tutti gli importi dovuti alle società di *leasing*.

Tipologia a cui appartiene l'accordo

dilatorio.

2011

4.9. Celtech s.r.l.⁵²⁴.

L'accordo è stato sottoscritto da una s.r.l., operante nel campo della progettazione, produzione, adeguamento e commercializzazione di software, apparecchiature, impianti, dispositivi e servizi nei settori dell'informatica delle banche dati, dell'elettronica industriale, civile militare.

L'esposizione complessiva è di 7,7 milioni di euro.

I creditori aderenti sono il Ministero delle Attività Produttive, imprenditori, fisco e soci rappresentanti oltre il 60% dei crediti nei confronti della debitrice.

Clausole negoziali

La percentuale di pagamento varia per categorie di creditori, come segue:

- 60% del credito in linea capitale ai privilegiati, a saldo stralcio e transazione del credito vantato, con esclusione di interessi, more, sanzioni e spese legali. Pagamento di metà dell'importo dopo l'omologa e il resto in due rate di uguale importo, la prima a distanza di tre mesi dall'omologa e la seconda di tre mesi dalla prima;

⁵²⁴ E' stata fornita solo l'istanza *ex art. 182-bis* e la relazione del professionista e il decreto di omologa, ma non il testo dell'accordo.

- all'amministrazione finanziaria pagamento integrale dell'IVA e delle ritenute d'acconto operate e non versate nei termini unitamente ad una parziale remissione del debito fiscale per le imposte IRES e IRAP, con esclusione di interessi e sanzioni; Il pagamento viene rateizzato in 72 mesi;
- 50% ai chirografi, con esclusione di interessi more e sanzioni; pagamento integrale delle somme trattenute ai dipendenti e collaboratori e parziale remissione del debito nella misura pari al 40% dei contributi che risultano a carico della società. Rateizzazione in 72 rate. Il pagamento sarà effettuato in termini da concordarsi con i creditori.
- Intervento della società Ing. Giulio Bensaja & Co. che si impegna a versare le somme necessarie per coprire il fabbisogno finanziario, fornendo anche garanzie, fideiussioni assicurative e bancarie per il buon esito del piano di ristrutturazione.

Tipologia a cui appartiene l'accordo:

dilatorio con patto remissorio.

2011

4.10. Lavorint Risorse s.p.a.⁵²⁵.

L'accordo sé stato sottoscritto da una s.p.a.. che opera nel settore della somministrazione di lavoro. E' la capogruppo di 6 controllate. Il fatturato della sola Lavorint costituisce oltre il 60% del fatturato dell'intero gruppo.

L'esposizione complessiva è di 25 milioni di euro.

I creditori partecipanti sono sono: l'Inps, Equitalia spa, Agenzia delle Entrate e un imprenditore, rappresentanti complessivamente oltre il 60% dei crediti verso la debitrice; nessuna banca.

Caratteristiche dell'accordo

L'istanza si colloca temporalmente dopo l'emanazione della l. 122/2010, per cui è applicabile la nuova disciplina.

L'istanza si colloca nella fase delle trattative tra Lavorint e i suoi creditori.

⁵²⁵ E' stata fornita solo l'istanza ma non il testo dell'accordo.

Lavorint chiede al Tribunale di disporre immediatamente il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari ed esecutive e di acquisire titoli di prelazione nei suoi confronti, accertata la sussistenza dei presupposti per pervenire ad un accordo di ristrutturazione e delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative.

L'accordo si colloca in un piano di ristrutturazione nel quale è previsto un aumento di capitale, la cessione di un immobile e di tre società partecipate.

La finalità dell'accordo è ristrutturare il debito, per poter continuare ad operare senza intaccare il livello occupazionale e proseguire nella gestione ordinaria senza problematiche di continuità aziendale.

Clausole negoziali

- pagamento di un importo pari al 30% dell'intero credito, dilazionato in sessanta rate a decorrere dalla data di omologa dell'accordo per l'imprenditore
- transazione fiscale depositata presso Agenzia delle Entrate ed Equitalia Esatri
- transazione fiscale depositata presso Inps ed Equitalia Esatri

Inoltre sono previsti dal piano:

- aumento di capitale di 300.000 euro
- cessione di un immobile
- regolare pagamento dei creditori estranei al piano
- cessione di 4 società partecipate
- transazione fiscale con Inps Equitalia spa e Agenzia delle Entrate entro 60 mesi dall'accordo.

Tipologia a cui appartiene l'accordo:

remissorio e dilatorio.

2009

4.11. La ristrutturazione del gruppo Risanamento s.p.a.

Operazione di grande interesse, per la sua eccezionale complessità, è la ristrutturazione che ha riguardato la società Risanamento S.p.a., quotata presso la Borsa Italiana, e 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"⁵²⁶ e il "gruppo Zunino"⁵²⁷, 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" definiti "Accordo di Risanamento"; nella seconda categoria rientrano gli accordi presentati da tre società del "gruppo Zunino", titolari complessivamente del 73% delle azioni della società Risanamento S.p.a.; questi accordi vengono denominati "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 gruppo (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.) e ha visto l'adesione anche di alcune banche.

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:

526 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.

527 Si tratta delle società: Zunino Investimenti Italia s.p.a., Tradim s.p.a. e Nuova Parva s.p.a.

- la sottoscrizione dell'aumento del capitale sociale della Risanamento S.p.a., da parte delle cinque banche aderenti, in parte mediante la tecnica 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 si esaminerà successivamente.

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 maggio 2014;
- il riscadenzamento 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;
- un accordo a saldo e stralcio concluso tra MSG Residenze da una parte e Intesa San Paolo e Deutsche PfanbriefbankAG, da eseguirsi successivamente all'omologa dell'accordo di ristrutturazione;
 - una moratoria del credito concessa dalla Banca Popolare di Milano;
 - una transazione con Ipi spa, 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 ambito dell'operazione immobiliare Santa Giulia e destinate a diventare la sede principale in Italia della multinazionale australiana;
 - la cessione da parte di Risanamento spa 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 dicembre 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..

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 credito, 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 dicembre 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 dicembre 2014 e rinuncia agli interessi maturati dopo il 30 giugno 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 dicembre 2004 e comunque prioritariamente rispetto agli altri crediti bancari non garantiti con ipoteche, oggetto della moratoria al 31 dicembre 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 dicembre 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, 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 asso di rendimento annuo del dieci per cento.

Questo patto di opzione è efficace fino al 31 dicembre 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 dicembre 2014, definita tra la Nuova Parva e la Cassa di Risparmio di Alessandria, in relazione a linee di credito assistite da garanzia ipotecaria;
- la cessione alla Intek s.r.l., creditore di Nuova Parva, di tre unità immobiliari, con una conseguente riduzione dei debiti ipotecari.

