

Milano, 23 marzo 2018

Con la presente si attesta che l'avv. Ivan Libero Nocera ha pubblicato un articolo dal titolo "Il criterio del pubblico interesse e l'intervista televisiva nel conflitto tra riservatezza e diritto di cronaca" sul fascicolo n. 5/2013 della Rivista *Il Corriere giuridico*, edita dal Gruppo Wolters Kluwer (ISSN1951-4232) e un articolo dal titolo "Riflessioni civilistiche sull'omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti" sul fascicolo n. 12/2013 della Rivista *Il Corriere giuridico*, edita dal Gruppo Wolters Kluwer (ISSN1951-4232)

Cordiali saluti

Francesco Cantisani

Senior Publishing Manager

Legal & Regulatory

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3

20142 Milano

tel. +390282476009

cell. 3456674284

francesco.cantisani@wolterskluwer.com



Crisi d'impresa

Riflessioni civilistiche sull'omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti

di Ivan Libero Nocera

Il presente contributo muove da una particolare chiave di lettura degli accordi di ristrutturazione dei debiti, figura che si iscrive a pieno titolo nel nuovo diritto della crisi d'impresa, in modo da coglierne le numerose connessioni con le trame del diritto privato, con particolare riguardo al momento dell'omologa.

La natura privatistica degli accordi di ristrutturazione

Nell'armamentario offerto dal legislatore nella stagione delle riforme, l'accordo di ristrutturazione dei debiti delle imprese in crisi di cui all'art. 182-bis l. fall. incarna lo strumento principe in cui si esalta l'incontro tra autonomia negoziale e insolvenza, espressione del nuovo corso che privilegia la volontà dei creditori limitando l'intervento giurisdizionale e i rimedi concorsuali a carattere processual-pubblicistico (1).

L'adozione di una concezione alternativa del diritto fallimentare - basata sul più ampio concetto di stato di crisi nell'ottica della conservazione dell'impresa e con un'accentuata presenza dell'autonomia privata - ha infatti comportato l'oramai diffusa definizione nella letteratura giuridica più recente di "diritto della crisi d'impresa" (2).

Vale premettere come negli accordi di ristrutturazione si verifichino le dinamiche prettamente contrattuali difettando gli elementi tipici che connotano le procedure concorsuali (3). In primo luogo manca una procedimentalizzazione giacché dalla lettera della norma si nota come non sussista un provvedimento di apertura, né sia presente la nomina di organi quali un giudice delegato, un commissario, un amministratore giudiziale, ovvero un comitato dei creditori. Le parti agiscono infatti nel pieno esercizio della loro autonomia contrattuale, stabilendo tempi e modalità della formazione dell'accordo. L'imprenditore in crisi, inoltre, resta *dominus* dell'impresa non realizzandosi alcun spopolamento.

Al pari, difetta il carattere dell'officiosità e non opera la regola della maggioranza, in quanto la circo-

Note:

(1) In generale sul vigore e sulla continua attualità del codice ed in particolare della parte generale del diritto dei contratti si vedano le riflessioni di U. Breccia, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 347; F. D. Busnelli, *Tramonto del codice civile?*, in *AA. Vv.*, *Leggi, giudici, politica. Le esperienze inglesi e italiana a confronto*, Milano, 1983, 211; A. di Majo, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 9; M. Gorgoni *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005, 211.

(2) Ciò emerge da numerosi indici della nuova normativa, quali, tra gli altri, l'implementazione degli accordi di ristrutturazione con la protezione *ope legis* dalle azioni esecutive e cautelari, l'agevolazione all'accesso al concordato preventivo, il riconoscimento della facoltà al fallito di presentare una proposta di concordato fallimentare entro un anno dalla declaratoria.

(3) Sia consentito in merito il rinvio a I. L. Nocera, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2012, 376. Si vedano, inoltre, le lucide riflessioni di S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. Cottino, *Tratt. di dir. comm.*, Padova, 2008, 172; G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero la sindrome del teleobiettivo*, cit., 561; Id., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, I, 12; A. Nigro - D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 382; C. Proto, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, in *Fallimento*, 2006, 193; M. Fabiani, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182 bis l. fall.*, in *Foro it.*, 2006, I, 2566; A. Castiello d'Antonio, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in *Dir. fall.*, 2008, 609; M. Sciuto, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 347; A. Patti, *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, 104. Per una differente visione si vedano *ex multis* le riflessioni di A. di Majo, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall.*, in questa *Rivista*, 2010, 2, 245, e E. Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, 151. Cfr. in giurisprudenza gli spunti offerti da Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, e Trib. Milano, 21 dicembre 2005, entrambi in *Fallimento*, 2006, 669; Trib. Milano, 23 gennaio 2007, *ivi*, 2007, 701; Trib. Udine, 22 giugno 2007, *ivi*, 2008, 701 e Trib. Piacenza, 2 marzo 2011, in www.ilcaso.it.

stanza che essa sia raggiunta con il sessanta per cento dell'esposizione debitoria rappresenta solo una soglia di rilevanza esterna ed oggettiva di affidabilità del tentativo di risanamento. Tale percentuale integra una condizione per l'omologazione (4), potendo di conseguenza essere conseguita anche quando gli accordi sono già in corso di esecuzione (5).

La mancata soggezione alle regole concorsuali non si arresta, peraltro, neppure alla deroga al principio della *par condicio creditorum* là dove ciascun creditore raggiunge un accordo con l'imprenditore convenendo qualsiasi tipo di trattamento del suo credito. Del resto, tale caratteristica non rappresenterebbe un elemento sufficiente a collocare gli accordi di ristrutturazione al di fuori del perimetro delle procedure concorsuali, visto che è nota nel concordato preventivo la facoltà di suddividere i creditori in classi, nel rispetto dei criteri della posizione giuridica e dell'omogeneità degli interessi economici.

Infatti, l'istituto *ex art. 182-bis l. fall.* non coinvolge tutti i creditori, i quali non sono organizzati come collettività dei creditori ma come somma di tante teste. Risulta dunque assente anche l'elemento di universalità proprio delle procedure concorsuali. Di conseguenza l'imprenditore in crisi può regolare, nel pieno rispetto dell'autonomia privata, la definizione dei rapporti al fine di ottenere un sufficiente numero di consensi e scegliere i creditori cui proporre l'accordo.

Tuttavia, il tratto precipuo che vale a distinguere gli accordi di ristrutturazione dalle procedure concorsuali è la mancanza della finalità di regolazione del dissesto in ossequio al principio del concorso. L'istituto di cui all'*art. 182-bis l. fall.*, benché presenti l'inibizione delle azioni individuali, non presenta una concorsualità né di ordine processuale, come volta a preservare la *par condicio creditorum*, esauendosi nell'attuare il principio di universalità della responsabilità patrimoniale, né di ordine sostanziale, volta ad assicurare una gestione unitaria della crisi approntando un regime normativo quale quello che disciplina l'espressione del voto nel concordato preventivo (6). Infatti, difetta una sovrastruttura che vigila sulla gestione e sulla regolare attuazione degli accordi che il giudice deve omologare, e inoltre il divieto di esperire azioni esecutive e cautelari ha un'efficacia limitata a sessanta giorni.

Dopo la recente riforma di cui alla legge n. 122 del 2010 che ha introdotto la sospensione delle azioni esecutive al pari dell'*art. 168 l. fall.* in tema di concordato, e la successiva del 2012, si ritiene di poter ribadire il carattere negoziale degli accordi di ristrutturazione.

Infatti, sebbene autorevole dottrina parli di "mutazione genetica" dell'istituto (7), o di *sub-concordato semplificato* (8), non si riscontrano giustificazioni tali da poter inferire dalla protezione della fase delle trattative e dalla prededucibilità dei finanziamenti - tanto meno dalla possibilità di passaggio dal concordato preventivo c.d. "con riserva" all'accordo di ristrutturazione e viceversa, prevista dall'*art. 161, comma 6, l. fall.* - una ricostruzione dell'istituto quale "simulacro" di procedura concorsuale.

Note:

(4) In tal senso si vedano C. Proto, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, in *Fallimento*, 2006, 189; F. Dimundo, *Accordi di ristrutturazione dei debiti. La «meno incerta» via italiana alla «re-organization»?*, in *Fallimento*, 2007, 710; D. Manente, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis l. fall. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, in *Dir. fall.*, 2008, 309; A. Coppola, *Aspetti pratici dell'accordo per la ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. e prime soluzioni giurisprudenziali*, cit.. In giurisprudenza si veda Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, 136, e Trib. Piacenza, 2 marzo 2011, in *www.ilcaso.it*. L'opinione contraria secondo la quale l'ottenimento della percentuale minima come requisito deve sussistere prima dell'omologazione, per cui le eventuali adesioni dei creditori pervenute successivamente non sanerebbero il mancato raggiungimento della soglia del sessanta per cento è supportata da G. B. Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 675; P. Valensise, *Sub art. 182 bis, cit.*, 1100; M. Ferro, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Id. (a cura di), La legge fallimentare*, II, Padova, 2008, 1428; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, 895; G. U. Tedeschi, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 577; ed in giurisprudenza Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, 669; App. Trieste, 4 settembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, 297.

(5) Si veda in merito G. Minutoli, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fallimento*, 2008, 1054.

(6) Sul punto infatti V. De Sensi, *La concorsualità nella gestione delle imprese in crisi*, cit., 236, definisce la concorsualità come «un regime giuridico di disciplina di situazioni generalmente caratterizzate da conflittualità tra più soggetti e che non è funzionale in termini esclusivi rispetto al concorso, andando ad abbracciare obiettivi più ampi che oggi sono anche di tipo gestionale e partecipativo».

(7) Opina in tal senso M. Fabiani, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, 899, il quale aggiunge che dopo la recente riforma si accentua la «innaturale complessità duale» degli accordi, i quali costituiscono un istituto «a metà del guado». Sostiene come acquisita, dopo l'ultima riforma, la qualificazione degli accordi di cui all'*art. 182-bis l. fall.* alla stregua di una procedura concorsuale G. Terranova, *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *Dir. fall.*, 2012, 1; A. Didone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis legge fallim.) (presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, in *Dir. fall.*, 2011, 17, sulla scorta di precedente dottrina tra cui cfr. E. Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, *passim*; S. Bonfatti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in S. Bonfatti - P. F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, p. 480.

(8) Così, P. Valensise, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, 23.

Al contrario, parrebbe potersi ribadire la natura preponderantemente negoziale degli accordi anche alla luce della circostanza che il legislatore, pur consapevole del dibattito al riguardo, non sia intervenuto con una esplicita previsione in senso concorsuale, come ha fatto in relazione agli accordi di ristrutturazione nella composizione delle crisi da sovraindebitamento di cui all'art. 14 della legge, 27 gennaio 2012, n. 3 (9). Benché sia diffusa l'opinione che qualifica il procedimento di concessione della protezione della fase delle trattative come un procedimento cautelare in senso tecnico (10), strumentale alla successiva fase di merito, si osserva come si tratti invece di una misura automatica che deriva non da un provvedimento giudiziale ma direttamente dalla legge, e che termina necessariamente dopo sessanta giorni dalla pubblicazione, dopo i quali il diritto dei creditori di aggredire il patrimonio dell'imprenditore si riespande.

Mentre la moratoria delle azioni esecutive conseguenti alla data di presentazione del ricorso ai fini del concordato preventivo è volta ad evitare la concorrenza tra azioni esecutive individuali e collettive, assicurando ai creditori il mantenimento della *par condicio* in caso di eventuale apertura del fallimento, negli accordi di ristrutturazione la sospensione è meramente funzionale a facilitare la riuscita dell'operazione, proteggendo l'accordo dall'azione dei creditori c.d. *free riders*.

Il legislatore della riforma, inoltre, ha voluto porre l'imprenditore più che l'accordo in una "campana di vetro" in vista dell'omologazione, in quanto la proposta di accordo depositata ai sensi del comma 6 dell'art. 182-bis l. fall., potrebbe essere anche totalmente differente dall'accordo depositato ai fini dell'omologa, senza che sussista alcun obbligo di corrispondenza.

