

IPSOA

# Il Fallimento e le altre procedure concorsuali

Mensile di giurisprudenza e dottrina

3/2018

ISSN 0394-2740 - ANNO XL - Direzione e redazione - Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano (Mi)

 [edicolaprofessionale.com/ilfallimento](http://edicolaprofessionale.com/ilfallimento)

**Novella di cui all'art. 217 bis l.fall.:  
analisi critica**

**Nomenclatura delle operazioni di  
ristrutturazione**

**Revoca della donazione ai figli  
in sede di separazione tra coniugi**

**DIRETTORE SCIENTIFICO**  
Giovanni Lo Cascio

**COMITATO DI DIREZIONE**

Raffaella Brogi  
Giacomo D'Attorre  
Francesco De Santis  
Massimo Fabiani  
Alberto Guiotto  
Giovanni Battista Nardecchia  
Adriano Patti

**COMITATO SCIENTIFICO**

Luigi Abete, Giuseppe Bozza,  
Luigi D'Orazio, Patrizia De Cesari,  
Antonino Dimundo, Massimo Ferro,  
Luciano Panzani, Giorgio Tarzia

TARIFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 352/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



## Omologazione

**Corte d'Appello di Napoli, Sez. I, 26 luglio 2017 - Pres. M. R. Cultrera - Rel. I. Pepe - American Laundry Ospedaliera S.p.a. c. Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale Napoli I**

*Accordi di ristrutturazione dei debiti - Omologazione - Pubblicazione della delibera degli amministratori - Mancanza - Preclusione del giudizio - Assimilabilità alle regole del concordato fallimentare - Esclusione*

*(Legge fallimentare artt. 152, 161, 182 bis)*

**La mancata pubblicazione nel registro delle imprese della deliberazione degli amministratori, come prevista dall'art. 152, ultimo comma, l.fall. per il concordato fallimentare, non può ritenersi preclusiva dell'omologazione degli accordi di ristrutturazione del debito, trattandosi di istituti aventi caratteristiche non assimilabili.**

*Accordi di ristrutturazione dei debiti - Omologazione - Accordo sottoscritto - Piano e relazione del professionista - Pubblicazione nel registro delle imprese - Necessità - Insussistenza*

*(Legge fallimentare artt. 152, 161, 182 bis)*

**Ai fini dell'omologazione degli accordi di ristrutturazione del debito non è necessaria la pubblicazione nel registro delle imprese anche del piano e della relazione del professionista, oltre che dell'accordo sottoscritto, essendo comunque possibile per i creditori interessati accedere alle informazioni di dettaglio mediante richiesta di esame del fascicolo processuale ed avendo, comunque, il giudizio di reclamo all'omologazione natura ampiamente devolutiva.**

### La Corte (*omissis*).

Osserva infatti la Corte che in tanto è possibile ipotizzare l'applicazione in via analogica dell'art. 152 l.fall. agli accordi di ristrutturazione del debito in quanto si ravvisi, da un lato, l'esistenza di un vuoto normativo nella disciplina di tali accordi e si ritenga, dall'altro lato, di poter sopperire a tale vuoto riconducendo detti accordi nell'alveo dei procedimenti concorsuali.

Tale riconducibilità deve tuttavia radicalmente escludersi sia in ragione della natura dell'accordo sia in ragione della relativa disciplina.

Quanto al primo profilo si evidenzia infatti che, pur non avendo il Legislatore disciplinato un determinato tipo contrattuale ma, come osservato da attenta dottrina, un'operazione finalizzata alla produzione di determinati effetti legali esterni rispetto alla regolamentazione negoziale intervenuta tra le parti, nel caso degli accordi di ristrutturazione del debito si è comunque sempre in presenza di un negozio che, ancor prima dell'intervento dell'autorità giudiziaria, è già perfezionato tra le parti.

Quanto al secondo profilo deve considerarsi che, come sottolineato dalla dottrina invero maggioritaria, negli accordi di ristrutturazione non trovano applicazione il diritto al concorso di tutti i creditori ed il principio della *par condicio creditorum*.

Il debitore è infatti libero di negoziare l'accordo solo con alcuni creditori ed a loro volta i creditori manifestano non una volontà collettiva per omogeneità di interessi ma il proprio parere individuale, tanto che il raggiungimento della soglia percentuale minima non è espressione di una maggioranza in senso tecnico, ma condizione affinché un

negozio di diritto privato già perfezionato possa produrre determinati effetti legali.

Inoltre, coerentemente con il fatto che trattasi di negozio già perfezionato tra le parti e con l'inapplicabilità alla specie della regola della universalità della regolazione, negli accordi di ristrutturazione del debito difetta una fase di ammissione alla procedura, come anche difetta ogni accertamento giudiziario circa la sussistenza di una situazione patologica dell'impresa.

*(...omissis...)*

Si deve dunque escludere che possa applicarsi analogicamente all'accordo di ristrutturazione del debito una norma, quale l'art. 152 l.fall., disciplinante il concordato fallimentare, in quanto non è possibile qualificare come materie analoghe i procedimenti concorsuali e gli accordi di ristrutturazione del debito.