2009

4.12. La ristrutturazione del gruppo Gabetti

Anche la ristrutturazione del gruppo Gabetti S.p.a.⁵²⁸ 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 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 c.c.) 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 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

528 Del gruppo Gabetti fanno parte: Gabetti Property Solutions s.p.a. (capogruppo), Gabetti Property Solutions Agency s.p.a., Patrigest Servizi Immobiliari s.p.a., Gabetti Mutuicasa s.p.a., Abaco Servizi s.r.l., Abaco Team Facility Management s.r.l., Agedil s.p.a., Brunilde s.p.a., Cifin s.p.a., La Gaiana s.p.a., Myrsine s.r.l., Myrsine 2 s.r.l., Pietrapiana s.r.l., Star s.r.l.

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).

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, sicché 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.
- 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 dicembre 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.

5. Conclusioni

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono stati introdotti nel 2005 dal legislatore - con la tecnica della novella - nella legge fallimentare, con il c. d. “decreto competitività”, che ha disciplinato in via d'urgenza alcune materie ritenute più bisognose di intervento immediato... dopo ben sessantatré anni di torpore legislativo⁵²⁹.

La disciplina è stata poi sottoposta ad un primo “tagliando” nel 2007: come da prassi consolidata le riforme introdotte con legge delega e decreto delegato sono seguite da ulteriori disposizioni integrative e correttive del testo promulgato in prima battuta.

Infine la disciplina è stata nuovamente integrata nel 2010 con la c.d. “Manovra”, ossia un provvedimento legislativo “contenitore”, dove trovano spazio le materie più svariate.

Tre interventi in cinque anni.

Grossa confusione o grosso interesse del legislatore?

Vediamo come cambia la disciplina dell'istituto nel tempo.

Nel 2005 più che di un istituto vero e proprio si può parlare di allestimento di una “cornice”, dal momento che l'art. 182-*bis* contiene una disciplina assolutamente scarna degli accordi di ristrutturazione, della quale risultano fissati solo gli aspetti principali e anche in modo piuttosto ambiguo: non è chiaro se possa richiedere l'omologa di un accordo di ristrutturazione qualunque “debitore”, anche civile, o il solo imprenditore (commerciale,

⁵²⁹ BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo “tagliando” a tre anni dal “decreto competitività”*, in *Banca, borsa titoli di credito*, 2009, I, 46.

soggetto a fallimento), l'attuabilità dell'accordo deve essere attestata da un non meglio specificato "esperto". L'accordo deve poi essere omologato, ma totalmente assente risulta una disciplina relativa al procedimento e a tutto ciò che accade successivamente.

Nel 2007, il decreto correttivo elimina le maggiori difficoltà interpretative evidenziate, colmando alcune lacune emerse in sede di prima applicazione e rendendo sicuramente più chiaro il testo della disposizione, senza peraltro modificarlo nella sostanza: viene sostituito il termine "debitore" con quello di "imprenditore", vengono precisati i requisiti che deve possedere il professionista chiamato ad asseverare l'attuabilità dell'accordo e viene previsto sul patrimonio del debitore un "ombrello protettivo" per la durata di 60 giorni a decorrere dalla pubblicazione nel registro delle imprese sulle azioni cautelari ed esecutive.

E' la stessa relazione illustrativa al decreto correttivo ad affermare che l'art. 182-*bis* ha subito modifiche "*meramente formali*", ma tutte funzionali a "*rendere più agevole l'attuazione di un istituto che non ha avuto ad oggi, la diffusione auspicata*".

In effetti proprio la "timidezza" mostrata dal legislatore ha prodotto pesanti riflessi sulla concreta fruibilità degli accordi per gli operatori, come dimostra il fatto che nel 2007 i casi sottoposti al vaglio dei Tribunali non superavano la decina.

La situazione a questo punto è paradossale: mentre la dottrina mostra un notevole interesse per l'istituto, viceversa le concrete esigenze della prassi evidenziano le vistose lacune in merito ai punti fondanti del medesimo, incompletamente regolati.

La notevole diffidenza dei "pratici" trova giustificazione nel fatto che la ristrutturazione, come regolata, pare "una procedura fallimentare non disciplinata dalla legge"⁵³⁰, che lascia esposti ad elevati rischi i partecipanti tutti, in particolare gli aderenti all'accordo in caso di successivo fallimento, con il conseguente problema della sorte della nuova finanza accordata all'imprenditore e la sorte del professionista, sotto il profilo della sua responsabilità civile e penale, in caso di non realizzazione del piano.

La riforma del 2010 riempie invece decisamente di contenuti la disciplina degli accordi di ristrutturazione: si chiarisce qual è il tribunale competente ai fini dell'omologa, viene esteso il divieto di azioni esecutive e cautelari anche alla fase delle trattative, viene introdotto un nuovo art. 182-*quater*, relativo alla prededucibilità di alcune categorie di

530 DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la meno incerta via italiana alla "reorganization"?*, in *Fallimento*, 2007, 701.

crediti, in caso di successivo fallimento e la tutela civilistica viene raccordata con quella penalistica, attraverso l'inserimento nella legge fallimentare dell'art. 217 bis.

Non si può certo dire che il legislatore abbia colmato tutte le lacune, ma certamente le modifiche introdotte nel 2010 conferiscono maggiori garanzie ai partecipanti e conseguentemente maggiore appetibilità agli accordi per gli operatori.

Permangono tuttavia diversi “buchi neri”, *in primis* su tutto ciò che accade dopo l'omologa; ad esempio è dubbio se e con quali mezzi si possa ottenere la risoluzione dell'accordo, dato che nulla dispone la legge, così come è dubbio se si possa procedere ad un *restilyng* dell'accordo, senza arrivare a confezionarne uno nuovo.

Impossibile non rilevare che le modifiche relative alla disciplina dell'istituto che si sono succedute dal 2005 al 2010 hanno influito anche sulla sua stessa qualificazione giuridica.

Se nel 2005 la componente negoziale/stragiudiziale era marcatissima, con gli interventi successivi si è andata decisamente stemperando.

Gli accordi di ristrutturazione nascono dalle ceneri dei c.d. “concordati stragiudiziali”, che si erano progressivamente affermati nella prassi per superare le rigidità e le inefficienze delle procedure concorsuali.

L'esperienza delle soluzioni stragiudiziali si è diffusa soprattutto nel decennio 1990-2000, ed è comunque servita per accendere i riflettori sui vantaggi che quelle soluzioni presentavano rispetto ai modelli giudiziali.