Permangono, quindi, intatti i caratteri peculiari che valgono a connotare in senso privatistico gli accordi di ristrutturazione, posto che l'imprenditore, senza che intervenga alcuno spopolamento, ha facoltà di scegliere in piena autonomia le controparti creditorie al di fuori di ogni regola concorsuale, determinando altresì il contenuto dell'accordo, in assenza di un provvedimento di apertura o della nomina di organi della procedura e in spregio ad ogni principio di concorsualità e di *par condicio creditorum* (11).

Inoltre, l'introduzione dell'art. 182-*quater* l. fall. non va intesa nel senso di ribadire la disposizione di cui all'art. 111 l. fall., volendo il legislatore affermare la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione. La nuova disposizione introdotta, infatti, non assolve ad una funzione essenzialmente interpretativa,

chiarendo che tra i crediti "sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge" ex art. 111, trovano posto anche i crediti originati in esecuzione di un accordo di ristrutturazione. Se così fosse infatti non si comprenderebbe perché la nuova disposizione riconosca il beneficio della prededuzione anche ai finanziamenti effettuati per un concordato preventivo, di cui non è stata mai messa in dubbio l'appartenenza alle procedure concorsuali.

La novella acquisterebbe significato dunque solo se si limitasse la portata dell'art. 111 l. fall. esclusivamente alle spese strumentali ad una procedura concorsuale, ponendosi in linea con la lettera dello stesso articolo anteriore alla riforma, dove si ritenevano prededucibili "il pagamento delle spese (...) e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa". In tal modo si giustificerebbe il nuovo art. 182-*quater* l. fall., riconoscendogli una forte e autonoma portata innovativa, funzionale ad estendere il beneficio della prededuzione sia per il concordato preventivo che per gli accordi di ristrutturazione dei debiti (12). Per quanto attiene alla possibilità di commutazione alternativa tra concordato e accordo di ristrutturazione, in virtù delle concrete circostanze che l'imprenditore in crisi si trova a registrare, è singolare ritenere che dalla concessione al debitore di passare dal deposito del solo ricorso recante la domanda di concordato al successivo deposito dell'istanza di omologazione di un accordo di ristrutturazione possano derivare effetti sulla natura degli accordi di ristrutturazione. Tale possibilità, infatti, non interferisce in alcun modo con l'essenza negoziale dell'istituto ex art. 182-*bis*.

Note:

(9) Infatti, al fine di marcare la differenza tra gli accordi ex art. 182-*bis* l. fall. e gli accordi di ristrutturazione nelle crisi da sovraindebitamento, questi ultimi sono definiti "procedura deliberativa concorsuale" da F. Di Marzio, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, in *La «nuova» composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Il civilista (Speciale Riforma)*, 2013, 11.

(10) In tal senso G. B. Nardecchia, *Sub art. 182-bis l. fall.*, in C. Cavallini, *Commentario alla legge fallimentare*, III, Milano, 2010, p. 833.

(11) Ribadisce la natura privatistica degli accordi G. Carmellino, *Riflessioni sul procedimento cautelare ex art. 182 bis, sesto comma*, in *Fallimento*, 2011, 1222, e in giurisprudenza l'analitica motivazione del recente arresto del Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in www.ilcaso.it.

(12) Si veda sul punto P. Barontini, *I rapporti tra accordi di ristrutturazione e dichiarazione di fallimento: sospensione dell'azione esecutiva o pregiudizialità tra procedure concorsuali*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 199.

Segue. Gli effetti nei confronti dei creditori non aderenti

Tanto meno vale affermare, a sostegno della natura concorsuale degli accordi, che la ristrutturazione si estenderebbe ai creditori non aderenti in quanto il pagamento integrale dei creditori estranei rappresenterebbe un elemento fondante l'accordo stesso. Infatti, l'assicurazione dell'integrale pagamento per i creditori che non sottoscrivono l'accordo è una condizione dell'omologabilità della ristrutturazione, ovvero un requisito *ex lege* per ottenere l'esenzione dall'azione revocatoria. In altre parole, l'integrale soddisfazione dei creditori estranei rileva non in quanto requisito dell'atto, bensì come condizione esterna ad esso, non certo integrante una condizione di validità (13). Pertanto, un accordo di ristrutturazione sarà pienamente valido anche se, pur non prevedendolo esplicitamente, di fatto si dimostri idoneo a permettere il pagamento integrale dei creditori estranei. Del resto, è facile constatare come il pagamento dei creditori non aderenti all'accordo verrà effettuato non certo in forza dell'accordo di ristrutturazione, bensì troverà fonte in fatti causativi esterni e preesistenti ad esso.

Al pari, non si può ritenere rilevante ai fini della qualificazione la c.d. moratoria di pagamento fino a quattro mesi per i creditori estranei, prescritta dall'ultima riforma del 2012 all'art. 182-bis l. fall.: il contratto di cui all'art. 182-bis l. fall. produce infatti certamente effetti *ultra vires* sul piano oggettivo, ma non su quello soggettivo (14).

In particolare, la norma che prescrive una c.d. moratoria di quattro mesi non impone un differimento operante *ex lege* dell'originario termine di scadenza dell'obbligazione, ma incide sul profilo dell'esigibilità dei crediti, i quali non saranno esigibili benché scaduti.

Peraltro, lo stesso art. 1372 c.c. nell'escludere che il contratto produca effetti per i terzi, fa salvi i casi previsti dalla legge. Pertanto, l'accordo di ristrutturazione anche dopo l'introduzione della c.d. moratoria per i creditori estranei, resta una *res inter alios acta*, coerentemente con l'assunto, affermato dalla nota pronuncia di legittimità sul c.d. caso Meroni, per cui il principio dell'art. 1372 c.c. non riguarda "gli effetti riflessi che il contratto, per il solo fatto della sua esistenza, può produrre anche fuori della sfera giuridica dei contraenti" (15).

In proposito, peraltro, occorre rilevare come non possa adottarsi la qualificazione degli accordi di ristrutturazione in termini di procedura concorsuale quale soluzione alla pretesa incostituzionalità della

previsione che stabilisce la suddetta moratoria ai creditori non aderenti, come pure ha sostenuto certa dottrina la quale ha ritenuto leso il diritto costituzionale di difesa (16). Infatti, non si può certo far discendere l'incostituzionalità o meno di una norma dalla natura giuridica attribuita all'istituto disciplinato (17).

Del resto, i quattro mesi della c.d. moratoria introdotti dalla novella del 2012 rispondono alla stessa esigenza di tutela dell'operazione di ristrutturazione già vista a proposito della sospensione delle azioni esecutive e cautelari su analizzata.

Le condizioni previste dall'accordo omologato non si propaleranno quindi ai creditori estranei, in quanto è assente un meccanismo che permette di imporre la volontà di alcuni creditori, attraverso il necessario passaggio giudiziale, ad altri dissenzienti, al pari di quanto previsto dall'art. 177 l. fall. per il concordato preventivo. Tanto è vero che i creditori dissenzienti potranno aggredire ed escutere il patrimonio del debitore, tranne i pagamenti, gli atti e le garanzie in esecuzione dell'accordo, anche dopo che sia intervenuta l'omologazione giudiziale.

Il divieto di azioni esecutive e cautelari durante la negoziazione - a tutela della *discovery* del debitore - e la previsione della prededucibilità dei crediti originati dai finanziamenti non costituiscono, dunque, altro che un aumento di quell'"ombrello protettivo"

Note:

(13) In tal senso, cfr. G. Vettori, *Il contratto sulla crisi d'impresa*, in F. Di Marzio - F. Macario (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2011, 233, *contra* A. Didone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis legge fallim.) (presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, in *Dir. fall.*, 2011, 8, che lo considera un requisito per l'omologa.

(14) In argomento, valgono le osservazioni ancora di A. Didone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 33; A. Gentili, *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell'accettazione del concordato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 349; Id., *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 633.

(15) In tal senso cfr. Cass., sez. un., 16 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, p. 142. Nella stessa decisione si legge che l'art. 1372 c.c. «statuendo che, salvi i casi previsti dalla legge, il contratto non produce effetto rispetto ai terzi, significa soltanto che, in ossequio al principio di autonomia contrattuale, il contratto non può produrre gli effetti, che esso è destinato a creare ed in vista dei quali è stato stipulato, a vantaggio o a danno di altri soggetti che non abbiano partecipato alla sua formazione: quel che la norma esclude è, dunque, soltanto l'indebita proiezione degli effetti propri del contratto nella sfera giuridica dei terzi».

(16) Si veda, in merito, L. Lamanna, *Il c.d. Decreto Sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.lfallimentarista.it; e M. Fabiani, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in www.ilcaso.it, 2012.

(17) In tal senso cfr. S. Ambrosini, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Bologna, 2012, 110.

che già nella versione originaria dell'istituto comprendeva l'esenzione dalla revocatoria. In particolare con l'anticipazione della fase di moratoria delle azioni il giudice effettua un controllo, affine a quello in sede di omologa, della presenza dei requisiti richiesti dal modello legale.

Vi è certamente una maggiore proceduralizzazione degli accordi di ristrutturazione, ma l'intervento del Tribunale è solo eventuale e costituisce un controllo pur sommario sugli stessi presupposti oggetto del giudizio di omologazione, benché anticipato rispetto a quest'ultimo, limitandosi infatti ad una valutazione meramente volta a prevenire gli abusi e le proposte con funzione meramente dilatoria.

In particolare, l'Autorità giudiziale nel corso delle trattative, solo però su richiesta del ricorrente, è tenuta a valutare la "completezza della documentazione", effettuando, inoltre, con un controllo di legalità riferito ai presupposti richiesti dalla norma (18). Qualora la documentazione si riveli incompleta il giudice dichiara inammissibile l'istanza oppure chiede l'integrazione documentale, altrimenti fissa l'udienza per la comparizione del debitore e dei creditori entro trenta giorni dal deposito dell'istanza che determina la litispendenza.

Quindi il Tribunale si pronuncia nel corso dell'udienza e, se sussistono i requisiti della maggioranza dei creditori e dell'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo, dispone il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari assegnando il termine per il deposito dell'accordo e della relazione. In questa sede il giudice effettua un controllo di legalità e di correttezza in relazione ai requisiti per ottenere l'omologa, fondato solo sulla dichiarazione del professionista circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono pendenti trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare.

Nel giudizio di omologazione, dove è presente invece una relazione del professionista, l'Autorità giudiziale esegue un controllo più approfondito non più su una proposta ma su un accordo concluso con i creditori, verificandone l'attuabilità e soffermandosi sulla valutazione di esso offerta da parte dell'esperto, con particolare riferimento al pagamento dei creditori estranei, ma senza poter sindacare la probabilità di successo dell'operazione.

Il giudice, pertanto, non assume una funzione "interventista", affiancandosi al suo ruolo di "stabilizzatore" che già gli competeva attraverso il giudizio di omologazione, un ruolo di "facilitatore" dell'accordo, proteggendolo dalle azioni esecutive e cautelari nel corso della sua formazione (19).

Ad ulteriore riprova della mancata inclusione degli accordi di ristrutturazione dei debiti tra le procedure concorsuali, vale ricordare che nell'ultima versione (datata 24 luglio 2008) dell'allegato A del Regolamento CE 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza transfrontaliere, successiva alla novella del 2007 che ha introdotto la sospensione delle azioni dalla data della pubblicazione, la figura di cui all'art. 182-bis l. fall. non è annoverata tra gli *insolvency proceedings* contenuti nell'elenco delle denominazioni delle procedure di insolvenza nella legislazione degli Stati membri (20).

Peraltro, con la recente legge n. 111 del 2011 il legislatore ha stabilito che gli imprenditori agricoli, pacificamente esonerati dal fallimento, possono invece sfruttare l'istituto degli accordi di ristrutturazione, dando la possibilità anche a tale tipologia imprenditoriale di accedere ad un istituto di composizione negoziale anche se non assoggettabile alle ordinarie procedure concorsuali.