Peraltro, a ben vedere, la possibilità di procedere all'applicazione analogica della norma in questione deve essere esclusa anche in ragione dell'insussistenza di un vero e proprio vuoto normativo, dovendosi piuttosto ritenere che il Legislatore abbia volutamente disciplinato in modo difforme gli adempimenti formali necessari per i diversi istituti.

Non può infatti non evidenziarsi che, a fronte di un accordo già perfezionatosi e già pubblicato nel R.I., non è agevole comprendere quale ulteriore utile informazione potrebbe fornire la determina degli amministratori con cui sono state fissate la proposta e le condizioni di un accordo già concluso.

Deve infine escludersi che la necessità di procedere alla pubblicazione prevista dall'art. 152 l.fall. possa discendere direttamente dal richiamo, contenuto nell'art. 182 bis l.fall., all'art. 161 l.fall., in quanto, come osservato da parte

## Giurisprudenza

# Accordi di ristrutturazione

della dottrina, tale richiamo è esplicitamente limitato alla documentazione e non alle modalità di assunzione delle decisioni in forza delle quali la società è addivenuta alla conclusione dell'accordo di ristrutturazione.

Da quanto precede consegue dunque che non può ritenersi preclusiva dell'omologazione la mancata pubblicazione nel R.I. della documentazione prescritta da una norma non applicabile all'accordo di ristrutturazione del debito.

8. Analogamente non può ritenersi preclusiva dell'omologazione la mancata pubblicazione nel R.I., oltre all'accordo, anche del piano e della relazione del professionista. Sul punto il Tribunale ha ritenuto che l'art. 182 bis l.fall. debba essere interpretato nel senso di ritenere implicitamente necessaria la pubblicazione anche di tale documentazione in considerazione della necessità di assicurare ai soggetti eventualmente interessati a presentare opposizione la possibilità di determinarsi consapevolmente nel breve termine loro concesso.

Avverso tale motivazione la reclamante ha in particolare dedotto che non è possibile, anche in questo caso, estendere disposizioni dettate per il concordato agli accordi di ristrutturazione del debito, che comunque nella specie non risulta essere stata proposta alcuna opposizione e che pertanto la pretesa violazione dell'obbligo di pubblicare tale ulteriore documentazione non ha determinato alcuna concreta lesione di interessi giuridicamente tutelati.

Inoltre, con le note non autorizzate depositate telematicamente in data 6.4.2017, la reclamante ha tra l'altro dedotto che, pur non condividendo l'orientamento fatto proprio dal primo giudice, ha provveduto nel marzo 2017 a curare la pubblicazione nel R.I. anche del piano e della relazione.

Orbene, a prescindere da ogni approfondimento in ordine all'ammissibilità delle deduzioni svolte e della documentazione prodotta dalla reclamante per la prima volta con le note del 6.4.2017, ritiene la Corte che l'art. 182 bis l.fall. non possa essere interpretato come implicitamente prescrivente anche la pubblicazione nel R.I. della documentazione indicata dal primo giudice.

La norma sopra citata dispone infatti che "l'accordo è pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione".

Non è dunque evidentemente dalla lettera della norma che può ricavarsi l'obbligo di pubblicazione di documentazione ulteriore rispetto all'accordo.

Deve del pari escludersi, in ragione delle argomentazioni già esposte al punto che precede, che sia possibile ritenere necessaria la pubblicazione di documentazione ulteriore in forza dell'applicazione analogica di norme dettate per i procedimenti concorsuali.

Deve dunque verificarsi se tale necessità, ravvisata dal primo giudice, possa effettivamente fondarsi sulla ratio della norma che disciplina l'opposizione dei creditori o, comunque, sull'interpretazione sistematica delle norme disciplinanti gli accordi di ristrutturazione del debito.

Sul punto si evidenzia in primo luogo che affermare la sussistenza di un siffatto obbligo implicito impone di

interrogarsi sulle conseguenze, anche sistematiche, del relativo inadempimento.

Ebbene ad avviso della Corte non può ipotizzarsi che la mancata pubblicazione della documentazione ulteriore in esame possa giustificare l'immediato rigetto o l'immediata declaratoria di inammissibilità dell'istanza di omologazione.

Ciò in quanto tale conclusione comporterebbe l'introduzione in via interpretativa di una vera e propria sanzione non espressamente disciplinata, sanzione da applicare a fronte della violazione di un obbligo a sua volta non testualmente, ma solo implicitamente, previsto.

Deve tuttavia del pari escludersi che la sanzione del rigetto dell'omologazione possa conseguire, come nella specie in buona sostanza avvenuto, all'esito della mancata ottemperanza ad un ordine di integrazione della pubblicazione adottato dal Tribunale (si veda l'ordinanza del Tribunale del 16.12.2016 in atti).