Il legislatore del 2005 con gli accordi di ristrutturazione sembra proprio voler tipizzare ed attribuire ai concordati stragiudiziali compiuta veste normativa, superando i limiti che connotavano questi ultimi; e vi è stato chi⁵³¹ ha infatti affermato, all'indomani dell'introduzione dell'istituto nella legge fallimentare, che con gli accordi di ristrutturazione è caduto il dogma dell'indisponibilità della gestione dell'insolvenza, riconsegnata all'autonomia privata, e si è attuata una composizione dello stato di insolvenza dell'imprenditore commerciale senza alcuna ingerenza dell'autorità giudiziaria e del tutto al di fuori delle aule dei Tribunali.

Tuttavia, con le successive modifiche, appare visibile un “cambio di rotta” del legislatore. Se già dopo l'entrata in vigore del decreto correttivo del 2007 risultava più difficilmente

531 ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. fall.*, 2008, 371.

sostenibile la tesi della natura meramente privatistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti, oggi, dopo le modifiche introdotte con la l. 122/2010, essa appare quasi tramontata.

Il divieto di azioni esecutive e cautelari e la prededuzione rappresentano, infatti, due tarli insidiosi nella ricostruzione in chiave privatistica dell'istituto: gli accordi sono ormai divenuti un simulacro di procedura concorsuale, a fronte della loro quasi compiuta mutazione genetica.

In questo modo ricostruita l'evoluzione della disciplina degli accordi e appurato come questa abbia influito sulla loro natura giuridica, occorre adesso occuparsi dell'effettività dell'istituto: quanto e come è stato effettivamente utilizzato dagli operatori in questi sei anni?

In proposito una prima considerazione: le nuove regole hanno bisogno di essere accettate e metabolizzate dagli operatori del mercato, che hanno tempi di reazione piuttosto lunghi; dunque quello che si può trarre a sei anni dall'introduzione dell'istituto è un primissimo bilancio.

Non solo: visto che l'istituto ha subito diverse modifiche, assumendo solo nel 2010 una veste compiuta, una valutazione sull'effettività, che possa dirsi tale, potrà definirsi solo nel tempo a venire.

Vediamo comunque i dati all'attualità.

E sui dati occorre fare una premessa: sono difficilmente reperibili, perchè non esiste un'apposita voce "accordi di ristrutturazione" nel registro delle imprese presso le Camere di Commercio e perchè presso le cancellerie dei Tribunali serve un'apposita autorizzazione per consultare i dati dai quali ricavare l'elenco degli accordi omologati. Da questo punto di vista si segnala l'eccezione costituita dal Tribunale di Milano, unico, per quanto è stato possibile appurare, che pubblichi sul sito i decreti di omologa.

Dunque non sempre è stato possibile ricevere documenti completi e quindi procedere ad una verifica a tutto tondo.

Dalla "mappatura" degli accordi di ristrutturazione raccolti, con una "ricerca sul campo" effettuata sui dati ad aprile 2011, dalle cancellerie dei Tribunale e dalla rete delle Camere di Commercio, risultano n. 198 accordi di ristrutturazione iscritti nei registri delle imprese, afferenti a n. 54 Tribunali italiani, su un totale di circa 150.

Quindi emerge un primo dato significativo: gli accordi di ristrutturazione sono presenti solo

presso un terzo circa dei Tribunali, a testimonianza dell'incompleta applicazione dell'istituto.

Secondariamente, presso le cancellerie in cui gli accordi sono presenti, questi sono di norma solo uno o due; gli unici numeri considerevoli riguardano i ricorsi per omologa depositati a Milano (40), a Roma (24), a Bolzano (12), a Monza (12), a Vicenza (7).

Si tratta indubbiamente di una situazione legata alla maggiore densità di imprese, ma la “macchia di leopardo” che ne risulta, dovuta forse anche alle incertezze per le varie “rivisitazioni” legislative, segnala che in vaste aree l'istituto non ha saputo ancora vincere una naturale “prudenza” degli addetti ai lavori.

La ricerca ha poi esaminato i contenuti degli accordi di ristrutturazione omologati a Torino, Roma e a Milano.

Milano, con i suoi 35 accordi omologati, si afferma decisamente come il luogo in cui l'istituto ha trovato maggiore applicazione, anche per i casi presentati da importanti gruppi, come Risanamento e Gabetti.

Passando ad esaminare il contenuto di ogni singolo accordo, si conferma anzitutto che questo è il vero regno dell'autonomia negoziale, anzi ciascuno appare del tutto originale rispetto agli altri; questo fattore è pienamente comprensibile ove solo si ponga attenzione alle situazioni di partenza, ampiamente eterogenee, come evidenziato nel dettaglio, dalla differenza di oggetto sociale, capitale sociale, ammontare totale del debito e disaggregazione per classi del ceto creditorio.

Per quanto attiene ai valori finanziari in gioco, si può osservare come esistano accordi aventi ad oggetto anche importi limitati, ma tendenzialmente gli accordi servono a definire esposizioni debitorie di svariati milioni di euro. I casi ben noti del gruppo Risanamento e del gruppo Gabetti ne sono la palese consacrazione.

Al fine di rendere maggiormente comprensibile l'universo considerato, e quindi per poter procedere ad una classificazione, è stato necessario, dopo aver studiato i testi degli accordi, estrapolare una serie di clausole che con più frequenza si riscontrano negli stessi.

Tali clausole sono state elencate al capitolo 1, paragrafo 5.1, e si possono dividere in due macro categorie: quelle che incidono direttamente sul debito e quelle che implicano l'assunzione di vincoli per l'imprenditore, variamente graduati.

Dall'analisi empirica emerge poi che gli accordi di ristrutturazione, a scopo

dichiaratamente liquidatorio, di cui era stata messa in dubbio dalla dottrina la possibilità di effettiva esistenza, perchè non in linea con la *ratio* dell'istituto, non solo sono riscontrabili nella prassi, ma addirittura costituiscono una percentuale molto rilevante del totale.

Questo dato per un verso mette in luce la “parentela” degli accordi con i concordati stragiudiziali; per altro verso indica che, in alcuni casi, le parti hanno trovato più conveniente stipulare un accordo di ristrutturazione piuttosto che ricorrere al fallimento, considerando la prima via più rapida, snella e meno costosa.

Si affaccia a questo proposito un'ipotesi: una volta che l'istituto si sia consolidato, gli accordi potranno realmente rappresentare una reale alternativa alla procedura fallimentare.

Sarà interessante osservare nei prossimi anni la reazione degli operatori alle modifiche introdotte dalla l. 122/2010. Da questo punto di vista si può notare che, tra quelli esaminati, l'unico accordo omologato successivamente all'entrata in vigore della novella del 2010 (il caso Lavorint Risorse s.p.a., Milano) prevede espressamente la facoltà concessa dalla nuova disciplina di utilizzare l'ombrello protettivo sulle azioni esecutive e cautelari e sui titoli di prelazione anche nella fase delle trattative.