Il legislatore, dunque, si limita a incoraggiare i creditori a continuare i rapporti con il debitore e a promuovere l'erogazione della c.d. "nuova finanza", creando un regime di favore per un particolare contratto, ritenuto meritevole di tutela, nell'ambito della crisi d'impresa, al pari di quanto accade ad esempio quando il fallimento si interseca con il contratto preliminare di immobile da costruire. Il contratto è quindi avvolto da una sovrastruttura proce-

Note:

(18) In proposito, la decisione del Trib. Roma, 4 novembre 2011, in www.ilcaso.it, ha affermato che «l'inibitoria di cui all'articolo 182 bis, comma 6, legge fallimentare - pur essendo un provvedimento cautelare emesso all'esito di un giudizio a carattere sommario e di natura prognostica - non può essere evidentemente affidata ad un controllo solo formale sulla sussistenza della documentazione richiesta dovendo, invece, il giudice effettuare una verifica anche sostanziale sulla ricorrenza "dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma" nonché "delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare"». Nello stesso senso cfr. Trib. Roma, 13 marzo 2012, in www.unijuris.it.

(19) Tale terminologia è utilizzata da L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 314. Una funzione analoga è assolta dal giudice nell'ambito della procedura francese di *conciliation* dove gli artt. L. 611-8, comma 2, n. 3, e L. 611-7, comma 5 del *Code de commerce*, che riconoscono al giudice il potere di esercitare la facoltà di imporre al creditore una dilazione con una sospensione delle azioni esecutive ai sensi degli artt. 1244-1, 1244-2 e 1244-3 *Code civil*.

(20) Tanto meno nella proposta di regolamento del Consiglio, presentata l'8 maggio 2008 dalla Commissione al fine di modificare gli allegati A e B del Regolamento CE 1346/2000 in seguito a riforme delle normative concorsuali di alcuni Stati membri, si riscontra il riferimento agli accordi di ristrutturazione della disciplina italiana.

dimentale che assicura una protezione interinale - per mezzo della tutela dalle azioni esecutive e cautelari - e finale - mediante l'esenzione dalla revocatoria degli atti esecutivi dell'accordo -, senza tuttavia alterare la natura negoziale dell'istituto (21).

Nell'ultima riforma in ordine di tempo, intervenuta nel 2012, è stato introdotto l'art. 182-*quinquies*, in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti. In particolare, all'ultimo comma, si prevede che il debitore che presenta l'accordo di ristrutturazione possa chiedere al tribunale di essere autorizzato ad effettuare pagamenti a favore di creditori anteriori in relazione a prestazioni decisive per la prosecuzione dell'attività quando vi sia un'utilità certificata da un professionista munito dei requisiti di cui all'art. 67 l. fall.

Apparentemente questa norma potrebbe rappresentare un argomento a favore della natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione, giacché il debitore per compiere determinati atti è ora sottoposto all'autorizzazione del giudice. Tuttavia, ad un'analisi più profonda della norma, avvalendosi dell'interpretazione sistematica e funzionale, emerge come la finalità di questa disposizione sia quella di precostituire un'ulteriore causa di esenzione dalla revocatoria orientata nello stesso senso di quella prevista dall'art. 67, 3° comma lett. e). Pertanto, per favorire il salvataggio dell'impresa in crisi si prevede l'esonero dall'azione revocatoria fallimentare. Sono esentati dal rischio della revocatoria sia gli atti posti in essere in esecuzione degli accordi, sia gli atti funzionali agli accordi stessi.

L'efficacia sottoposta alla condizione della mancata omologazione

Vale dunque ribadire come si tratti di un istituto caratterizzato sostanzialmente come contratto di diritto privato, che tuttavia presenta anche un momento pubblicistico. Infatti, al fine di ottenere l'esenzione dalla revocatoria nell'eventuale procedimento concorsuale e di proteggere l'accordo da azioni esecutive e cautelari - cui erano esposti i tradizionali concordati stragiudiziali - è contemplata una forma di controllo da parte dell'Autorità giudiziaria che ne decreta l'omologazione dopo aver verificato il rispetto di tutte le condizioni di legge.

Il giudice assume però una funzione stabilizzatrice, non più *iudex gestor* ma *iudex statutor* (22), limitandosi ad apporre una sorta di *imprimatur* all'accordo già perfezionato dalle parti, se, in assenza di opposizioni fondate, riscontra il rispetto di determinati requisiti (consenso con i creditori che rappresentano

almeno il sessanta del passivo, documentazione indicata dall'art. 161 l. fall., relazione di attuabilità dell'accordo redatta da un professionista con particolare riferimento all'idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo) (23), affrancandolo dall'azione revocatoria ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. e) l. fall.

Tuttavia, la finalizzazione del contratto all'omologa non è necessariamente riscontrabile, posto che l'accordo risulta valido ed efficace anche prima dell'omologazione e a prescindere da essa. È infatti ben possibile che i contraenti vogliano in ogni caso vincolarsi al regolamento negoziale: occorre dunque distinguere tra effetti negoziali ed effetti legali degli accordi di ristrutturazione.

Note:

(21) Sul punto si veda F. di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, 135.

(22) Il giudice non esercita infatti alcun controllo sulla gestione del debitore dopo il deposito dell'accordo o dopo l'omologazione, né la legge stabilisce un trattamento predeterminato o comunque paritario dei creditori aderenti. Si veda in merito Trib. Roma, 16 ottobre 2006, cit., 187, e in dottrina le riflessioni di L. Stanghellini in *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 316 e G. Tarzia, *Pubblico e privato nella gestione dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2002, 259.

(23) In relazione ai poteri del tribunale nel giudizio di omologazione si è registrata sia in dottrina che in giurisprudenza una dicotomia tra chi ritiene che oggetto del controllo giudiziale debba essere il merito e chi invece afferma che lo stesso si debba limitare ad una verifica di mera legalità. Tuttavia si ritiene opportuno, in accordo con il ruolo di garanzia assunto dal giudice, che il tribunale non rivesta una funzione meramente certificativa (come sostengono le prime pronunce del Trib. Salerno, 2 giugno 2005, in *Fallimento*, 2005, 1297, con nota di G. Fauceglia; Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Dir. fall.*, 2006, 536, con nota di A. Caiafa e Trib. Milano, 15 dicembre 2005, in *Dir. fall.*, 2006, 674, con nota di A. Pezzano), bensì che effettui un controllo relativo alla legittimità della domanda, la quale comprende la verifica dei presupposti, il rispetto delle condizioni procedurali e l'attuabilità del piano di risanamento con un giudizio prognostico *ex ante*, senza tuttavia sindacare in alcun modo la convenienza economica del contenuto entrando "a gamba tesa" nell'ambito dello spazio riservato alla libera contrattazione delle parti. La soluzione di un giudizio di legittimità sostanziale è confermata dalla scelta di forme camerali "pure", la quale esclude poteri tali da permettere una valutazione penetrante da parte del tribunale. Si vedano in merito E. Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., 159; C. Proto, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, cit., 189; G. B. Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2006, 676; S. Ambrosini, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 2557; M. Fabiani, *Le trasformazioni della legge fallim.*, in *Foro it.*, 2005, V, 153; ed in giurisprudenza le recenti Trib. Milano, 24 gennaio 2007, in *Fallimento*, 2007, 701, con nota di F. Dimundo; Trib. Ancona, 12 novembre 2008, e Trib. Rimini, 20 marzo 2009, entrambe le decisioni disponibili nel sito www.il caso.it, 2009. Si segnala invece G. Bozza, in *Il giudizio di omologazione, la chiusura della procedura e il regime transitorio*, in *Fallimento*, 2005, 1325, il quale reputa sostanzialmente assente il controllo giudiziario nell'ambito della procedura stabilita dall'art. 182-bis l. fall.

Peraltro, nulla osta a che i creditori siano del tutto esclusi dall'iniziativa della richiesta di pubblicazione e di omologazione del contratto, rimanendo estranei, se non inconsapevoli, all'istanza del debitore, unico ad avere la legittimazione processuale a proporre la domanda. È al contempo ammissibile, peraltro, che l'efficacia dell'accordo non sia stata subordinata dalle parti al perfezionamento del procedimento di cui all'art. 182-bis l. fall., sebbene i contraenti abbiano rispettato i requisiti normativamente previsti, destinando il contratto al conseguimento degli effetti legali derivanti dal procedimento regolato dalla legge fallimentare (24).

Nella prassi, tuttavia, si osserva che i contraenti sottopongono l'efficacia dell'accordo ad una condizione risolutiva espressa, indicando quale evento condizionante la mancata omologazione, e quindi la non produzione dei relativi effetti legali, con la conseguente dichiarazione di fallimento (25).

Questa pratica era già presente nell'imperio del codice di commercio del 1882, laddove certa dottrina riteneva implicita nel concordato amichevole (26) la condizione risolutiva che il fallimento non fosse dichiarato; in caso contrario si pensava che in ipotesi di sopravvenuto fallimento si sarebbero effettuati pagamenti in pregiudizio della massa fallimentare (27). Tale elemento accidentale si reputava dunque sussistente fino a che la stessa dichiarazione risultasse ammissibile su istanza di terzi o di un creditore, in quanto il fallimento era considerato l'unico evento idoneo a produrre la risoluzione del concordato. Questo era ritenuto un contratto unilaterale ai sensi dell'allora art. 1100 c.c., secondo il quale assumono tale configurazione i contratti in cui le parti si obbligano nei confronti di altre, senza che queste assumessero obbligazioni.

Nel vigore della normativa del '42, a chi constatava in punto di diritto che un elemento accidentale dovesse essere espressamente previsto dalle parti (28), ha fatto riscontro la prassi contrattuale di subordinare l'efficacia dei concordati stragiudiziali alla condizione risolutiva espressa che il debitore non sia dichiarato fallito. Tale pratica perseguiva il chiaro duplice scopo di evitare che, in caso di apertura della procedura di insolvenza, i creditori si trovassero vincolati nelle loro pretese alle limitazioni quantitative e temporali previste dall'accordo, e rimanessero sotto il giogo dell'eccezione del *pactum de non petendo* il quale costituisce un'ipotesi atipica di rinuncia all'esercizio del diritto (29). La questione della sussistenza della relazione tra dichiarazione di fallimento, inadempimento e risoluzione del concordato stragiudiziale rimaneva dunque confinata ai casi in

cui le parti non avessero espressamente previsto alcuna clausola condizionante.

Note:

(24) Si vedano in merito V. Roppo, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio* (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), in *Dir. fall.*, 2008, I, 370; P. Valensise, *Sub art. 182 bis*, in L. Nigro - M. Sandulli, *La riforma della legge fallimentare*, Napoli, 2006, 1098; V. Bellucci, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (prima e dopo il decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007)*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 498. *Contra cfr.* App. Trieste, 4 settembre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, 297, con nota di D. Manente.

(25) Sulla qualificazione di tale condizione come sospensiva ovvero risolutiva non vi registrano posizioni univoche in dottrina. Infatti mentre per M. Sciuto, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 342, e G. Verna, in *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182 bis legge fallim.)*, in *Dir. fall.*, 2007, 942, si tratta di una condizione sospensiva, E. Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., 121, e F. Innocenti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2007, 938, sostengono l'ipotesi di una condizione risolutiva. In merito alla qualificazione della condizione la Cassazione ha affermato che «ai fini della distinzione tra condizione sospensiva e risolutiva, occorre aver riguardo più che alla qualifica che le attribuiscono le parti, alle modalità da esse stabilite per il regolamento del rapporto nello stadio di pendenza della condizione. Tale accertamento costituisce un'indagine di fatto, riservata al giudice di merito, che può essere censurata in sede di legittimità soltanto per vizi di motivazione» (così Cass., 17 agosto 2000, n. 10921, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 1812). Ora premettendo che la condizione sospensiva negativa si può trasformare in una condizione risolutiva positiva, nella prassi sarà molto più frequente che si subordini la risoluzione del contratto all'eventualità che si dichiarino il fallimento del debitore ovvero che si condizioni l'efficacia dell'accordo alla sua omologazione, più che si deduca sotto condizione sospensiva l'evento della mancata dichiarazione d'insolvenza. Ai fini della qualificazione della condizione bisognerà dunque indagare se le parti abbiano dato immediata esecuzione alla realizzazione del programma contrattuale senza attendere l'omologa (in tal caso l'eventuale condizione sarà risolutiva) o se viceversa attendano l'imprimatur giudiziale per rendere efficace l'accordo di ristrutturazione.