Ciò proprio in considerazione dei rilevanti effetti destinati a prodursi *ex lege* a fronte dell'effettuazione della pubblicità costitutiva nel R.I., quali la decorrenza per i creditori del termine per proporre opposizione e la decorrenza del termine di sessanta giorni durante cui i creditori per titolo e causa anteriore alla pubblicazione non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore.

Ebbene ritenere che la norma in esame, quando parla di pubblicazione dell'accordo, faccia implicitamente riferimento alla pubblicazione dell'accordo corredato da piano e relazione del professionista e ritenere altresì che l'autorità giudiziaria possa disporre l'integrazione della pubblicazione del solo accordo già effettuata equivale a minare le primarie esigenze di certezza degli effetti giuridici ricollegate ad un istituto come la pubblicazione nel R.I.

È infatti del tutto evidente che, in caso di successiva e del tutto eventuale integrazione della pubblicazione, potrebbero sorgere incertezze sull'individuazione del *dies a quo* da cui far decorrere il termine per proporre l'opposizione ovvero il termine di operatività del c.d. *automatic stay*, termini che in ipotesi potrebbero anche essere già spirati avuto riguardo al momento di pubblicazione del solo accordo.

Peraltro, a fronte dell'ampia libertà lasciata dal Legislatore alle parti nel delineare il contenuto dell'accordo (potendo esse ricorrere ad ogni tipo negoziale per perseguire la causa di ristrutturazione), tali incertezze potrebbero vieppiù incrementarsi quanto meno con riguardo al preteso obbligo implicito di provvedere alla pubblicazione anche del piano, atteso che ben potrebbe verificarsi l'ipotesi di accordi giudicati, *ex post*, tali da presentare deficit informativi in assenza della pubblicazione del piano e di accordi giudicati invece, sempre *ex post*, di per sé idonei ad assicurare un'adeguata informazione ai creditori.

Da quanto esposto deriva che non sembra potersi enucleare una sanzione della violazione del preteso obbligo implicito in esame che sia sistematicamente coerente con le norme disciplinanti gli accordi di ristrutturazione del debito e con i principi generali in materia di pubblicità nel R.I.

Né peraltro può ritenersi che enucleare in via interpretativa tale obbligo implicito costituisca l'unica via per evitare un vuoto di tutela ai danni dei creditori interessati a proporre eventuale opposizione, quali soggetti titolari dell'interesse giuridicamente tutelato a determinarsi consapevolmente in tal senso.

Sul punto giova premettere che l'art. 182 *bis* l.fall. non prescrive un ordine cronologico tra deposito in Tribunale del ricorso per l'omologazione e pubblicazione nel R.I. dell'accordo, tanto che sono state ipotizzate in via interpretativa tanto la necessità della previa pubblicazione nel R.I. (per evitare che il procedimento di omologazione penda indefinitamente per l'inerzia del ricorrente) tanto la necessità del previo deposito del ricorso (per evitare che il termine per le opposizioni decorra invano dalla pubblicazione nel R.I.).

In assenza di una chiara indicazione legislativa, ad avviso della Corte risulta preferibile ritenere che l'accordo possa essere indifferentemente pubblicato prima o dopo il deposito del ricorso.

Ed infatti, come sottolineato da attenta dottrina, la questione risulta avere scarso rilievo pratico ove si consideri che è lo stesso debitore ad avere interesse alla sollecita pubblicazione dell'accordo (affinché si producano quanto prima gli effetti di protezione del suo patrimonio) ed al deposito sostanzialmente contestuale del ricorso per l'omologazione (affinché tali effetti protettivi non vengano meno per il rigetto dell'omologazione di un accordo non ancora pubblicato).

Né peraltro, come di seguito esposto, può ritenersi che i creditori siano del tutto privi di tutela nell'ipotesi patologica di debitore che pubblichi l'accordo e depositi il ricorso una volta che siano già spirati i termini per l'opposizione. Tutto ciò posto, occorre verificare se l'interpretazione letterale dell'art. 182 *bis* l.fall. ritenuta preferibile (secondo la quale sarebbe necessario e sufficiente provvedere alla pubblicazione del solo accordo) consenta di accordare idonea tutela ai creditori potenzialmente interessati a proporre opposizione.

Ritiene la Corte che tale verifica possa avere esito positivo.

Ed infatti, in caso di pubblicazione dell'accordo successivamente al deposito del ricorso presso il Tribunale competente e di procedimento ancora pendente (per non avere il Tribunale già rigettato l'omologazione stante la mancanza di prova in ordine alla pubblicazione dell'accordo), ben potranno i creditori avere contezza degli atti in questione presso il Tribunale medesimo, non potendosi invero neanche escludere

la proposizione di apposita istanza di visibilità al fine di avere accesso temporaneo al fascicolo ed evitare dunque la proposizione di un'opposizione meramente esplorativa.

Di contro, in caso di pubblicazione dell'accordo anteriormente al deposito del ricorso presso il Tribunale competente, tali soggetti, che certo non possono vedersi obbligati ad una quotidiana verifica dell'introduzione del procedimento dinanzi al Tribunale competente, risulteranno comunque tutelati dalla norma di chiusura che prevede la pubblicazione nel R.I. del provvedimento di omologa, provvedimento avverso cui potranno proporre reclamo avente natura ampiamente devolutiva.