Altra interessante indagine riguarderà un confronto ragionato tra il numero degli accordi, dei concordati preventivi e dei fallimenti, istituti tutti previsti dalla legge fallimentare, in parte alternativi tra loro.

Non ultimo andrà considerato l'effettivo esito degli accordi, ossia la verifica del reale raggiungimento degli interessi perseguiti dalle parti nella fase applicativa, sia per quelli aventi come finalità la semplice liquidazione, sia per quelli aventi come finalità il completo rientro *in bonis* del debitore.

Di certo l'interesse mostrato dal legislatore per gli accordi è cospicuo solo che si consideri l'estensione dell'applicazione dell'istituto all'imprenditore agricolo, avvenuta con il d.l. 6 luglio 2011, n. 98, della quale l'attuazione pratica è tutta da verificare, e addirittura al debitore civile, con il recentissimo d.l. 22 dicembre 2011, n. 212 (disposizioni in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento).

Quello che sembra rilevare è quindi un interesse a tutto tondo del legislatore per forme di composizione della crisi a costo zero per lo Stato, che riversa sugli operatori, imprenditore, creditori, professionisti, istituti di credito, i costi delle relative soluzioni. In un contesto di crisi macroeconomica e di consistenti tagli alla spesa pubblica, le formule di incentivo

all'economia, per quanto concerne la crisi d'impresa, sembrano indirizzate non già a trasferire fondi, ma a creare situazioni che possano favorire la gestione della crisi con strumenti decisamente aggiornati, rispetto all'impianto del 1942, e adeguati alla realtà odierna.

I recenti provvedimenti legislativi paiono ispirarsi ad un preciso principio, quello della transazione, in grado di mostrare la sua ampia versatilità, ove si lascino ampi spazi all'autonomia privata.

Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-*bis* legge fallimentare, la nuova disciplina del sovraindebitamento per il debitore non assoggettabile alle procedure concorsuali, i provvedimenti legislativi volti alla conciliazione relativamente a controversie inerenti varie materie di diritto civile, paiono orientati a facilitare accordi tra le parti private, conferendo alle stesse ampia delega anche nel rito, oltre che nel merito.

Forse stiamo assistendo ai primi passi su una nuova via, verso il conferimento ai privati della facoltà di gestire da sé, per la prima volta, l'amministrazione di alcune criticità di considerevole importanza economica e sociale.

BIBLIOGRAFIA

ABRIANI, *Il finanziamento dei soci alle imprese in crisi alla luce del nuovo art. 182-quater l. fall.: dal sous sol della postergazione all'attico della predeuzione?*, in *Riv. dir., impr.*, 2011

ADLER, *Accelerated resolution of financial distress*, in *Wash. University law quart.*, 1998

ÀLVAREZ VEGA MARIA ISABEL, *Funzione conservativa del "concurso de acreedores" nella riforma del diritto fallimentare spagnolo*, in *Dir. fall.*, 2004

AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. N. 122/10*, in *Fallimento*, 2011

-*Accordi di ristrutturazione*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da COTTINO, Padova, 2008, vol. 11, tomo I

-*Gli accordi di ristrutturazione nella più recente giurisprudenza romana e milanese*, in www.ilcaso.it

-*Appunti flash sull'art. 182-quater della legge fallimentare*, in www.ilcaso.it

- *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Fallimento*, 2005

AMBROSINI-DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005

ANDRIOLI, *Incidenza della costituzione nella materia fallimentare*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1960, I

APICE, *L'impresa in crisi: rischi e responsabilità delle banche*, in *Dir. banc.*, 1999, I

ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società*, Bologna, 2003

BASSI, *La illusione della prededuzione*, in *Giur. comm.*, 2011

BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, in *Riv. notariato*, 2006, I

-*Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, in *Il nuovo diritto della crisi d'impresa e del fallimento*, a cura di DI MARZIO, Torino, 2006

BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (prima e dopo il decreto correttivo n.169 del 12 settembre 2007)*, in *Rivista dir. comm.*, 2008, I

BENAZZO, *L'organizzazione della nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari*, in *Società*, 2003

BENEDETTELLI, *"Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004

BERK, DEMARZO, *Corporate Finance*, Boston, 2007

BERTOLOTTI, *I finanziamenti dei soci*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario* diretto da COTTINO, Bologna, 2009

BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo "tagliando" a tre anni dal "decreto competitività"*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2009, I

- *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007

-*Direzione e coordinamento di società, società "strumentali", sede legale, insolvenza e giurisdizione italiana alla luce del Regolamento CE 1346/2000*, in *Giur. it.*, 2005

- *La partecipazione delle banche nelle imprese industriali: il "tramonto" del principio di separazione*, in *Banca, borsa, titoli credito*, 2001, I

BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I

BONFATTI, *Le procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa: opportunità e responsabilità*, relazione svolta al Convegno nazionale di Reggio Emilia, 8 ottobre 2010, *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi*

- *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2009

- *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2005

- *Gli accordi stragiudiziali per la composizione della crisi d'impresa nei progetti di riforma della legge fallimentare. Profili civilistici*, in *Le procedure concorsuali tra nuove frontiere e prospettive di riforma* a cura di BONFATTI e FALCONE, Milano, 2002

BONFATTI-FALCONE, *La concertazione per la soluzione delle crisi d'impresa: la "amministrazione bancaria" ed il nuovo codice di comportamento bancario sulla gestione delle crisi aziendali*, in *Dir. banc.*, 2001, I

BONSIGNORE, *Il finanziamento alle imprese in crisi nella fase preparatoria della ristrutturazione del debito*, in *Fallimento*, 2009, allegato 1

BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Trattato dir. comm. pubbl. econ.*, diretto da GALGANO, IX, Padova, 1986

-*Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di BRICOLA-GALGANO-SANTINI, sub art. 160, Bologna-Roma, 1979

-*Inattualità del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1978

BRADLEY-ROSENZWEIG, *The untenable case for chapter 11*, in *Yale law journ.*, 1992

BRAUN, §229, *Insolvenzordnung Kommentar*, a cura di BRAUN, Munich, 2002

BRESCIA MORRA-MORERA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in *Tratt. dir. civ. cons. naz. not.*, diretto da PERLINGIERI, V, 11, Napoli, 2006

BRICCHETTI, *Profili penali*, in AMBROSINI (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma organica al decreto correttivo*, Bologna, 2008

BRITISH BANKER'S ASSOCIATION, *Description of the London Approach*, London, 1996

BRUGGER, *La nozione di insolvenza: un concetto che muta*, in *Dir. fall.*, 1988

BRUNO, *Gli accordi di salvataggio nella riforma del diritto fallimentare e la responsabilità per concessione abusiva del credito*, in *Dir. fall.*, 2010

CAFFI, *Considerazioni sul nuovo art. 182-bis l. fall.*, in *Dir. fall.*, 2005, I