(26) Giova ricordare come il codice del 1882 prevedeva unicamente una forma di concordato amichevole successivo alla dichiarazione di fallimento, stabilendo che «in ogni stadio della procedura di fallimento può aver luogo un concordato tra il fallito ed i suoi creditori, se tutti vi acconsentano» (art. 830). Tuttavia era rimesso all'autonomia contrattuale il contenuto delle singole pattuizioni, potendo dunque essere previsto un trattamento diverso e diseguale tra i vari creditori.

(27) Tale posizione appoggiata da autorevoli commentatori quali U. Ramella, *Trattato del fallimento*, II, Milano, 1915, 370; A. Brunetti, *Diritto fallimentare*, Roma, 1932, 611; L. Rocchi, *Sul concordato amichevole e stragiudiziale*, in *Foro it.*, 1934, I, 867; G. Bonelli, *Del fallimento*, in V. Andrioli (a cura di), *Commentario al cod. comm.*, III, Milano, 1939, 42 e 50, e successivamente da G. De Semo, *Diritto fallimentare*, Padova, 1948, 479, trovava conforto in giurisprudenza da Cass., 11 aprile 1931, in *Mass. Giur. it.*, 1931, 282 e App. Milano, 19 giugno 1934, in *Dir. fall.*, 1935, 340.

(28) Così C. Petrucci, voce *Concordato stragiudiziale*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 523, G. Montesano, *Il concordato stragiudiziale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1974, I, 497; A. Castana, *La cessione dei beni ai creditori nelle diverse fattispecie*, Milano, 1957, 111.

(29) In tema cfr. L. Bozzi, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, 167.

La pronuncia della Cassazione, che tratta in maniera analitica l'istituto dei concordati stragiudiziali (30), aveva individuato nell'interesse a rimuovere lo stato d'insolvenza del debitore il motivo che spinge ciascun contraente ad aderire all'accordo. Tale motivo secondo gli ermellini assurgerebbe a condizione implicita di ciascun singolo negozio che compone il concordato (31), condizione che viene in maniera imprecisa accomunata alla presupposizione (32). Si sposava dunque la posizione che considera l'evento della mancata dichiarazione di fallimento, con riferimento ad uno stato di insolvenza anteriore alla stipulazione degli accordi stessi, dedotto in condizione sospensiva.

In tal modo, tuttavia, si confondeva oltremodo il quadro, assimilando un elemento accidentale, quale appunto la condizione, al motivo e alla presupposizione (33). A tale tesi si opponeva quindi la già esaminata dottrina che qualificava l'intento di evitare il fallimento come causa dell'accordo stragiudiziale e non come suo motivo, facendo derivare quindi dal fallimento sopravvenuto l'inefficacia del concordato stragiudiziale (34).

Questo orientamento era censurato sia nel suo fondamento - ritenendo peraltro l'idoneità a sottrarre l'imprenditore al fallimento mero effetto del negozio e non causa (35) - sia nei suoi corollari, là dove la mancanza di causa dovrebbe provocare non l'inefficacia bensì l'invalidità del concordato. Quest'ultima, tuttavia, sarebbe conseguenza di un elemento sopraggiunto al perfezionamento del contratto, che potrebbe, fra l'altro, derivare da fattori esterni alle parti contraenti (36).

Più correttamente, altra dottrina qualificava il fallimento successivo alla stipulazione di un concordato stragiudiziale quale evento idoneo a provocare la risoluzione dell'accordo data l'impossibilità sopravvenuta di eseguire la prestazione. Infatti, il debitore in conseguenza della dichiarazione d'insolvenza non godrebbe più della facoltà di disporre e amministrare i propri beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 42 l. fall., e conseguentemente cadrebbe nelle secche dell'impossibilità di adempiere. D'altro canto, i creditori ben potrebbero invocare l'eccezione d'inadempimento prevista dall'art. 1460 c.c., liberandosi quindi dal vincolo sottoscritto nel concordato (37).

Tuttavia, la proponibilità del rimedio della risoluzione in caso di sopraggiunto fallimento non spiegherebbe

di accordi collegati, ma il riferimento all'interesse ad evitare il fallimento quale motivo o presupposizione può anche essere applicato in caso di contratto plurilaterale.

(32) Si esprimono qualificando come presupposizione dell'accordo stragiudiziale l'interesse ad evitare il fallimento G. Villa, *Aspetti negoziali del concordato stragiudiziale*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 803 e G. Montesano, in *Il concordato stragiudiziale*, in *Banca, bor. e tit. cred.*, 1974, I, 496, e con riferimento agli accordi di ristrutturazione dei debiti F. 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, 828.

(33) La differenziazione tra motivo e presupposizione, tracciata recentemente dalla già richiamata pronuncia della Cassazione laddove si è affermata la presupposizione quale specifico presupposto oggettivo distinto sia dai cosiddetti presupposti causali che dai cosiddetti risultati dovuti (Cass., 25 giugno 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1177), era già chiara nell'imperio del precedente codice. La Suprema Corte ha osservato infatti che la ricerca del motivo non fosse ammissibile, quando esso sia rimasto nella sfera interna dell'autore della dichiarazione della volontà senza tradursi in un apparente e concreto contenuto volitivo, noto alla parte cui la dichiarazione era diretta (Cass., 15 febbraio 1932, n. 531, in *Rep. Foro it.*, 1932); successivamente aggiungendo che il motivo soggettivo ove non sia desumibile dalla dichiarazione negoziale non possa considerarsi parte del contenuto del negozio e quindi deve essere ritenuto giuridicamente irrilevante (Cass., 20 giugno 1958, n. 2148, in *Giur. it.*, 1959, I, 330). Coerentemente si è sostenuto che «il presunto dogma della irrilevanza dei motivi discenda dalla costruzione del fenomeno del negozio giuridico quale espressione della volontà del soggetto che lo pone in essere. Inoltre, l'inesistenza con cui la dottrina ha affermato l'egemonia della volontà nella costruzione del negozio giuridico ha portato a considerare che il motivo, per poter acquistare rilevanza contrattuale, deve essere stato propriamente inserito nella convenzione contrattuale, in quanto solo in tal modo esso può entrare a far parte della struttura del negozio in funzione di specifica, anche se non necessariamente esplicita, condizione del rapporto» (Cass. 2 agosto 1977, n. 3384, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, 92). Allo stesso modo la presupposizione va distinta dalla condizione, in quanto il fatto presupposto, oltre ad essere stata assunto come certa nella rappresentazione delle parti, rileva solo dopo che è stata appurata la mancata regolamentazione di esso nel contratto, visto che la presupposizione è diretta a completare la disciplina negoziale, evidenziando le basi reali dell'accordo e la completa volontà delle parti, di modo che non può tradursi in una deroga o in uno sconvolgimento dell'assetto di interessi espressamente voluto dalle parti (si veda in merito Cass., 14 gennaio 1998, n. 295, in *Riv. giur. lav.*, 1999, II, 340). In dottrina si rinvia nuovamente a A. Belfiore, *La presupposizione*, in *Contratto in generale*, IX, t. IV, in M. Bessone (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2000; N. Bertotto, *Alcune riflessioni sulla presupposizione a margine di una recente pronuncia della Cassazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 309; S. Mezzanotte, *L'istituto della "presupposizione" tra teoria ed applicazione pratica*, in *Giur. merito*, 2008, 2207.

(34) Sul punto si vedano R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, 2762, e Cass., 23 giugno 1943, n. 1578, in *Dir. fall.*, 1943, II, 57.

(35) Si veda tra gli altri sulla funzione della causa del concordato stragiudiziale già G. Bonelli, in *Del fallimento*, cit., 1923, 126, e più recentemente D. Perrone, *Insolvenza, pactum de non petendo e creditori pretermessi*, in *Fallimento*, 1992, 661.

(36) *Ex multis* si veda A. Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, 612.

(37) Cfr. tra gli altri F. Ziccardi, *Concordato stragiudiziale*, in U. Carnevali (a cura di), *Diritto commerciale e industriale*, in N. Irti (a cura di), *Dizionario del diritto privato*, III, Milano, 1981, 374.

Note:

(30) Cass., 16 marzo 1979, n. 1562, in *Giust. civ.*, 1979, I, 951.

(31) La suddetta pronuncia fa riferimento all'ipotesi di un fascio

rebbe come l'accordo stragiudiziale, pur essendo di per sé idoneo a evitare la decozione e adempimento regolarmente, debba caducare sotto la scure della risoluzione anche in seguito a situazioni o eventi estranei a quelli dedotti nel regolamento contrattuale che tuttavia non pregiudicano l'adempimento del concordato stesso.

A tal proposito, si è tentato di applicare alla fattispecie in oggetto il rimedio dello scioglimento (38) (previsto nel codice civile espressamente in materia di contratto di mezzadria all'art. 2159 c.c.), il quale viene ricondotto in dottrina alla funzione del diritto di recesso, che permette appunto di sciogliere il vincolo contrattuale qualora si verificano fatti tali da rendere inefficiente la prosecuzione del rapporto. Si tratta di fatti sopravvenuti che alterano, o risultano in grado di alterare, l'economia del contratto e/o gli obbiettivi che le parti si siano proposte di raggiungere al momento della conclusione dello stesso (39).

Le suddette differenti teorie rinvengono tuttavia un comun denominatore nell'effetto prodotto, tanto nel caso in cui il sopravvenuto fallimento sia considerato quale condizione risolutiva tacita, quanto nell'ipotesi di risoluzione ovvero di scioglimento del accordo stragiudiziale. Infatti, in ogni caso in seguito alla caducazione del concordato le parti sono riportate al loro *status quo ante*, secondo l'effetto retroattivo stabilito dagli artt. 1458, 1360 e 2159 c.c.. Anche qualora si considerasse l'originaria impossibilità di rimuovere l'insolvenza quale difetto genetico della causa, alla nullità conseguirebbe sul piano del rapporto l'inefficacia assoluta dell'accordo (40).

Nell'ipotesi degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-bis l. fall., l'evento dedotto in condizione è l'omologa del giudice, per cui in caso di rigetto dell'istanza di omologazione l'accordo sarà risolto. Si precisa in tal senso che la clausola con cui si subordina l'efficacia dell'accordo alla sua omologazione dovrà sempre essere qualificata come condizione in quanto ha ad oggetto un fatto futuro ed incerto attinente alla realizzazione del contratto o alla sua efficacia, non potendo in alcun caso essere configurata come clausola risolutiva espressa che attiene invece all'adempimento delle prestazioni corrispettive (41).

Nella fattispecie l'omologazione dell'accordo costituisce un evento esterno al piano delle obbligazioni presenti nel contratto e estranei alla sfera volitiva delle parti, risultando bensì subalterno a svariate vicende procedurali e ai requisiti previsti dal 1° comma dell'art. 182-bis l. fall., quale ad esempio la relazione del professionista.

In ogni caso, appare chiaro che l'efficacia dell'accor-

do è rimessa all'autonomia negoziale delle parti che potranno sottoporre il contratto, già perfetto, a condizione sospensiva rendendolo inefficace sino all'avvenuta omologazione del giudice, ovvero a condizione risolutiva privandolo di efficacia in ipotesi di mancata omologazione o comunque in caso di successiva dichiarazione fallimentare.

La funzione della pubblicazione

Particolare significato assume, quindi, la previsione contenuta nel comma 2 dell'art. 182-bis l. fall. che condiziona l'efficacia dell'accordo alla pubblicazione nel registro delle imprese, permettendo a chiun-

Note:

(38) Proponeva tale singolare soluzione G. Ragusa Maggiore, in *Diritto fallimentare*, Napoli, 1974, 1081.