Ecco allora che, se pure non possono sottacersi le incertezze interpretative derivanti da un dettato normativo non sempre limpido, risulta preferibile concludere nel senso che la pubblicazione del solo accordo - come testualmente previsto dal Legislatore - non comporti irreparabili ed ingiustificate lesioni del diritto dei creditori a proporre opposizione, laddove invece enucleare in via interpretativa un obbligo "implicito" di pubblicazione nel R.I. anche del piano e della relazione implicherebbe la necessità di enucleare in via interpretativa anche delle sanzioni per l'ipotesi di violazione di tale obbligo che tuttavia risulterebbero sistematicamente non coerenti con l'impianto normativo e con i principi generali in materia di pubblicità costitutiva nel R.I.

Non può infine non evidenziarsi che la previsione della pubblicazione del solo accordo in caso di ristrutturazione del debito (a differenza di quanto prescritto in caso di concordato) non risulta a ben vedere priva di una propria ratio.

Ed infatti, tenuto conto che lo stato di crisi necessario per accedere al procedimento in esame ben può tradursi anche in uno squilibrio meramente temporaneo e tenuto altresì conto dei limitati effetti prodotti dall'accordo nei confronti dei creditori non aderenti, non risulta invero irragionevole la scelta del Legislatore di modulare in modo diverso la natura e l'ampiezza dei dati che, a seguito della pubblicazione nel R.I., divengono accessibili anche a terzi non legittimati a proporre opposizione o non interessati a promuoverla (rilevando sul punto non l'aggravio in sé dell'adempimento che sarebbe imposto all'imprenditore ma la meritevolezza del suo interesse alla non ostensione).

Da tutte le suesposte argomentazioni consegue la fondatezza del secondo motivo di reclamo, non potendo l'istanza di omologazione essere rigettata in ragione della mancata pubblicazione della documentazione integrativa qui in esame. **(omissis)**.

## Obblighi informativi del debitore negli accordi di ristrutturazione prima e dopo la legge delega di riforma

di Ivan Libero Nocera (\*)

L'Autore, nel commentare l'ordinanza della Corte d'Appello di Napoli con cui sono offerti significativi spunti al fine di individuare gli obblighi informativi a carico del debitore che intende ottenere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, si sofferma dapprima sulla natura di tali accordi, escludendo l'applicabilità in via analogica di norme previste in materia di concordato, in forza della qualificazione dell'accordo di ristrutturazione come contratto di diritto privato e non come procedura concorsuale. Inoltre, pur comprendendo le esigenze di tutela dell'equilibrio informativo tra debitore e creditori, egli ritiene che non sussista in capo al debitore l'obbligo di pubblicare nel registro delle imprese il piano e la relazione del professionista. Esamina ancora gli obblighi informativi degli accordi di ristrutturazione come disciplinati nella recente bozza di decreto legislativo in attuazione della legge delega di riforma della disciplina della crisi e dell'insolvenza.

### Premessa

Il provvedimento oggetto del presente contributo si caratterizza per affrontare in maniera diffusa la c.d. questione anagrafica dell'accordo di cui all'art. 182 bis l.fall. ricostruendo sistematicamente l'istituto come contratto di diritto privato al fine di determinare se tra gli oneri informativi in capo al debitore vi sia l'obbligo di pubblicare nel registro delle imprese la delibera degli amministratori con cui sono state fissate la proposta e le condizioni dell'accordo. Inoltre, il provvedimento in epigrafe si concentra sulla necessità o meno di pubblicare nello stesso registro il piano e la relazione del professionista attestatore.

La vicenda vede il giudice di prime cure rigettare la richiesta di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti in quanto reputato mancante degli adempimenti formali, incompleto in relazione al piano e non corredato da una relazione del professionista idonea ad attestare la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità del piano. In seguito a successivo reclamo proposto dalla società debitrice, la Corte

d'appello ha invece riformato il provvedimento del Tribunale, rimettendo gli atti al primo giudice affinché proceda all'omologazione.

### Gli accordi di ristrutturazione come contratto di diritto privato: il declino della *par condicio*

In primo luogo, la Corte d'Appello si sofferma sulla ritenuta necessità di applicare analogicamente agli accordi di ristrutturazione la norma, in tema di concordato fallimentare di cui all'art. 152 l.fall. - richiamata dall'art. 161, comma 4, l.fall. in materia di concordato preventivo - il quale prescrive che, in caso di società di capitali o di società cooperative, la proposta e le condizioni del concordato siano deliberate dagli amministratori, fatta salva diversa disposizione statutaria o dell'atto costitutivo.

Il collegio esclude in tal caso il ricorso al procedimento analogico affermando come l'istituto di cui all'art. 182 bis l.fall. non possa in alcun modo annoverarsi tra le procedure concorsuali (1).