CALANDRA BUONAURA-PERASSI-SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da COTTINO, III, Padova, 2001

CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, III, Contratti, titoli di credito, procedure concorsuali*, Torino, 2008

CANDELARIO, *L'armonizzazione del diritto concorsuale nell'ambito dell'UE*, in *Dir. fall.*, 1999

CANDIAN, *Concordato convenzionale o processuale e remissione*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, II

CAPALDO, *Reddito, capitale e bilancio d'esercizio*, Milano, 1998

- *Crisi d'impresa e suo risanamento*, in *Banche e Banchieri*, 1977

CAPOLINI, *Rapporti tra banca e impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, in *Fallimento*, 1997

CAPRIGLIONE, *Evoluzione del rapporto finanza-industria: dalla legge bancaria del 1936 al decreto legislativo 385/93*, in *Studi sulla nuova legge bancaria* a cura di MEZZACAPO, Roma, 1994

CARLI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e impresa in crisi*, in *Contratto e impresa*, 2009

CARMELLINO, *In tema di accordi di ristrutturazione*, in *Foro it.*, 2011

CASELLI, *I sistemi di amministrazione nella riforma delle s.p.a.*, in *Contratto e impresa*, 2003

- *Le crisi aziendali*, in *L'azienda e il mercato*, in *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.* diretto da GALGANO, III, Padova, 1979

CASTIELLO D'ANTONIO, *Crisi d'impresa e responsabilità della banca: "revoca brutale" del fido, concessione abusiva del credito*, in *Dir. fall.*, 2009

- *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in *Dir. fall.* 2008

CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997

CATRICALÀ, *Il sistema economico italiano ed il processo di integrazione europea*, in www.ilsussidiario.net.

CAVALIERI-FERRARIS FRANCESCHI, *Economia aziendale*, Torino, 2000

CAVALLI, *Credito bancario, parità di trattamento: qualche spunto per una riflessione*, in *Fallimento*, 1990

CAVAZZUTI, *L'amministrazione controllata da procedura più lunga a procedura "più larga"*, in *Giur. Comm.*, 1982, II

CECCHERINI, *La qualificazione, l'indipendenza e la terzietà del professionista attestatore negli istituti concorsuali di gestione della crisi d'impresa e le diverse tipologie di relazioni o attestazioni*, in *Fallimento*, 2011

CELENTANO, *Effetti del fallimento per i creditori*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali* diretto da FAUCEGLIA e PANZANI, Torino, 2009

CENNICCOLA, *sub art.182-bis*, in *Fallimento e concordati* a cura di FORGILLO e CELENTANO, Torino, 2008

CERDÀ-GARGALLO, *Quiebra y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Serviciones de Estudios Economicos de la Caixa, Barcelona, 2001

CERRI, *La costituzione e il diritto privato*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da BUONOCORE, vol. I, tomo 3, Torino, 2001

CESARINI, *Le banche creditrici delle imprese in crisi: ruolo, responsabilità e problemi*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1996, I

CHEMOULI, *La réforme du droit de la faillite en France pour le sauvegarde des entreprises*, in *Jur. int.*, 2005

CHIOZZI-CENSONI, *I presupposti del fallimento*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da PANZANI, I, Torino, 2000

COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999

CONWAY-NICOLETTI, [Product Market Regulation in the Non-Manufacturing Sectors of OECD Countries: Measurement and Highlights](#), in [OECD Economics Department Working Papers](#), 2006

CORNELLI-FELLI, *Efficiency of bankruptcy procedures*, in *Temi di discussione*, Servizio studi della Banca d'Italia, n. 245, 1994

COSTA, *La soluzione stragiudiziale delle crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 1998, I

D'ALESSANDRO, *Intervento*, in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: due anni di esperienze*, in *Giur. comm.*, 1981, I

D'AMBROSIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e la transazione fiscale*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali* diretto da FAUCEGLIA e PANZANI, Torino, 2009

- *Le esenzioni da revocatoria nella composizione stragiudiziale della crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2007, I

- *Articolo 67, comma 3, lettere d), e), g)*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da JORIO e coordinato da FABIANI, Bologna, 2006

- *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di BONFATTI e FALCONE, Milano, 2006

D'AMORA, *Note esegetiche sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti*, in www.ipsoa.it

- *La nuova prededuzione*, Relazione svolta al convegno organizzato dall'OCI, Bari 8-9 ottobre 2010, in www.osservatorio-oci.org

DAVIES-HOPT, *Control transactions*, in *The Anatomy of Corporate Law. A comparative and functional approach*, a cura di KRAAKMAN, DAVIES, HANSMANN, HERTIG, HOPT, KANDA e ROCK, Oxford, 2006

DE CRESCIENZO PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005

DE FERRA, *La postergazione del credito del socio finanziatore*, in *Giur. comm.*, 2010, I

DE NOVA, *Le convenzioni attuative del piano di ristrutturazione*, in *Crisi d'impresa e risanamento, ruolo delle banche e prospettive di riforma* a cura di MASCIANDARO e RIOLO, Milano, 1997

DEL FEDERICO, *Commento sub art. 182-ter*, in *Il nuovo diritto fallimentare* diretto da JORIO e coordinato da FABIANI, Bologna Torino, 2006

DI MAJO, *Accordi di ristrutturazione*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di GHIA, PICCININI, SEVERINI, Torino, 2011

- *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.*, in *Corriere giuridico*, 2010

DIMUNDO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: la meno incerta via italiana alla reorganization?*, in *Fallimento*, 2007

DIAZ MORENO-RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, *El nuevo derecho concursal español (y III): las soluciones del concurso: el convenio y la liquidacion, y la conclusion del concurso*, in *Derecho Mercantil*, a cura di JIMÉNEZ SANCHEZ, Barcellona, 2003

DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis L. fallim.) (Presupposti, procedimento ed effetti dell'anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)* in *Dir. fall.*, 2011

DOMENICHINI, *Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato d'insolvenza*, in *Fallimento*, 1996, 841

DUBERSTEIN, *Out-of-Court Workouts*, in *Am. bankr. inst. law rev.*, 1993

ESPOSITO, *L'azione risarcitoria "di massa" per "concessione abusiva di credito"*, in *Fallimento*, 2005

FABBRINI, *Una prima analisi della imminente riforma del diritto fallimentare francese*, in *Dir. fallimentare*, 2004, I

FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Diritto fallimentare. Principi e regole*, a cura di FABIANI e JORIO, Bologna, 2011

- Estratto di *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Diritto fallimentare. Principi e regole*, a cura di FABIANI e JORIO, Bologna, 2011, in www.unijuris.it

- *Competizione fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, in *Fallimento*, 2010

- Intervento in occasione del convegno *Accordi di ristrutturazione: problematiche giuridiche e applicazioni pratiche*, Udine, 22 febbraio 2010

- *L'ennesima riforma della legge fallimentare, l'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo i finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010

- *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla "reorganization"*, in *Foro it.*, 2006

- *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182-bis l. fall.*, in *Foro it.*, 2006, I

- *L'impugnazione del decreto nel giudizio di omologazione*, in *Fallimento*, 2006

- *Le trasformazioni della legge fallimentare*, in www.fallimento.ipsoa.it.

FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004

FALCONE, *gli accordi di ristrutturazione*, in BONFATTI PANZANI (a cura di), *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2008

- *Gli accordi di ristrutturazione* in DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009

FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (commento sub art. 182-bis)*, in *Codice commentato del Fallimento* diretto da LO CASCIO, Ipsoa, 2008

- *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005*, in *Fallimento*, 2005

- *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2005, I

FAZZI, *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2011

FEDERICO, *How an insolvent business may avoid Bankruptcy Court (and State Court too)*, in *Tennessee bar journal*, 1999, Mar., 22.

FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1989

FERRO, *La nuova legislazione sociale nelle procedure concorsuali: norme di settore e agevolazioni alla gestione della crisi*, in *Fallimento*, 2011

- *Sub art 182-bis (appendice di aggiornamento)*, in *La Legge Fallimentare* a cura di FERRO, Padova, 2008

- *La legge fallimentare*, in *Commentario*, a cura di FERRO, sub art. 182 bis, Padova, 2007

- *Ristrutturazione dei debiti (accordi di)*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di FERRO, IV, Padova, 2006

- *Piano attestato di risanamento*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di FERRO, I, Padova, 2006

- *Articolo 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2005, n. 24, 56

- *Il piano attestato di risanamento*, in *Fallimento*, 2005

FERRO, RUGGIERO, DI CARLO, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti. Analisi giuridica ed aziendalistica sulla composizione giudiziaria della crisi di impresa nella prassi dei tribunali italiani dopo la riforma: i risultati di un'indagine*, Torino, 2010

FERRO-LUZZI, *Prolegomeni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'imprenditore in stato di crisi: del paradosso del terzo creditore "estraneo... ma non troppo"*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I

FICARI, *La transazione fiscale nella ristrutturazione dei debiti tributari e nel concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare* diretto da BUONOCORE e BASSI, I, Padova, 2010

FINCH, *Company insolvency Law*, Cambridge, 2002

FISCHETTI, *Osservazioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2010

FLOOD, *Corporate recovery: the London Approach*, in *Ins. law pract.*, 1995

FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2009

- *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi di impresa*, in *Fallimento*, 2009

FRANCHI, *Responsabilità della banca per concessione abusiva del credito*, in *Fallimento*, 2005

FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009

- *La regolarità dei pagamenti come elemento integrante il concetto di insolvenza*, in *Revista de Derecho Concursal y Paracncursal*, 2007

- *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.*, diretto da GALGANO, XXXVII, Padova, 2005

- *Effetti della composizione stragiudiziale dell'insolvenza*, Padova, 1995

- voce *Concordato stragiudiziale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1988, II

- *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984

GABRIELLI, *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008

- *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I

GALARDO, *"Interesse di gruppo" e accordi di ristrutturazione (Il caso Gabetti)*, in *Dir fall.*, 2011

- *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Santarcangelo di Romagna, 2011

- *Gli accordi di ristrutturazione e il risanamento del "gruppo"*, in *Dir. fall.*, 2010, II

GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006

GAMBINO, *Limiti costituzionali dell'iniziativa economica nella crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 1989, I

- *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1979, I

GARELLA, *Il concordato stragiudiziale*, Napoli, 2003

GERINI, *Ricerca di una sintesi tra gli aspetti giuridici ed economici*, in *Crisi dell'impresa è stato di insolvenza*, Sisco, 1988

GHIDINI, *La concorrenza sleale: i principi*, in *La concorrenza e i consorzi*, in *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.*, IV, diretto da GALGANO, Padova, 1981

GOLDBERG, *Enforceability of prebankruptcy agreements regarding the automatic stay*, in *Banking law journal*, 1994

GRANATA, *Dall'Abi il via alla concertazione per aiutare le imprese in crisi*, in *Dir. prat. soc.*, 2000

GROSSI, *Le soluzioni concordate della crisi*, intervento nell'ambito del XXXIII Convegno ANDAF, 19-22 novembre 2008

GUALTIERI, *Il processo decisionale delle banche per l'adesione ai piani di risanamento delle imprese*, in *Riv. soc.*, 1996

GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in *Dir. fall.*, 2008, I

GUERRA, *Ristrutturazione del debito e assistenza finanziaria l'impresa: il c.d. consolidamento dei crediti bancari*, in *Banca borsa titoli credito*, 1995, I

GUERRERA, *Le soluzioni concordatarie*, in AA. VV., *Diritto fallimentare*, Milano, 2008

- *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004

GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008

- *Il diritto concorsuale tedesco fra risanamento e liquidazione*, in *Fallimento*, 2003

- *La predisposizione e il vaglio del piano di risanamento*, in *Fallimento*, 1999

- *Rivalutazione ed interessi sui crediti di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 1990

GUYON, *Droit des affaires entreprises en difficulté redressement judiciaire. Faillite*, Paris, 2003

HAUGEN-SENBET, *Bankruptcy and agency costs*, in *Journ. fin. quant. Analysis*, 1988

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.*, 2007,

IORIO, *La nuova legge francese sull'insolvenza:ça ira,ça ira,ça ira,les créanciers on les pendra!*, in *Giur.Comm.*, 1986,I

JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2006

JAEGER, "*Par condicio creditorum*", in *Fallimento*, 1984

- *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1970, I

JEANTIN-LE CANNU, *Droit Commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*, Paris, 2003

JORIO, *Le soluzioni concordate delle crisi alla luce della riforma della legge fallimentare*, in *Grandi e piccole insolvenze: dal caso Chrysler alla crisi del consumatore*, Atti del convegno di Alba 2009, Torino, 2010

- *Introduzione*, in *Commentario Jorio-Fabiani*, Bologna, 2006, I

- *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa tra privatizzazione e tutela finanziaria*, in *Fallimento*, 2005

- *Intervento sul tema soluzioni giudiziali, soluzioni stragiudiziali e nuove regole*, in *nuove regole per la crisi di impresa*, a cura di Jorio, Milano, 2001

KENT, *The London Approach*, in *Journ. int. bank. law*, 1993

KIRSCHNER, *Prepackaged bankruptcy plans: the deleveraging tool of the '90s in the wake of OID and tax concerns*, in *Seton law rev.*, 1991

KRAAKMAN, DAVIES, HANSMANN, HERTIG, HOPT, KANDA, ROCK, *Diritto societario comparato*, traduzione di *The Anatomy of corporate law*, a cura di ENRIQUES, Bologna, 2006