(39) In tal modo quindi si evitano le situazioni di adempimento inefficiente. Si veda in merito A. Gallarati, *Il diritto di ritirare la «parola data» tra formule e regole: un'indagine di analisi economica del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 343, il quale inquadra in tale ipotesi di recesso per adempimento inefficiente il diritto riconosciuto a) al contraente adempiente in caso di impossibilità parziale della prestazione di controparte (art. 1464 c.c.); b) al committente qualora giudichi inefficiente la prosecuzione dell'opera (art. 1671 c.c. e art. 2227 c.c.); c) al comodante in caso di "urgente e impreveduto bisogno" (art. 1809 c.c.); d) al cliente qualora non ritenga più efficiente l'azione del prestatore d'opera intellettuale (art. 2237 c.c.); e) all'appaltatore qualora l'importo delle variazioni necessarie superi il sesto del prezzo complessivo convenuto (art. 1660 c.c.); al committente qualora le suddette variazioni siano di notevole entità (art. 1660 c.c.); f) al mandante (per giusta causa art. 1723 c.c.) ed al mandatario (art. 1722 c.c.); g) al mittente nei confronti dello spedizioniario (art. 1685 c.c.); h) al committente nei confronti del commissionario (art. 1734 c.c.); i) agli eredi dell'inquilino (art. art. 1614 c.c.), dell'affittuario (art. 1627), delle parti di un contratto di conto corrente (art. 1833 c.c.) e del cliente della banca (art. 1845 c.c.), per evitare che su di essi gravi un aumento di costi indesiderato; j) all'assicuratore entro due mesi dal giorno in cui il proprio cliente gli comunichi mutamenti che abbiano prodotto una diminuzione del rischio tale che, se fosse stata conosciuta al momento della conclusione del contratto, avrebbe portato alla stipulazione di un premio minore (art. 1987 c.c.); k) alle parti del contratto di mezzadria (art. 2159 c.c.) e di soccida (art. 2180 c.c.) qualora si verificano «fatti tali da non consentire la prosecuzione del rapporto»; l) all'acquirente di un pacchetto turistico "tutto compreso" (art. 11 e 12 del d. lgs. n. 111/1995).

(40) In seguito alla nullità del concordato stragiudiziale dovuta alla dichiarazione di fallimento, sposando la tesi di R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 2762, risulterà possibile esperire l'azione di ripetizione in relazione agli importi pagati in esecuzione dell'accordo. In merito si ricorda che invece l'azione revocatoria fallimentare sarebbe un'arma spuntata in quanto non sarebbe esercitabile nei confronti di un atto nullo posto che l'inefficacia sarebbe assorbita dalla nullità. Sui rapporti tra nullità e inefficacia si rinvia alla lucida analisi di V. Scalisi, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 205; Id., *Nullità e inefficacia nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 448.

(41) Con riferimento alla funzione della clausola risolutiva espressa in generale si rinvia alle osservazioni di F. D. Busnelli, *Clausola risolutiva espressa*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 196. Si veda inoltre Cass., 31 agosto 2009, n. 18920, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 239, con nota di I. L. Nocera.

que di prenderne visione. Tale disposizione rappresenta una sorta di “punto di collisione” tra l’essenza contrattualistica dell’accordo ed il suo inserimento nel contesto procedurale. Infatti, se la gestione privatistica della crisi scarica sul negoziato fra una parte dei creditori e il debitore, la ricerca della miglior composizione dell’insolvenza tramite la stipulazione di un contratto di diritto civile, allora questo, ubbidiente alla disciplina di diritto comune, produrrà i suoi effetti negoziali senza il rispetto di alcun requisito pubblicitario (42).

L’argomento storico (43), oltre che quello funzionale, fanno propendere per una lettura che rifiuta di considerare la pubblicizzazione nel registro delle imprese quale elemento formativo dell’atto (44), assegnandole invece il ruolo di adempimento necessario al fine di conseguire gli effetti legali: *in primis*, di concerto con l’omologa del giudice, l’esenzione da revocatoria degli atti compiuti in esecuzione dell’accordo, effetto eventuale in quanto chiaramente soggetto alla dichiarazione di fallimento (45). Gli effetti menzionati dal comma 2 dell’art. 182-bis l. fall. saranno dunque soltanto quelli legali, operando l’omologazione come *condicio iuris* (46).

Appare degno di interesse, tuttavia, esaminare in concreto il significato della pubblicazione e più in generale dell’elemento formale dell’accordo di ristrutturazione.

In assenza della previsione di una particolare forma legale giurisprudenza e dottrina avevano sottolineato la necessità della forma scritta ai fini di poter depositare l’accordo presso il registro delle imprese e provarne l’esistenza al giudice dell’omologazione (47). Peraltro, nell’originaria formulazione del 2005 l’art. 182-bis esordiva in maniera sibillina con l’inciso «il debitore può depositare, (...), un accordo di ristrutturazione», suggerendo quindi oltre il deposito di una pattuizione cartolarizzata in un documento, una previsione implicita di forma *ad probationem*, motivata dall’esigenza di aver certezza del contenuto delle dichiarazioni negoziali delle parti. Ciò alla duplice ragione di far conoscere le stesse ai terzi per mezzo dello strumento pubblicitario, e di eliminare ogni possibile ambiguità in relazione al contenuto di quanto omologato dal giudice, data la necessità di appurare - in ipotesi di eventuali azioni revocatorie - la sussistenza del requisito della natura “esecutiva dell’accordo di ristrutturazione” dell’atto.

Con la riforma di cui al d.lgs. n. 169 del 2007, il dettato legale viene modificato riguardo alla previsione di deposito, statuendo che «l’imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all’articolo 161, l’omologazione di un accordo

di ristrutturazione», con l’eliminazione quindi della previsione espressa di deposito dell’accordo presso il giudice dell’omologazione. La soppressione del suddetto inciso non comporta tuttavia il corollario della mancata necessità della forma scritta ai fini dell’omologazione, la quale, quindi, deve ancora ritenersi dovuta ai fini probatori, posto che persistono intatte le esigenze presenti nel vigore della precedente formulazione. Interpretando letteralmente il nuovo disposto si potrebbe al massimo giungere a concludere a favore di una validità di un accordo verbale di ristrutturazione del debito, il quale tuttavia non sarebbe efficace ai fini dell’ottenimento dell’omologazione.

È stata tuttavia proposta una soluzione da alcune pronunce giurisprudenziali - la cui tesi è stata successivamente avvalorata da certa dottrina - le quali ritengono non sufficiente la forma scritta, richiedendo anche che l’accordo sia corredato dalle sottoscrizioni autenticate di tutti gli aderenti (48). In tal

Note:

(42) Del resto nella plurisecolare tradizione degli accordi stragiudiziali tra imprenditore e creditori non si era mai subordinata l’efficacia ad un onere pubblicitario. Si veda in merito A. Rocco, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902, *passim*; E. Frascaroli Santi, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984, 9; Id., *Crisi dell’impresa e soluzioni stragiudiziali*, in *Tratt. dir. pubbl. dell’economia*, (a cura di) F. Galgano, XXXVII, Padova, 2005, 208; U. Santarelli, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell’età intermedia*, Padova, 1964, 278; S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit.; F. Bonelli, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 488; L. Panzani, *La gestione stragiudiziale dell’insolvenza*, in *Fallimento*, 1997, 553; R. Santini, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d’impresa*, in *Giur. comm.*, I, 1998, 609.

(43) Si veda quanto detto precedentemente riguardo l’evoluzione storica dei concordati stragiudiziali.

(44) Cfr. sulla pubblicazione in generale A. Pavone La Rosa, *Il registro delle imprese*, in V. Buonocore (diretto da), *Tratt. dir. comm.*, I, 4, Torino, 2001, 102; G. Ragusa Maggiore, *Il registro delle imprese*, in P. Schlesinger (diretto da), *Codice civile, Commentario*, Milano, 2002, 86.

(45) Si osserva che l’effetto esentativo dalla revocatoria retroagisce al momento dell’iscrizione dell’accordo nel registro delle imprese, con la conseguenza che l’esenzione può riguardare anche atti posti in essere prima dell’omologazione, ma dopo la pubblicazione nel registro delle imprese.

(46) Si veda in merito M. Sciuto, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 342.

(47) Così Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 169; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, 669; si veda in dottrina A. Coppola, *Aspetti pratici dell’accordo per la ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.fall. e prime soluzioni giurisprudenziali*, su www.fallimentoonline.it, 2006; G. B. Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 674; L. Jeantet, *L’accordo di ristrutturazione dei debiti e la privatizzazione dell’insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 219.

(48) La prevalente giurisprudenza è concorde nel non ritenere sufficienti semplici lettere d’intento ovvero mere dichiarazioni (segue)

modo, si valorizzerebbe la genuinità della manifestazione della volontà dei creditori unitamente al momento della successiva pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, sull'implicito presupposto che l'accordo sia oggetto di iscrizione e, dunque, debba trovare applicazione il disposto dell'art. 11, comma 4, d.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581. Questa norma stabilisce che «l'atto da iscrivere (sia) depositato in originale, con sottoscrizione autenticata, se trattasi di scrittura privata non depositata presso un notaio», mentre «negli altri casi» debba essere «depositato in copia autentica» (49). Facendo leva su tale disposizione alcuni recenti arresti giurisprudenziali hanno affermato che l'autenticazione della firma costituisce un requisito di ammissibilità dell'accordo (50).

Si ricorda in proposito che generalmente, qualora si preveda che l'atto sia solamente depositato, non si ravvisa la necessità dell'autenticazione, in quanto in tal caso la pubblicazione dell'atto rileva con riferimento alla situazione di fatto prodotta. L'atto è infatti inteso quale mero fatto storico a prescindere dal suo concreto contenuto dispositivo, ovvero senza assumere la funzione di incidere in senso costitutivo di diritti o poteri la cui fonte non è l'atto oggetto di pubblicazione.

L'attestazione di autenticità della sottoscrizione è invece pretesa in relazione a quegli atti per i quali la pubblicazione assume la funzione di attribuire alla disposizione volitiva dell'autore effetti ulteriori rispetto a quelli propri dell'atto non iscritto, sia in ipotesi di effetti diversi da quelli eventualmente derivanti dalla semplice stipulazione dell'atto, sia in caso di mera estensione di uno o più effetti originari nei confronti di ulteriori soggetti.

Tale divisione non è tuttavia sempre rispettata visto che nel nostro ordinamento si riscontrano numerose ipotesi nelle quali dal deposito sorgono o si estinguono diritti che non trovano la loro giustificazione nell'atto pubblicato. Tra queste si richiama il decorso del termine per l'impugnativa da parte dei soci del bilancio finale di liquidazione (art. 2492, comma 3, c.c.) e da parte della Consob del bilancio di esercizio di s.p.a. quotate sottoposto a giudizio di società di revisione (art. 157, comma 2, t.u.f.); si ravvisa una fattispecie analoga con riferimento al termine per l'esercizio del diritto di opzione spettante in caso di aumento di capitale (art. 2441, comma 2, c.c.) e per ottenere la conversione delle obbligazioni di s.p.a. convertibili in azioni (art. 2420-bis c.c.) (51). Sussistono, tuttavia, vari argomenti a favore della non necessità dell'autenticazione delle sottoscrizioni degli aderenti. Oltre al rispetto del generale principio

di libertà delle forme degli atti di autonomia privata, si riscontra la mancanza di un appiglio normativo. Infatti, stando alla lettera della disposizione, non si fa alcuna menzione della forma autentica, dato che il legislatore si limita a prescrivere il deposito della documentazione (52) e la pubblicazione, termine atecnico utilizzato in maniera spesso ambigua (53).

Note:

(segue nota 48)

con firma non autenticata da notaio, risultando invece indispensabile che il debitore alleggi alla domanda le dichiarazioni autentiche notarili delle intese raggiunte con i creditori (in merito cfr. Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Fallimento*, 2008, 701), e ciò al fine di assicurare validità all'accordo stesso, valorizzando la genuinità della manifestazione di volontà del ceto creditorio e rendendo possibile la successiva pubblicazione del medesimo nel registro delle imprese (si veda in tal senso Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 169, e più in particolare Trib. Roma, 7 luglio 2005, in *Nuovo dir. soc.*, 2005, 47, secondo la quale le adesioni dei creditori devono essere depositate in forma tale da rendere certa l'espressione del consenso, fornendo nondimeno la prova che la proposta formulata dal debitore è stata comunicata a tutto il ceto creditorio. Tuttavia il Trib. Rimini, 20 marzo 2009, in *www.ilcaso.it* ha ritenuto non necessario che le adesioni all'accordo fossero depositate in copia autentica. In dottrina si veda in merito G. B. Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 674; G. Presti, *L'art. 182-bis al primo vaglio giurisprudenziale*, in *Fallimento*, 2006, 174; P. Marano, *Sub art. 182-bis*, in F. Santangeli (a cura di), *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006, 774.