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Sostengono la natura negoziale dell'accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis l.fall., fra i tanti, L. Luchetti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: una procedura negoziale*, in M. Ambrosini (a cura di), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e nuova disciplina in materia bancaria dopo le riforme del 2015 e del 2016*, Bologna, 2017, 677; L. Balestra, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, in *Corr. giur.*, 2016, 449; Id., *Il contenuto degli accordi di ristrutturazione*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 284; L. Follieri, *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel "prisma" del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2015, 1099; G.B. Nardecchia, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, IV, Torino, 2014, 478; Id., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista*, 2006, 671; M. Vitiello, *Le soluzioni concordate nella crisi dell'impresa*, Milano,

2013, 66; M. Fabiani, *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo*, in questa *Rivista*, 2013, 770, il quale tuttavia ritiene "ragionevole" negare agli accordi di ristrutturazione la qualifica di procedure concorsuali, sebbene giustifichi il riferimento alla ragionevolezza osservando che, in virtù di una continua serie di modifiche normative, l'istituto si è sempre più avvicinato alle procedure concorsuali; analogamente I. Pagni, *Evoluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, protezione del patrimonio e omologazione*, in questa *Rivista*, 2014, 1079, evidenzia un sempre maggior avvicinamento alle procedure concorsuali; C.L. Appio, *Gli accordi di ristrutturazione del debito*, Milano, 2012, 87; S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in questa *Rivista*, 2012, 1138; B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l.fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Contr. e impr.*, 2011, 1312 s.; F. Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi dell'impresa*, Milano, 2011, 135. Sia consentito altresì

In una recentissima sentenza (Cass. n. 1896/2018) la Suprema Corte - a dir vero con una assai sintetica motivazione nonostante la dichiarata assenza di precedenti di legittimità e la rilevanza sistematica della problematica affrontata - nel riconoscere il beneficio della prededuzione ai crediti professionali derivanti da prestazione di attività funzionali alla omologazione di un accordo *ex art. 182 bis l.fall.* nel fallimento consecutivo, ha affermato l'“appartenenza al diritto concorsuale” dell'istituto *de quo* (pur senza dichiararne esplicitamente la natura di “procedura concorsuale”) (2).

In proposito, giova rammentare come sia possibile individuare quali elementi peculiari di una procedura concorsuale la procedimentalizzazione, l'universalità in senso oggettivo e soggettivo - in quanto riguarda l'intero patrimonio e richiede la partecipazione di tutti i creditori - e infine la concorsualità (3).

Nell'istituto regolato dall'art. 182 bis l.fall. - come osservato nel provvedimento in epigrafe - non trova applicazione il principio della *par condicio creditorum*. Invero, il debitore in crisi ha la facoltà di negoziare l'accordo selezionando alcuni creditori, i quali, a loro volta, esprimono una volontà individuale, giammai collettiva.

Giova osservare come in generale nella disciplina della crisi d'impresa - a partire dalla stagione delle

riforme iniziata nel 2005 - si assista ad una “destrutturazione” del principio di parità di trattamento (4), riscontrandosi come peculiare la differenziazione e la discriminazione dei creditori a seconda del loro atteggiarsi rispetto alla procedura (5). Indici di tale processo sono rintracciabili nella proliferazione delle cause di prelazione e del beneficio della prededuzione, nella possibilità attribuita al debitore di suddividere i creditori in classi, nel robusto depotenziamento della revocatoria fallimentare.

Tale principio, infatti, di per sé “corrispondente ad un'intuitiva esigenza di parità di trattamento” (6), esige dall'interprete uno sforzo ricostruttivo che possa indagarne la reale portata operativa fuggendo da una ingiustificata “mitizzazione” (7). Esso, al pari di ogni principio, si presta ad essere utilizzato *ad usum conditor legum*, ovvero sottoposto ad operazioni di estensione o compressione a seconda delle scelte discrezionali di politica del diritto effettuate dal legislatore (8).

Vale evidenziare come sia destituita di fondamento una connessione “forte” tra *par condicio creditorum* e istanze riconducibili ad una etica solidaristica, in quanto, per dirla con autorevole dottrina “se volessimo decidere alla stregua di un carattere di giustizia la distribuzione tra i creditori di risorse insufficienti, sarebbe indispensabile scrutinare la causa di ciascuna

rinviare a quanto osservato in I.L. Nocera, *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2017, 65; Id., *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2012, 376. In giurisprudenza, cfr., tra le tante, Trib. Reggio Emilia 19 ottobre 2017, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Milano 10 novembre 2016, *ivi*; App. Firenze 7 aprile 2016, *ivi*; l'analitica motivazione della pronuncia del Trib. Bologna 17 novembre 2011, *ivi*; Trib. Udine 30 marzo 2012, *ivi*; App. Napoli 1° dicembre 2014, *ivi*; Trib. Reggio Emilia 13 aprile 2015, *ivi*; App. Torino 3 agosto 2015, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); App. Firenze 7 aprile 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Forlì 5 maggio 2016, *ivi*; Trib. Milano 10 novembre 2016, *ivi*. Per la natura concorsuale si esprimono, invece, C. Trentini, *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione*, Milano, 2016, 158; Id., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012, 70; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, IX ed., Milano, 2015, 745; E. Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-bis l.fall.*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli - F. P. Luiso - E. Gabrielli, IV, Torino, 2014, 473; M. Ferro, *subart. 182-bis*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare, Commentario teorico-pratico*, III ed., Padova, 2014, 2501; P. Valensise, *Commento all'art. 182-bis*, in A. Nigro - M. Sandulli - V. Santoro (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, Torino, 2014, 39; Id., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, 110; F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, Milano, 2012, 76.