LA CROCE, *Finanziamenti ponte e garanzie per debiti prescritti*, in *Fallimento*, 2009, allegato 1

LANFRANCHI, *Uso "alternativo" delle procedure concorsuali, amministrazione controllata e prededucibilità dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I

LIBONATI, *Prospettive di riforma nella crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, I, 2001

LIEBMAN, *Liquidazione o conservazione dell'impresa nelle procedure concorsuali: insolvenza dell'imprenditore e strumenti di tutela del lavoro subordinato*, in *Giur. comm.*, 1978, I

LÌN, *The information content of a bank's involvement in private workouts*, in *George Mason ind. law rev.*, 1994

LO CASCIO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2008

- *Il fallimento e le altre procedure concorsuali (app. aggiorn.)*, Milano, 2007-2008

- *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla mini riforma per decreto legge*, in *Fallimento*, 2005

- *Concordato preventivo*, Milano, 1986

LOMBARDI, *Le recenti ristrutturazioni del debito: il caso Risanamento*, in *Cor. giur.*, 2010

MACARIO, *Insolvenza crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008

MACORIG-VENIER, *Loi n. 2005-845 du 26 juillet 2005*, in *Rev. trim. dr. comm. écon.*, 2005

MAFFEI ALBERTI, *La nozione di insolvenza: un concetto che muta*, Relazione al convegno Sisco, in *Fallimento*, 1988

MAIMERI, *Sistemazioni extragiudiziali delle crisi di impresa e codice di comportamento bancario*, in *Banca, borsa e titoli credito*, 2000, I

MANDRIOLI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex articolo 182 bis legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2010

- *Struttura e contenuti dei piani di risanamento*, relazione al Convegno sulla riforma fallimentare, Modena 20-21 giugno 2006

MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art 182-bis l. fall. e procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Dir. fall.*, 2008, II

MARABINI, *La gestione delle crisi di impresa alla luce della riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2009

MARANO, *sub art. 182-bis*, in *Il nuovo fallimento* a cura di SANTANGELI, Milano, 2006

MARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005

MARCUCCI, *The inefficiency of current italian insolvency legislation and the prospects of a reform*, in AA. VV., *Bankruptcy legislation in Belgium, Italy and the Netherlands*, in *Quad. ric. giur. Banca d'Italia*, n.51, Roma, 2001

MARINONI, *Redressement judiciaire des entreprises*, Milano, 1989

MATTEI, *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato delle procedure concorsuali* a cura di GHIA, PICCININI, SEVERINI, Torino 2011,

MENDALES, *We can work it out: the interaction of bankruptcy and securities regulation in the workout context*, in *Rutger law review*, 1994

MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, XXI,1, Milano, 1968

MICHELOTTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2005

MIMOLA, *Risanamento delle imprese, mercato e parità di trattamento*, Milano, 2004

MOLINARI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall. e i gruppi di imprese*, in *Trattato delle procedure concorsuali* a cura di GHIA, PICCININI, SEVERINI, Torino 2011

MONERCO PÉREZ, *La conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Valladolid, 2006

MONTI, *Manuale di finanza per l'impresa, teoria e pratica*, Torino, 2005

MORELLINI, *L'art. 182-quater l. fall.: novità e criticità*, in *Fallimento*, 2011

MORERA-NUZZO, *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, Milano, 1996

MORERA, *Il fido bancario. Profili giuridici*, Milano, 1998

MOSCO, *Le deleghe assembleari nella società per azioni*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 208, Milano, 2000

- *Nuovi modelli di amministrazione e controllo e ruolo dell'assemblea*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di BENAZZO, PATRIARCA, PRESTI, Milano, 2003

NARDECCHIA, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2011

- *La relazione del professionista e il giudizio di omologazione negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2010

- *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento*, 2008

- *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2008

- *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007

- *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il piano attestato di risanamento*, in www.cosmag.it

- *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2006

NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009

NISIVOCCIA, *Le procedure diverse dal fallimento nel decreto correttivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I

NUZZO, *Articolo 2479*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di NICCOLINI e STAGNO D'ALCONTRES, III, Napoli, 2004

OBERMÜLLER, *Esperienze di riforma in Germania*, in *La legislazione concorsuale in Europa*, a cura di Bonfatti e Falcone, Milano, 2004

OLIVA, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Fallimento*, 1999

ONIDA, *Economia d'Azienda*, Torino, 1971

OPPO, *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide*, in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1992

ORLANDI e BAGAGLIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (articolo 182-bis l. fall.): effetti di natura civilistica, fiscale e contabile*, in *Fisco*, 2006

PACCHI, *Provvedimenti cautelari e conservativi su richiesta del debitore in attesa di un accordo di ristrutturazione*, in *Dir. fall.*, 2011

PAJARDI - PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008

PALUCHOWSKI, *L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del tribunale nel giudizio di omologazione*, in *Fallimento*, I, 2011

PANZANI, *La gestione sta giudiziale dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 1997

PATTI, *Crisi di impresa e ruolo del giudici*, Milano, 2009

PEÑAS MOJANO MARÌA JESÙS, *El derecho concursal español. La ley concursal de 9 de julio de 2003*, in *Dir. fall.*, 2003

PERUGINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: omologazione richiesta da gruppi societari e condizioni di attuabilità (il caso Risanamento). Prime considerazioni*, in *Dir. fall.*, 2010

PÉTEL, *Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, in *J.C.P. éd E.*, 2005

PETRUCCI, *Concordato stragiudiziale*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961

PEZZANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall.: un'occasione da non perdere*, in *Dir. fall.*, 2006, II

PICCINI, SANTORONI, *Crisi d'impresa e riforma della legge fallimentare*, Roma, 2002

PIEPOLI, *Profili civilistici dei covenants*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2009

POLLIO, *La transazione fiscale*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali* diretto da FAUCEGLIA e PANZANI, Torino, 2009

POPOLI-TOLINO, *Banca e Industria*, in *Il governo delle banche in Italia: il commento al testo unico bancario e alla normativa collegata*, a cura di RAZZANTE e LACAITA, Torino, 2006

POSCOVER, *The business in trouble. A workout without bankruptcy*, in *Bus. law.*, 1984

PRESTI, *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2008

- *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, in A.A.V.V., *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di AMBROSINI, Bologna, 2008
- *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2006, I
- *L'articolo 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, in *Fallimento*, 2006
- *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di AMBROSINI, Torino, 2006

PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2008, II

PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, in *Fallimento*, 2007

- *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2006

PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, II, Milano, 1964

PULGAR EZQUERRA, *Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidacion*, in *Derecho Concursal. Estudio sistematico de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, diretto da GARCIA VILLAVARDE, ALONSO UBERA E PULGAR EZQUERRA, Madrid, 2003

RACUGNO, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, in *Trattato di diritto fallimentare* diretto da BUONOCORE e BASSI, Padova, 2010.