(49) In tal senso A. Nigro, *Imprese commerciali ed imprese soggette a registrazione*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, I, 2, Torino, 2001, 685; A. Pavone La Rosa, *Il registro delle imprese*, in V. Buonocore (diretto da), *Tratt. dir. comm.*, I, 4, Torino, 2001, 23

(50) Si fa riferimento a Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Fallimento*, 2010, 92, e Trib. Roma, 20 maggio 2010, in *www.ilcaso.it*. Addirittura la pronuncia romana si spinge fino a subordinare l'omologazione degli accordi alla dichiarazione notarile di autenticità delle sottoscrizioni.

(51) Le fattispecie suddette individuano un comune denominatore nel fatto che il perfezionamento dell'atto *ex se* fa decorrere in capo a terzi il termine per l'esercizio di diritti di pretendere prestazioni *aliunde* previste o di impugnazione dell'atto stesso senza che le dichiarazioni contenute nell'atto determinino effetti ulteriori rispetto a quelli attribuitigli dal diritto civile e, quindi, neppure quello dell'opponibilità tipico dell'iscrizione nel registro delle imprese. L'utilizzo della pubblicità del registro delle imprese anche nell'ambito del rapporto tra soci e società è spiegata con la particolare posizione - quasi da "terzo" - che assume il socio verso l'organizzazione sociale ormai disgregata. Si veda in merito G. Marasà - C. Ibba, *Il registro delle imprese*, Torino, 1997, 166; G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres, *Artt. 2492-2493*, in G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres (a cura di), *Società di capitali*, III, Napoli, 2004, 1814. Si veda in merito agli accordi di ristrutturazione L. Boggio, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo "tagliando" a tre anni dal "decreto competitività"*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, 46.

(52) Diversamente dall'iscrizione, il deposito di un atto non è condizionato all'autenticazione della sottoscrizione, dal momento che l'art. 14 d.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581, non contiene una disposizione analoga a quella dell'art. 11, comma 4.

(53) A mo' d'esempio si ricorda come l'art. 2448 c.c. designi con il termine "pubblicazione" sia l'iscrizione sia il deposito nel registro delle imprese, si veda in merito L. Salamone, *Art. 2448*, in (segue)

In concreto, inoltre, l'autenticazione di ogni sottoscrizione all'accordo potrebbe rappresentare un'arma a doppio taglio nella realtà concreta della negoziazione precedente l'accordo di ristrutturazione. Se infatti da un lato assicura la certezza della provenienza della sottoscrizione con la conseguente affidabilità di quanto oggetto di pubblicazione del registro delle imprese, dall'altro potrebbe costituire un notevole intralcio all'omologazione dell'accordo, posto che l'autenticazione si rivela notevolmente onerosa, specialmente in ipotesi di un numero elevato di creditori e nel caso in cui essi si trovino in località lontane tra loro (54).

Nel particolare contesto di relazioni tra creditori e imprenditore in crisi è immaginabile che non tutti siano disponibili a farsi carico del costo dell'adempimento, specialmente se l'impresa in crisi ha dimensioni ridotte e scarsa liquidità (55).

Ora, nella fattispecie dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ciò che rileva per il terzo estraneo è l'esistenza in sé di un accordo diretto a superare il dissesto e le relative disposizioni patrimoniali contenute nello stesso. Ciò in quanto, si ribadisce, l'accordo può essere omologato unicamente in presenza del consenso dei creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento del passivo e della documentazione indicata dall'art. 161 l. fall., relazione di attuabilità dell'accordo redatta da un professionista, con particolare riferimento all'idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei, requisiti che non modificano quindi il rapporto tra creditore e imprenditore in crisi.

L'accordo è perfetto già prima della pubblicazione, derivando da essa effetti non neutrali sui diritti, quali l'immediato blocco delle azioni esecutive e cautelari, la maturazione dei termini prescrizionali e decadenziali, e l'esenzione dall'azione revocatoria degli atti compiuti successivamente in esecuzione del piano (effetto subordinato all'omologazione dell'accordo e ovviamente alla successiva dichiarazione di fallimento). La produzione da parte della pubblicazione di effetti negoziali dipenderà quindi solo da una scelta "a monte" dell'autonomia negoziale.

Se dunque apparirebbe pleonastico rispetto alle esigenze concrete dei soggetti interessati, ivi compresi i creditori estranei all'accordo, la necessità di autenticazione delle sottoscrizioni (56), si ritiene di interpretare la formula "pubblicazione nel registro delle imprese" come "iscrizione", giustificando l'assenza di tale menzione con la superficialità del legislatore, in particolare come iscrizione avente natura costitutiva in relazione agli effetti legali prodotti, ai sensi del comma 2° dell'art. 182-bis l. fall. (57).

L'esigenza di contemperare gli interessi in gioco, considerando altresì il principio generale di libertà delle forme e di semplificazione amministrativa, spiega dunque un'interpretazione nel senso di non esigere l'autenticazione delle sottoscrizioni degli aderenti.

Valenza e calcolo delle adesioni dei creditori aderenti

Si è già precisato come l'acquisizione della percentuale del sessanta per cento non debba necessariamente sussistere prima dell'omologazione, in quanto rappresenta una condizione dell'omologazione e non un requisito per il perfezionamento dell'accordo, il quale si realizzerà con l'incontro delle volontà delle due parti in caso di struttura bilaterale, o con l'accettazione dell'ultimo creditore in ipotesi di contratto plurilaterale. Il raggiungimento della percentuale minima va calcolata sul totale dei cre-

Note:

(segue nota 53)

G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres (a cura di), *Società di capitali*, II, Napoli, 2004, 1287; C. Ibba, *Il "sistema" della pubblicità d'impresa, oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 587. Non pare più perspicuo l'art. 2435 c.c. laddove stabilisce che la pubblicazione sia compiuta per mezzo di deposito della copia del bilancio approvato, per poi affermare al capoverso successivo che la stessa pubblicazione sia realizzata mediante "deposito per l'iscrizione" dell'elenco dei soci e dei titolari di diritti su azioni; sul punto cfr. G. E. Colombo, *La formazione del bilancio*, in G. E. Colombo - G. B. Portale, *Trattato delle società per azioni*, 7, Torino, 1994, 476; D. Corrado, *Il procedimento di formazione e approvazione del bilancio*, in L. A. Bianchi (a cura di), *La disciplina giuridica del bilancio di esercizio*, Milano, 2001, 1075.

(54) Cfr. L. Boggio, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo "tagliando" a tre anni dal "decreto competitività"*, cit., 46; Id., *Firma autentica, «pubblicazione» nel registro delle imprese e sindacato del giudice dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2011, 479.

(55) Pone l'attenzione su tale *argumentum ab inconvenienti* S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 170.

(56) In merito si richiama la recente sentenza emessa dal Trib. Rimini, 20 marzo 2009, in www.ilcaso.it, dalla quale si evince come il registro delle imprese abbia proceduto alla pubblicazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti sulla base della sola dichiarazione di conformità del documento ex art. 19 d.P.R. n. 445/2000, senza richiedere i consensi alla proposta in forma autenticata.

(57) Non si esclude comunque che, in concreto, il conservatore del registro delle imprese, allorché dubiti dell'esistenza dell'accordo, sospenda il procedimento e richieda a chi ha presentato la domanda di deposito di dimostrarla, anche mediante produzione dell'originale con firme autenticate. Sebbene all'ufficio del registro delle imprese non sia richiesto l'accertamento della validità ed efficacia dell'atto, esso deve comunque verificare la sua esistenza. Si veda in merito G. Ragusa Maggiore, *Il registro delle imprese*, in P. Schlesinger (diretto da), *Codice civile, Commentario*, Milano, 2002, 94, e G. Marasà - C. Ibba, *Il registro delle imprese*, Torino, 1997, 166.

diti, includendo dunque i creditori muniti di privilegio (58).

Presenta peculiari problemi la determinazione della percentuali di adesione all'accordo qualora la ristrutturazione veda all'interno dello stesso gruppo societario, alcune società in veste di proponenti l'accordo e altre in qualità di creditori aderenti. In tal caso, ai fini del computo della percentuale minima del sessanta per cento dei crediti, non è possibile applicare in via analogica l'art. 127, comma 6, l. fall., in tema di concordato fallimentare escludendo quindi dal calcolo delle maggioranze i crediti delle società controllanti, controllate o sottoposte a comune controllo. Infatti, la connotazione autonoma e privatistica dell'istituto degli accordi di ristrutturazione impedisce tale interpretazione debitoria dei concordati giudiziali, dove il voto concorre al perfezionamento di una fattispecie articolata in senso procedimentale (59).

Appare quindi opportuno sottolineare in proposito come sia necessario comprendere nel computo anche le adesioni che discendono da società controllate, collegate e controllanti. Tale inclusione deriva dal fatto che l'art. 182-bis l. fall. non fissa alcuna limitazione soggettiva relativa al calcolo dei consensi. Peraltro, a vantaggio delle società controllate, collegate e controllanti non si può sollecitare una preventiva compensazione legale fra partite infragruppo, al fine di attribuire un peso reale a ogni adesione delle società dello stesso gruppo societario.

La soglia del sessanta per cento rappresenta un indicatore della serietà dell'accordo su base presuntiva, al di sotto del quale non appare efficiente coinvolgere risorse pubbliche e dare origine ad affidamenti illusori sull'esito positivo dell'operazione di salvataggio (60). È infatti evidente come non possa predeterminarsi un livello di adesioni minimo che garantisca il successo dell'accordo. Tuttavia, è palese come sia necessaria la partecipazione di un numero sufficiente in maniera da permettere il superamento della crisi dell'impresa: statisticamente emerge che hanno buone probabilità di riuscita i patti che coinvolgono una maggioranza superiore al settanta per cento (61).

A prescindere dalla configurazione strutturale - di contratto unico plurilaterale o di collegamento negoziale - assunta dall'accordo (62), è certo che questo vada concluso all'unanimità giacché il raggiungimento della soglia del sessanta per cento dei crediti deve essere raggiunta non "a" maggioranza, come nella logica propria della differente ipotesi di concordato preventivo, ma "con" la maggioranza (63). Di conseguenza, nel caso in cui si preveda un trattamento differenziato tra i singoli creditori aderenti, quantunque tale differenziazione creditoria possa comportare del-

le discriminazioni non poggiando su alcuna base giustificatoria, l'accordo di ristrutturazione non risulterebbe intrinsecamente viziato, né si potrebbero proporre opposizioni alla sua omologazione: rientrerebbe infatti nel pieno dell'autonomia privata dei contraenti il disporre consapevolmente del proprio diritto di credito rinunciandone in tutto o in parte (64).

Del resto, come è noto, la stagione delle riforme ha consegnato un concordato preventivo inserito in una cornice di larga autonomia del proponente, laddove, abrogato il riferimento alla percentuale minima del quaranta per cento dei crediti chirografari (alla base della considerata soddisfazione integrale dei prelatonari), si dispone, come detto, all'art. 160, l. fall. la possibilità di suddividere i creditori in classi, prevedendo trattamenti diversificati anche in relazione ai creditori prelatizi, con il limite del rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione.

Inoltre, al comma 2 del suddetto articolo il legislatore allinea il concordato preventivo al sistema, ammettendo la soddisfazione non integrale del creditore privilegiato come regola generale comune a tutte le ipotesi di liquidazione concorsuale dei beni, a condizione tuttavia che il piano assicuri comunque la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, secondo "alternative concretamente praticabili". In altre parole, si dovrà operare un confronto con la soddisfazione ottenibile dal creditore dissenziente, in ragione della collocazione preferenziale, con altre combinazioni di piani ovvero sul rica-

Note:

(58) In tal senso cfr. ancora Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, 669, con nota di G. B. Nardecchia.