(2) Cfr. Cass. 25 gennaio 2018, n. 1896, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), con nota di S. Bonfatti, *La natura giuridica dei “piani di risanamento attestati” e degli “accordi di ristrutturazione”*.

(3) Sui vari elementi peculiari delle procedure concorsuali dopo la c.d. stagione delle riforme si veda P. Pajardi - A. Paluchowski,

*Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 29; A. Bonsignori, *Il fallimento*, in F. Galgano (diretto da), *Tratt. dir. comm. pubbl. econ.*, IX, Padova, 1986, 101. Sulla caratteristica dell'officiosità si rinvia alle considerazioni A. Candian, *Il processo di fallimento*, Padova, 1939, 53.

(4) In tal senso, si veda A. Nigro, “Privatizzazione” delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, 360.

(5) Giova in proposito osservare come nella normativa francese che ha introdotto la *procédure de sauvegarde* (Loi de sauvegarde des entreprises 26 luglio 2005, n. 2005-845) il progetto di piano di salvaguardia elaborato dal debitore debba essere adottato da un comitato composto da istituti di credito e da un altro costituito da fornitori di beni e di servizi, assegnando un ruolo decisivo a tali soggetti.

(6) Così U. Breccia, *Le obbligazioni*, in G. Iudica - P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991, 61. Non a caso P.G. Jaeger, “Par condicio creditorum”, in questa *Rivista*, 1984, 63, qualifica la regola della *par condicio* come “una norma di polizia processuale”. Cfr. in proposito altresì M. Rescigno, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 359.

(7) Si veda in merito V. Colesanti, *Mito e realtà della “par condicio”*, in questa *Rivista*, 1984, 32. In senso analogo J. M. Garrido, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Milano, 1998, 294, secondo il quale “il principio di uguaglianza attua solo una specie di miraggio, capace di giustificare qualsiasi regola ed al tempo stesso di non spiegare niente”.

(8) Risulta possibile individuare infatti storicamente fasi in cui tale principio è stato oltremodo ampliato o ridotto come osserva A. Maisano, *La tutela concorsuale dei diritti*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, II, Napoli, 1989, 845.

obbligazione per compilare un ordine di “meritevolezza” di tutela dell’interesse dei creditori nelle singole fattispecie” (9).

Il riferimento all’art. 3 Cost. è quindi sì presente, ma con riferimento al principio di ragionevolezza (10) che impone di valutare la coerenza che dovrebbe ammantare il sistema di regole ed eccezioni costituenti l’ossatura della *par condicio creditorum*, in modo da soddisfare la “esigenza di giustificare le deroghe secondo il canone della ragionevolezza delle discriminazioni” (11).

Lo stesso giudizio di meritevolezza che presiede all’utilizzo dei meccanismi di separazione patrimoniale in deroga ai principi di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c., guida l’autonomia privata nell’impiego di strumenti negoziali di gestione dell’insolvenza, la cui causa concreta sarà meritevole di tutela qualora sia idonea a superare lo stato di crisi (12).

Il principio di *par condicio* tradizionalmente inteso, dunque, persa la caratteristica di universalità, vede ristretto il proprio ambito di applicazione, operando solo in difetto di interessi meritevoli di maggior tutela, quale appunto la continuazione dell’attività d’impresa mediante il buon esito dell’operazione di risanamento della stessa (13). Ciò in quanto la parità di trattamento assolve ad una funzione meramente strumentale all’obiettivo di permettere una gestione ottimale dell’impresa in crisi; pertanto, la *par condicio* non può assurgere a principio assoluto, dovendo invece piegarsi alle esigenze dell’impresa intesa come attività da tutelare (14).

Giova, inoltre, sottolineare che nella fattispecie dell’accordo di ristrutturazione, trattandosi di un contratto di diritto privato, la distinzione dei crediti non avviene in base ai diritti di garanzia presenti, bensì in relazione all’esito della trattativa tra imprenditore e creditori. Tale negoziazione favorisce verosimilmente il creditore maggiormente esposto nei confronti dell’imprenditore. Si assiste, pertanto, ad una ragionevole composizione complessiva di interessi, visto che il creditore “forte” - il quale ha compiuto il maggiore sforzo economico - è anche il soggetto maggiormente interessato al superamento dello stato di crisi, al fine di poter recuperare il suo credito, tutelando indirettamente anche i creditori meno esposti (15).