- *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2009, I

RAGUSA MAGGIORE, *La partecipazione delle banche al salvataggio delle imprese: profili giuridici*, in *Dir. fall.*, 1995, I

- *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994

RAGUSA MAGGIORE-TORTORICI (a cura di), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali in Italia e in Europa. Prospettive di riforma*, Padova, 2002

RAIS, *Brevi appunti in tema di modifiche all'articolo 182-bis l. fallimentare*, in *www.diritto.it*.

- *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2010, I

RANGONI, *La prévention des difficultés des entreprises nella legge francese di riforma n. 475 e il 10 giugno 1994*, in *Dir. fall.*, 1996, I

REINS, *Rapport*, in *La prevention des défaillances des entreprises*, in *Rev. jur. Comm.*, 2003, n. 9

RINALDI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di SCHIANO DI PEPE, Padova, 2007

RODORF, *Le procedure concorsuali e la par condicio fra diritto positivo usi alternativi e prospettive di riforma*, in *Quaderni del C.S.M.*, Roma, 1988

ROLFI, *Gli accordi di ristrutturazione: profili processuali e ricadute sostanziali*, in *Fallimento*, 2011

- *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da IUDICA e ZATTI, Milano, 2001

ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti)*, in *Dir. fall.*, 2008

- *Crisi d'impresa e responsabilità civile della banca*, in *Fallimento*, 1996

ROSSI, *Crisi dell'impresa: la soluzione giudiziale*, in *Riv. soc.*, 1996

- *Indicatori di bilancio, modelli di classificazione e previsione delle insolvenze aziendali*, Milano, 1988

ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario concorsuale e la tutela creditoria*, in *Fallimento*, 2009

- *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l. fall.*, in *Fallimento*, 2007

SACCO, *La conclusione dell'accordo*, in *I contratti in generale* a cura di GABRIELLI, in *Tratt. contr.*, diretto da RESCIGNO, I, Torino, 1999

SALERNO, *Il principio di separatezza banca-industria e la concorrenza tra ordinamenti giuridici*, in *Dir. banc.*, 2006, I

SANTINI, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alla crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 1998, I

SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990

SAUNDERS, MILLON CORNETT, ANOLLI, *Economia degli Intermediari Finanziari*, Milano, 2007

SAVIOLI, *L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2010

SCARAFONI, *La riforma del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005, I

SCARSELLI, *Le sistemazioni stragiudiziali (ovvero gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani di risanamento delle esposizioni debitorie)*, in *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007

SCHELISINGER, *Convenzioni bancarie di salvataggio*, in *Fallimento*, 1997

- *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995

SCHWARTZ, *Bankruptcy workouts and debt contracts*, in *Journ. Law & Economics*, 1993

SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, I

STANGHELLINI, *Finanziamenti ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010

- *Modelli innovativi nella finanza delle piccole medie imprese*, edito da Assonime, Roma, 2010

- *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Fallimento*, 2008

- *Gli accordi di ristrutturazione e il piano di risanamento*, in *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa*, a cura di JORIO, Milano, 2008, 1

- *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007

- *Creditori "forti" e governo dell'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2006

STASI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2006

TARZIA, *La nuova tutela del debitore e dei finanziatori negli strumenti di prevenzione del fallimento*, in *Dir. fall.*, 2010

- *Quale tutela per gli accordi con il finanziatore nella ristrutturazione dei debiti?*, in *Fallimento*, 2009

- *Pubblico e privato nella gestione dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2002, I

TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006

TEDESCHI-TOSCHI, *Crisi d'impresa tra crisi di sistema e dottrina manageriale*, in *Finanza, marketing e produzione*, 1990

TEODORI, *I modelli di previsione delle insolvenze nell'amministrazione controllata*, in *Riv. dott. comm.*, 1994

TERRANOVA, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I

TERSILLA, *Soluzioni “consensuali” nei concordati: il prepackaged bankruptcy all'italiana*, in *Fallimento*, 2011

TOSI, *La transazione fiscale*, in *Rass. trib.*, 2006

TRACTENBERG, *Saving the mailing franchisor: workouts and bankruptcies*, in *Franchise law journal*, 1992

VALENSISE, *Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di NIGRO SANDULLI SANTORO, Torino, 2010

- *Art.182-bis*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di NIGRO e SANDULLI, Torino, 2006

VALERIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis*, in *Le procedure concorsuali nel nuovo diritto fallimentare* a cura di CAIAFA, Torino, 2009

VATTERMOLI, *DIRITTO DELLA CRISI DELLE IMPRESE*, BOLOGNA, 2009

VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, in *Le nuove procedure concorsuali, dalla riforma organica al decreto correttivo*, a cura di AMBROSINI, Torino, 2008

- *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182-bis l. fall.)*, in *Dir. fall.*, 2007, I

- *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182- bis l. fall.*, in *Dir. fall.*, 2005, I

VETTORI, *Il contratto nella crisi d'impresa*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009

VIETTI MAROTTA DI MARZIO, *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, Itaedizioni, 2008

VISCUSI, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*, in *Banca, borsa, titoli credito*, 2004

VISENTINI, *Principi di diritto commerciale*, Padova, 2006

- *Le convenzioni bancarie di salvataggio in L'impresa in crisi tra liquidazione e conservazione*, a cura di APICE, Roma, 2002

VIVALDI, *Il caso Serafino Ferruzzi s.r.l.*, in *Fallimento*, 1996

WALTERS, *Personal Insolvency after Enterprise Act*, in "Company Law", 2004

WHITE, *Economic analysis of corporate and personal bankruptcy law*, San Diego, 2005

WILKINSON-COHEN-SUTHERLAND, *Creditors' schemes of arrangement and company voluntary arrangements*, in *Insolvency law: theory and practice*, London, 1993

WOOD, *Principles of international insolvency*, London, 1995

ZADRA, *Codice di comportamento fra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi d'impresa* in *Riv. dir. fall.*, 2000, I

ZALABETA DIAZ, *El principio de conservacion de la empresa en la Ley Concursal*, Cisar Menor, 2006

ZANICHELLI, *I concordati stragiudiziali*, Torino, 2010

- *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Relazione svolta a Rovigo il 29 giugno 2010

- *La nuova disciplina del fallimento delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006

ZICCARDI, *Concordato stragiudiziale*, in *Diz. dir. priv.*, a cura di IRTI, 3, Milano, 1981

ZORZI, *La redazione della relazione giurata del professionista ex art. 160 l. fall.*, in *Fallimento*, 2010

- *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali*, in *Giur. comm.*, 2009