(59) Si veda in particolare Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Fallimento*, 2010, 195.

(60) Sul punto si veda G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 22.

(61) Si veda in merito l'approfondita analisi di L. Stanghellini, in *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., 320.

(62) Per un approfondimento sulla struttura degli accordi di ristrutturazione sia consentito il rinvio a I. L. Nocera, *Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione dei debiti: un'analisi di diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1129.

(63) Così in L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, 348, e ancora G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 22.

(64) Si vedano in merito P. Marano, *Le ristrutturazioni dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Fallimento*, 2006, 101; P. Valensise, *Sub art. 182 bis*, cit., 1093; S. Ambrosini, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 2533; L. Boggio, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007, 347; G. Falcone, *Gli accordi di ristrutturazione*, in S. Bonfatti - L. Panzani (a cura di), *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, 2008, 782; e ancora L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 346, e G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 32.

vato della liquidazione, considerando il valore di mercato riferibile ai beni o diritti sui quali insiste la garanzia attestato da una relazione giurata di un professionista qualificato ai ex art. 67, comma 3, lett. d), l. fall. (65).

A differenza del c.d. *cram down* contemplato nel concordato preventivo però, l'obiettivo del sessanta per cento dei crediti stabilito dall'art. 182-bis l. fall. non prevede una maggioranza in grado di imporre ad una eventuale minoranza dissenziente l'assetto contrattuale che è stato conseguito, confermando la natura privatistica (66). All'opposto del concordato, quindi, come detto, gli accordi di ristrutturazione, affinché possano beneficiare del regime di favore, devono contemplare la soddisfazione per intero dei creditori non aderenti.

Qualora invece l'imprenditore non riesca a raccogliere le adesioni rappresentanti la suddetta percentuale minima di crediti vedrà rigettata la sua domanda di omologa giudiziale. Tuttavia, non dovrebbe abbandonare le speranze di ottenere l'effetto esentativo dell'azione revocatoria fallimentare. Egli potrebbe infatti puntare ad attribuire al contratto concluso con i creditori, inizialmente in previsione di ottenere il provvedimento di cui all'art. 182-bis l. fall., la diversa valenza di piano di risanamento attestato, nel rispetto ovviamente delle differenze in tema di pubblicità e di procedura di eventuale interpellato (67). Tale istituto di composizione negoziale della crisi permette l'esonero del piano ex art. 67, comma 3, lett. d) l. fall. dall'azione revocatoria se idoneo a permettere il risanamento dell'esposizione debitoria e a garantire il riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa.

Giova osservare che la novella del 2010, con riferimento al computo della percentuale del sessanta per cento dei crediti, prevede all'ultimo comma del nuovo art. 182-*quater*, che i crediti derivanti da finanziamenti erogati banche e altri intermediari finanziari in funzione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*quater* comma 2), nonché quelli derivanti da finanziamenti effettuati dai soci (art. 182-*quater* comma 3), e quelli spettanti al professionista incaricato di redigere la relazione sulla fattibilità dell'accordo (art. 182-*quater*, comma 4), siano esclusi dal calcolo della percentuale del sessanta per cento dei crediti, richiesta sia ai fini dell'omologazione dell'accordo, sia per l'istanza di sospensione depositata nel corso delle negoziazioni.

Effetti sull'accordo in relazione all'omologa

Si è già specificato come sia necessario operare una distinzione netta tra il piano degli effetti negoziali

Note:

(65) Nel caso in cui la proposta comporti la creazione di un plusvalore rispetto alla liquidazione sarà possibile sebbene non obbligatorio distribuire tale plusvalore tra le classi creditorie. In merito si veda G. Ferri, *La suddivisione dei creditori in classi*, in *Fallimento*, 2006, 1026; P. F. Censoni, *Concordato preventivo e coinvolgimento dei creditori con diritti di prelazione*, in *Fallimento*, 2007, 435; F. Marelli, *Transazione fiscale, principi generali del concorso e soddisfazione parziale dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2007, 669.

(66) Il termine *cram down* derivante dalla procedura statunitense, dove il concordato preventivo è in funzione di ristrutturazione aziendale, designa il potere da parte della *Bankruptcy Court* di - *verbatim* - "far ingoiare" ai creditori dissenzienti il *reorganization plan*. Ciò nel caso in cui almeno una delle classi dei creditori abbia votato a favore e se la classe dissenziente non riceva un trattamento iniquo (*fair and equitable standard*). Quest'ultimo requisito è interpretato nel senso del rispetto della duplice condizione che il singolo creditore non possa essere soddisfatto in misura minore rispetto a quanto potrebbe ricevere in sede di liquidazione (c.d. *best interest of creditors test*) e nel senso che una classe di creditori di grado inferiore non possa essere soddisfatta, se non a condizione che i crediti di grado superiore non vengano prima integralmente soddisfatti (c.d. *absolute priority rule*). Vale tuttavia sottolineare come vi siano rilevanti differenze tra la disciplina statunitense e quella italiana. Infatti nel nostro ordinamento la regola del *cram down* opera solo in seguito a istanza di parte, ovvero su domanda del creditore dissenziente della classe dissenziente; inoltre la valutazione giudiziale deve considerare ogni alternativa concretamente percorribile; infine il concordato preventivo non può alterare negozialmente l'ordine delle cause di prelazione. La valutazione di convenienza è circoscritta, dopo il decreto correttivo del 2007, all'ipotesi di opposizione avanzata da un creditore dissenziente, esponente di una classe dissenziente, non decisiva per l'approvazione del concordato. La netta differenza tra approvazione da parte dei creditori e omologazione da parte del Tribunale del concordato, quale fissata dal decreto correttivo, pur risolvendo ogni confusione concettuale, ha abrogato di fatto il *cram down*. Mentre infatti nel *Chapter XI* invece (§ 1129(b)) l'eventuale gruppo di creditori dissenzienti è sempre necessario per l'approvazione del piano e viene fatto entrare forzatamente solo facendo riferimento alla convenienza della proposta concordataria per tutti i creditori appartenenti al gruppo dissenziente. Nel concordato preventivo italiano è anzitutto consentita l'approvazione del concordato con la semplice maggioranza numerica delle classi, si è rimosso il *cram down* dall'alveo della fase di approvazione e lo si è spostato in sede di omologa trasformandolo in un *singular cram down*, riferibile al solo creditore che, appartenendo a classe dissenziente, si opponga all'omologa del concordato perché considera più conveniente il fallimento; inoltre il controllo di convenienza avviene su domanda di creditore che deve promuovere opposizione e non più d'ufficio; infine la valutazione di convenienza è demandata al Tribunale soltanto se il concordato sia organizzato in classi. Si veda in merito L. Panzani, *Creditori privilegiati, creditori chirografari e classi nel concordato preventivo*, in F. Di Marzio (a cura di), *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, 343; A. Mattii, *Omologazione ed esecuzione del concordato preventivo. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. Villanacci (a cura di), *Il concordato preventivo*, Milano, 2010, 213; V. Lenoci, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2010, 208.

(67) Ipotizzano la possibilità di tale conversione G. Fauceglia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005*, in *Fallimento*, 2005, 1451; V. Roppo, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, cit., 305; D. Galletti, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1212. Si oppone alla possibilità di tale riconfigurazione S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 178.

determinati dal contratto di diritto privato e quello degli effetti legali stabiliti dagli artt. 67, comma 3, lett. e) e 182-bis l. fall. in seguito al procedimento di iscrizione e omologazione (68). Quest'ultima, in particolare, assume un ruolo centrale non solo per gli effetti prodotti (esenzione da revocatoria in caso di successiva dichiarazione di fallimento), ma soprattutto per la sua valenza sanante. Infatti il provvedimento di omologazione rappresenta una sorta di lavacro, generando i suoi tipici effetti legali anche nel caso in cui l'omologa sia concessa erroneamente o irregolarmente a favore di un accordo sprovvisto dei requisiti normativamente previsti (69).

In tale aspetto si palesa una vistosa differenza concreta tra gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani di risanamento dell'impresa attestati ex art. 67, comma 3, lett. d) l. fall., i quali pur garantendo maggiore riservatezza, senza inoltre la necessità del consenso dei creditori, difettano di una verifica preliminare e scontano quindi una notevole precarietà degli effetti provocati. Infatti, nel caso in cui il piano di risanamento dovesse, in seguito ad una verifica da parte del giudice, rivelarsi *ex ante* effettivamente inidoneo a conseguire l'obiettivo del recupero finanziario dell'impresa, esso sarà considerato invalido con conseguente mancata produzione degli effetti legali ad esso connessi, in particolar modo l'esenzione dell'azione revocatoria, i quali verrebbero inevitabilmente travolti dall'annullamento del piano (70).

L'esenzione dalla revocatoria quale effetto degli accordi di ristrutturazione risulta invece immune da ogni azione invalidatoria dopo che gli accordi hanno superato il vaglio giudiziale, ciò in quanto il giudizio omologatorio è diretto a verificare la conformità di un atto al modello legale per cui è l'omologa stessa a generare l'effetto legale esentativo (71). Sarà comunque sempre possibile per i creditori non aderenti all'accordo esercitare contro il debitore azioni cautelari ed esecutive, dopo la *vacatio* dei sessanta giorni successivi all'iscrizione nel registro delle imprese, in cui sarà inibita anche la proposizione della domanda di fallimento (72).

Nell'infausta ipotesi in cui invece l'accordo di ristrutturazione non ottenga l'omologa, sul piano degli effetti possono aprirsi due possibili scenari a seconda che le parti abbiano subordinato la produzione degli effetti negoziali all'accoglimento della domanda di omologa: in questo caso l'accordo non produrrà alcun effetto; ovvero le parti medesime abbiano deciso di mantenere comunque efficace il contratto nonostante il mancato superamento del controllo giudiziale sui requisiti previsti dalla norma fallimentare (73). Ad ogni modo il dato certo

sarà l'assoggettabilità all'azione revocatoria fallimentare degli atti, pagamenti e garanzie concesse dal debitore in esecuzione del piano, sebbene questo sia stato pubblicato, *rectius* iscritto, nel registro delle imprese. Infatti l'efficacia legale collegata alla pubblicazione dal suddetto comma 2 dell'art. 182-bis l. fall. è di per sé idonea a sospendere le azioni cautelari ed esecutive, ma risulta subordinata alla successiva omologazione per quanto riguarda l'esenzione dalla revocatoria.

Ma qual è il rapporto tra l'efficacia dell'accordo ed il raggiungimento dello scopo di evitare la dichiarazione fallimentare? In relazione ai concordati stragiudiziali la dottrina e la giurisprudenza hanno assunto posizioni contrastanti in proposito. Infatti, all'iniziale posizione di chiusura sostenuta da decisioni di merito, che escludeva in maniera netta l'ammissibilità di un accordo stragiudiziale al di fuori delle procedure concorsuali di stampo pubblicistico (74), hanno fatto seguito numerose pronunce della Cassazione che hanno riconosciuto cittadinanza nel nostro ordinamento ai concordati privatistici stipulati anche soltanto con una parte dei creditori, a condizione che i non aderenti potessero essere comunque soddisfatti, e purché l'imprenditore possa comunque

Note:

(68) Sul punto si vedano le osservazioni di V. Roppo, *Il contratto*, in G. Iudica - P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, 425 e V. Bellucci, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (prima e dopo il decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007)*, cit., 483.

(69) Concorda in tema S. Bonfatti, in S. Bonfatti - P. F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, 474.

(70) In merito si rimanda alle osservazioni di V. Roppo, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, cit., 306.

(71) Sul punto cfr. A. Jorio, *Accordi di ristrutturazione e piani di risanamento*, in Aa. Vv., *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, 2007, 105, e G. Terranova, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, Padova, 2006, 474.

(72) Viceversa sarebbe frustata la *ratio* della norma che parlando genericamente di sospensione di azioni esecutive al fine di permettere all'accordo di giungere all'omologazione senza cadere sotto i colpi delle azioni dei creditori estranei alla contrattazione. Su tale estensione della norma si registrano tuttavia le opinioni contrarie di D. Manente, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, cit., 307 e F. Innocenti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, cit., 937.