### La mancanza del diritto al concorso

Il tratto precipuo che vale tuttavia a distinguere gli accordi di ristrutturazione dalle procedure concorsuali è la mancanza della finalità di regolazione del dissesto in ossequio al principio del concorso. Giova infatti precisare la differenza tra *par condicio* e concorsualità, divergenza che consente di spiegare come il concordato preventivo, benché presenti dopo la c. d. stagione delle riforme una forte deroga alla parità di trattamento dei creditori di cui all’art. 2741 c.c., sia comunque incluso nell’ambito delle procedure concorsuali.

Concorsualità non deve infatti essere intesa quale comune partecipazione alla distribuzione del ricavato

(9) Così P. Schlesinger, *L’eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 319.

(10) Il principio di ragionevolezza è “concepito come svolgimento dell’art. 3 Cost.”, come affermato dalla Corte cost. 17 marzo 1998, n. 63, in *Foro it.*, 2000, I, 41.

(11) In tal senso, G. Tarzia, *Par aut dispar condicio creditorum?*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 10. Come ha osservato il Giudice delle leggi (Corte cost. 20 aprile 1989, n. 204, in *Giur. comm.*, 1990, II, 5), pur dubitando del fondamento costituzionale della *par condicio creditorum*, “non per questo essa può vantare una assoluta inderogabilità, [...] giacché essa tollera disparità di trattamento se queste siano giustificate da ragioni apprezzabili, e tanto più se lo siano dall’attuazione di un valore costituzionale”. Del resto, la Corte ha individuato il carattere politico di tale valutazioni discrezionali, affidate istituzionalmente al legislatore, rifiutandosi quindi di intervenire per dare origine a nuove forme di prelazione.

(12) L’operazione di salvataggio è ritenuta lecita e meritevole anche nel caso in cui si preveda che alcuni creditori ricavano un significativo vantaggio individuale, a condizione che gli altri creditori estranei non ricevano un trattamento deteriore rispetto a quello di una liquidazione fallimentare del patrimonio. In tal senso, si vedano D. Galletti, *Il trust e le procedure concorsuali: una convivenza subito difficile*, in *Giur. comm.*, 2010, 895; G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, 16.

(13) Si concorda con M. Fabiani, in *Etica, legalità e crisi d’impresa tra diritto ed economia al tempo delle riforme*, in questa

*Rivista*, 2017, 1262, là dove osserva che “Le plurime deviazioni dalla *par condicio* provocano disegualianza ma questa se è progressiva e cioè se comunque consente che tutti stiano meglio e nessuno peggio, deve risultare tollerabile in un ambiente di crisi”. Sul punto cfr. V. De Sensi, *Convenzioni stragiudiziali per il salvataggio delle imprese e patti parasociali*, in *Dir. fall.*, 2005, 57; G. Terranova, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Parte speciale*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 2002, 178; C. Costa, *La crisi dell’impresa e le banche*, in G. Ragusa Maggiore - G. Tortorici (a cura di), *Crisi d’impresa e procedure concorsuali in Italia e in Europa. Prospettive di riforma*, Padova, 2002, 457; A. Jorio, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 500; e V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XIX, Torino, 1997, 485, secondo il quale in particolare il valore della parità di trattamento sarebbe esclusivamente quello di disattendere il differente criterio della priorità temporale nel soddisfacimento dei creditori.

(14) Per un’analisi da una prospettiva tipicamente civilistica del principio della *par condicio creditorum* nelle procedure concorsuali cfr. M. Migliaccio, *Parità di trattamento e concorso dei creditori*, Napoli, 2012, 180.

(15) In proposito, si vedano le riflessioni di A. Nigro, “Privatizzazione” delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, cit., 360.

della vendita coattiva dei beni del debitore. Sarebbe sufficiente, in proposito, porre mente alla circostanza che nel concordato preventivo o nell'amministrazione straordinaria i creditori non "concorrono" in tal senso.

All'opposto, risulta oltremodo riduttivo individuare il comune denominatore delle procedure concorsuali nella regolamentazione delle condotte dei creditori allo scopo di favorire il perseguimento di un interesse collettivo, ritenendo, come sostenuto da autorevole dottrina, che concorsualità significhi "regolare la corsa" dei creditori per evitare che l'arbitrio del singolo impedisca la realizzazione dell'interesse comune (16). Per scongiurare approfittamenti o asimmetrie informative basterebbe infatti il combinato disposto della *par condicio* e del principio di buona fede.

Si rivelerebbe forse più appagante considerare la concorsualità come un sistema informato ad offrire un insieme di regole specialmente processuali, ma strettamente legato all'universalità della responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c., che permette di mettere in corrispondenza la garanzia patrimoniale alle pretese dell'intero ceto creditorio inteso come gruppo, disciplinando le posizioni di conflitto tra creditori quando il patrimonio si rivela incapiente (17). Tutte le procedure concorsuali, infatti, interessano l'intero patrimonio del debitore, sia in senso statico che dinamico, e coinvolgono tutti i creditori.

La *par condicio creditorum*, invece, indica uno dei metodi di governo del concorso, ovvero un criterio sostanziale finalizzato a regolare i rapporti tra creditori che, appunto in concorso tra loro, ambiscono alla stessa garanzia patrimoniale.