(73) Si vedano in merito le osservazioni di E. Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, cit., 188.

(74) Cfr. Trib. Ferrara, 28 giugno 1980, in *Giur. comm.*, 1981, II, 306, con nota di M. Menghi; Trib. Roma, 1° aprile 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, 646, con nota di M. Sarale; App. Roma, 1° luglio 1985, in *Fallimento*, 1986, 971; Trib. Roma, 6 dicembre 1986, in *Dir. fall.*, 1987, II, 533; Trib. Napoli, 17 luglio 1987, in *Dir. e giur.*, 1987, 552; Trib. Torino, 7 aprile 1988, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 655.

fornire la prova della cessazione dell'insolvenza (75).

Un differente indirizzo ha invece diversificato la fattispecie a seconda che all'accordo aderisca l'intero ceto creditorio o solo una parte di esso, riconoscendo solo alla prima l'efficacia di conseguire lo scopo di evitare la decozione e attribuendo alla seconda la semplice idoneità ad incidere indirettamente sull'adempimento, senza però poter rimuovere l'insolvenza (76). Un'ulteriore decisione ha piuttosto considerato decisivo al fine di evitare il fallimento il consenso al concordato stragiudiziale di tutti i creditori, reputando rilevante soltanto l'oggettiva sussistenza dell'insolvenza e non l'inadempimento di altri soggetti diversi dal debitore quali cause che hanno determinato il dissesto. Tuttavia, in ipotesi di mancata unanimità, il debitore è gravato dall'onere di dimostrare l'esistenza di mezzi propri sufficienti a soddisfare con regolarità i creditori non aderenti (77).

In ogni caso, appare chiaro che l'obiettivo della cessazione dello stato d'insolvenza si realizzerebbe al momento della conclusione dell'accordo in cui si prevede il pagamento dei creditori, senza che sia necessario attendere l'adempimento delle prestazioni. Infatti, le obbligazioni cessano di essere esigibili già al perfezionamento del contratto, tramite il quale si è effettuata ad esempio una riduzione del credito ovvero una dilazione di pagamento, con la conseguente rimozione dello stato di decozione ovviamente connessa con la concreta incidenza del credito sul patrimonio dell'imprenditore.

Qualora invece l'imprenditore e i creditori abbiano subordinato l'efficacia negoziale del contratto all'ottenimento del provvedimento di omologazione, incastonando dunque il concordato stragiudiziale nel procedimento previsto dall'art. 182-bis l. fall., l'eliminazione del dissesto dipenderà anche dai requisiti di legge stabiliti dalla suddetta norma. Con la conseguenza che al diniego dell'omologa seguirà verosimilmente l'apertura di una procedura di concordato preventivo o di fallimento; mentre l'accoglimento della domanda di omologazione dimostrerebbe di per sé il superamento del rischio di dichiarazione fallimentare, salvo aggravamenti delle condizioni economiche iniziali o una mancata esecuzione dell'accordo.

Infatti, i creditori non aderenti all'accordo dovrebbero avere l'assicurazione dell'integrale pagamento dei loro crediti, attestato dalla relazione del professionista. Quindi, non potendosi riscontrare alcun *periculum in mora*, né tantomeno avere una prova di un'insolvenza imminente, i creditori sarebbero inibiti dall'esperire azioni cautelari, dal chiedere il fallimento dell'imprenditore e dall'esigere il proprio

credito, lamentando scadenze anticipate del proprio credito ai sensi dell'art. 1186 c.c. (78).

A tal proposito, è importante porre l'attenzione su uno dei requisiti rilevanti ai fini dell'ottenimento dell'omologa giudiziale, vale a dire l'adesione dei creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dei crediti. La medesima percentuale deve essere calcolata, indipendentemente dalla natura dei crediti, sul passivo complessivo del debitore e, quindi, sul totale dei creditori - inclusi quindi non solo i dissenzienti, ma anche quelli titolari di legittime cause di prelazione e gli eventuali creditori estranei o non avvisati dal debitore proponente (79). Infatti, non sarebbe ammissibile circoscrivere l'accordo ai creditori muniti di titolo esecutivo (80).

Inoltre, nel computo della soglia del sessanta per cento non bisognerà escludere i crediti contestati, in quanto altrimenti si rimetterebbe alla semplice iniziativa di terzi che vantano dubbie posizioni creditorie l'acquisizione del valore minimo per accedere allo strumento di composizione della crisi, potendo il tentativo di ristrutturazione essere potenzialmente inibito da aspettative di credito rivelate successivamente infondate (81).

Note:

(75) Su tale posizione si vedano Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, in *Giur. comm.*, 1991, II, 366; Cass., 9 maggio 1992, n. 5525, in *Fallimento*, 1992, 811; Cass. 26 giugno 1992, n. 8012, in *Fallimento*, 1992, 1026; Cass., 16 marzo 1979, n. 1562, in *Giust. civ.*, 1979, I, 951, e in dottrina D. Perrone, *Insolvenza, pactum de non petendo e creditori pretermessi*, in *Fallimento*, 1992, 661; A. Dimundo, *Pactum de non petendo e insolvenza*, in *Fallimento*, 1996, 905; A. Bonsignori, *I procedimenti concorsuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 354.

(76) Sostengono tale orientamento Cass., 11 aprile 1992, n. 4463, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1027, con nota di G. Romano; Cass., 28 ottobre 1992, n. 11722, in *Fallimento*, 1993, 352; Trib. Torino, 6 ottobre 1992, in *Fallimento*, 1993, 543.

(77) Così Cass., 19 novembre 1992, n. 12383, in *Fallimento*, 1993, 310.

(78) Concordano sul punto M. Sciuto, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 357; L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 346; ed E. Frascaroli Santi, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in *Tratt. dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, (a cura di) F. Galgano, XXXVII, Padova, 2005, 250.

(79) In tal senso Trib. Ancona, 12 novembre 2008, in www.ilcaso.it; Trib. Udine, 21 settembre 2007, in www.unijuris.it; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, 669; Trib. Roma, 7 luglio 2005, in *Nuovo dir. soc.*, 2005, 47.

(80) Si veda in quest'ultimo senso, Trib. Roma, 16 ottobre 2006, in *Fallimento*, 2007, 187.

(81) In proposito infatti M. Ferro - A. Ruggiero - A. Di Carlo, *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 italiani dopo la riforma: i risultati di un'indagine*, Torino, 2009, 469, rileva come nella maggioranza dei Tribunali interpellati dall'indagine statistica i crediti contestati devono essere calcolati ai fini del calcolo della maggioranza.

Stante l'evidente favore del legislatore per la composizione dell'insolvenza, in presenza di contestazioni su crediti, si ritiene che il vaglio del giudice in sede di omologa dell'accordo si debba concentrare sull'esame dell'attuabilità concreta del piano di ristrutturazione, verificando, con una sorta di valutazione del rischio, in che modo l'incerta posizione del creditore, qualora divenisse esigibile, possa avere conseguenze sul buon esito del tentativo di risanamento nel rispetto dei diritti di tutti i creditori di essere soddisfatti integralmente.

Qualora dopo la pubblicazione o, *a fortiori*, dopo l'omologa giudiziale dovessero rendersi necessarie delle modifiche al piano di ristrutturazione, sarà necessario rinnovare il procedimento, effettuando una nuova relazione del professionista, fatti salvi tuttavia gli atti compiuti in precedenza. Ovviamente, non ogni cambiamento rende indispensabile la ripetizione, in quanto dovranno considerarsi compresi in un ragionevole margine di tolleranza gli scostamenti minimali, tali da non inficiare la coerenza complessiva dell'intero piano di salvataggio.

Conclusioni

Con le considerazioni suddette si è tentato di offrire un contributo all'analisi dell'istituto degli accordi di ristrutturazione, soffermando l'attenzione sul momento dell'omologa, e in particolar modo sui profili civilistici che essa presenta. La composizione negoziale dell'insolvenza affida infatti allo strumento del contratto il governo della crisi, rimettendosi al diritto civile (82), nelle cui risorse bisogna rintracciare i mezzi per razionalizzare i rischi gestori di un'attività condotta nei confronti di un'impresa in dissesto, in modo da evitare i pericoli di una prospettiva di "anarchia di mercato", e al fine di colmare le lacune presenti nella norma della legge fallimentare (83). L'imprenditore in crisi nel perfezionare questi accordi esercita dunque un interesse legittimo di diritto privato, figura capace di attribuire una specifica qualificazione sostanziale a situazioni di interesse prodotte da poteri privati. Tale qualificazione si configura genericamente nella fattispecie in cui la realizzazione della posizione di vantaggio di un soggetto dipende dall'esercizio di un potere discrezionale da parte dell'esercente una potestà di diritto privato (84). All'interesse dell'imprenditore corrisponde quello tutelato dei creditori, e di ogni altro titolare di un interesse contrario, di opporsi all'omologazione entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese (85).

Lo strumento di cui agli art. 182-*bis* rappresenta, quindi, una sicura opportunità per l'imprenditore e

per i creditori, i quali possono creare un contratto di diritto privato a cui il legislatore assicura un trattamento privilegiato.

Registrandosi nella recente ridefinizione del quadro normativo in materia di crisi d'impresa un accresciuto ruolo dell'autonomia privata, emerge l'esigenza di una disamina delle specificità del nuovo diritto fallimentare, tenendo conto del nuovo angolo di visuale, rimasto finora poco esplorato.

Note:

(82) In tema N. Irti in *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004, 108 osserva che «l'unità del diritto privato andrebbe perduta, se, accanto al regime degli scambi civili, si delineasse a mano a mano un regime degli scambi commerciali: il rischio può evitarsi (...) ricostruendo il diritto privato intorno all'impresa e ridefinendo, con lucidità di analisi la funzione e la misura della volontà individuale». Sull'applicabilità della disciplina sul contratto in generale si veda anche R. Provinciali, in *Concordato preventivo e stragiudiziale*, Roma, 1999, 124.

(83) Come sostiene M. Fabiani in *Diritto e processo a confronto sul nuovo fallimento e lo spettro dei conflitti di classe*, in *Fallimento*, 2008, 5, affidando il governo della crisi d'impresa al c.d. mercato «non sono i creditori in quanto tali ad avere più potere, ma sono talune classi di creditori» quelle più strutturate e forti «che possono avere il sopravvento». In tema appare fondata la preoccupazione di E. Gabrielli, in *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Id., *Contratto, mercato e procedure concorsuali*, Torino, 2006, 290, laddove afferma la necessità di evitare che la figura degli accordi di ristrutturazione divengano «una sorta di schermo protettivo dietro il quale giustificare quelle costruzioni di c.d. «ingegneria concorsuale» che in realtà sovente nascondono vere e proprie operazioni illecite o comunque poste in essere in frode ai creditori o ad alcune delle loro possibili «classi»». Si veda sul tema anche G. Minutoli, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fallimento*, 2008, 1047 e G. Rossi, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, 6. In merito alle lacune ed imprecisioni della normativa cfr. su tutti G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 20 e F. Dimundo, *Accordi di ristrutturazione dei debiti. La «meno incerta» via italiana alla «re-organization»?*, cit., 705.

(84) Cfr. in tema V. Greco, *Gli accordi di ristrutturazione come negozi fallimentari di utilità sociale*, in *Dir. fall.*, 2008, 640. Sull'interesse legittimo di diritto privato è imprescindibile l'analisi di L. Bigliuzzi Geri, in *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967 e Id., voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, IX, Torino, 1993, 527. Si vedano in merito le riflessioni in U. Breccia - L. Brusuglia - F. D. Busnelli (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001.

(85) I contratti di risanamento saranno validi ogni qualvolta gli interessi perseguiti risultino meritevoli di tutela, infatti in caso di insuccesso dell'accordo, l'eventuale successivo fallimento dell'imprenditore non sarà causa di risoluzione del contratto stesso, ma indicherà la misura dell'importo per il quale i creditori aderenti potranno domandare l'ammissione al passivo. Sul punto si veda A. Caiafa, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, 589.