L'istituto di cui all'art. 182 *bis* l.fall., benché presenti misure protettive quali l'inibizione delle azioni

individuali, non contempla una concorsualità né di ordine processuale - come volta a preservare la *par condicio creditorum*, esaurendosi 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 (18). Difetta infatti una figura che vigili 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 temporalmente limitata (19).

Pertanto, l'effetto di tutelare il patrimonio da iniziative dei singoli creditori non aderenti è comunque automaticamente collegato all'esclusiva iniziativa del debitore, attraverso la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, senza alcuna mediazione del Tribunale, né attraverso un formale provvedimento di ammissione.

A *fortiori* l'eterogeneità tra gli accordi di ristrutturazione e procedure concorsuali emerge adottando la nozione tradizionale di concorsualità, focalizzata sul momento di realizzazione delle singole pretese creditorie mediante una proporzionale liquidazione dell'attivo, in un'ottica volta ad assicurare la paritetica soddisfazione dell'intero ceto creditorio attuando il principio della responsabilità patrimoniale (20).

A differenza della procedura concordataria, negli accordi di ristrutturazione non opera la regola della maggioranza e la circostanza 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, che integra una mera condizione per l'omologazione: di conseguenza tale percentuale può essere

(16) In tal senso, si veda G. Terranova, *Le procedure concorsuali. Problemi d'una riforma*, Milano, 2004, VI, 59; Id., *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *Dir. fall.*, 2012, 4, secondo il quale la concorsualità consiste "nell'allineare tutti i concorrenti dietro un unico nastro di partenza, che impedisca ai più furbi, o ai più informati, di approfittare della confusione per avvantaggiarsi su chi è più indolente o, semplicemente, più corretto". Più recentemente si vedano le lucide riflessioni di M. Fabiani, *Appunti sulla responsabilità patrimoniale "dinamica" e sulla de-concorsualizzazione del concordato preventivo*, in M. Ambrosini (a cura di), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e nuova disciplina in materia bancaria dopo le riforme del 2015 e del 2016*, Bologna, 2017, 41.

(17) Si vedano in merito le osservazioni di G. Terranova, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievole ai creditori. Parte speciale*, III, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 2002, 183; Id., *Le procedure concorsuali. Problemi di una riforma*, Milano, 2004, 59; V. De Sensi, *La concorsualità nella gestione delle imprese in crisi*, Roma, 2009, 238.

(18) Sul punto infatti ancora 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".

(19) In proposito, cfr. Trib. Bergamo 19 dicembre 2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), secondo il quale "Non c'è pertanto un interesse qualificabile come "di massa" al miglior soddisfacimento possibile e al rispetto della *par condicio* né, conseguentemente, un organo rappresentativo di tale interesse (quale è il commissario giudiziale nel concordato preventivo), con il compito precipuo di informare il più compiutamente possibile il ceto creditorio in ordine alle prospettive di realizzo del piano e di adempimento della proposta".

(20) In merito si veda A. Nasi, *Titolo del credito e concorsualità nell'espropriazione*, Milano, 1986, 17, e J.M. Garrido, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Milano, 1998, 294.

# Giurisprudenza

## Accordi di ristrutturazione

conseguita anche successivamente alla stipula dell'accordo (21).

L'ampia autonomia di cui gode l'imprenditore ai sensi dell'art. 1322 c.c. in relazione al contenuto dell'accordo, che gli consente di plasmare l'operazione di ristrutturazione sulle caratteristiche concrete dell'impresa e del ceto creditorio, corrobora la qualificazione dell'istituto *de quo* come un contratto di diritto privato (22) che si conclude ai sensi dell'art. 1326 c.c., al pari degli altri contratti consensuali, nel momento in cui l'accettazione dell'ultimo creditore giunge a conoscenza di tutte le altre parti, in ipotesi di contratto plurilaterale, ovvero con lo scambio dei consensi tra il debitore e ciascun creditore in caso di fascio di contratti collegati (23).

L'imprenditore e i creditori stipuleranno dunque un negozio socialmente tipico, a formazione progressiva, funzionale a perseguire l'obiettivo essenziale del soddisfacimento delle pretese creditorie, in combinato con l'esigenza di ristabilire l'equilibrio patrimoniale e finanziario, in modo da realizzare il salvataggio dell'impresa per mezzo del suo risanamento economico. Gli accordi di ristrutturazione si presentano dunque come un istituto nettamente distinto dal novero delle procedure concorsuali.

### L'impossibilità di applicazione analogica

Appare dunque difficile configurare una categoria concordataria unitaria, comprendendo in essa il concordato preventivo, quello fallimentare e gli accordi

di ristrutturazione date le differenze tra i tre istituti e i rischi che potrebbero conseguire da un'applicazione diretta alle altre figure delle norme del concordato preventivo assunto, in ipotesi, a *genus* (24).

Non ha avuto séguito il tentativo pur autorevole di costruire una categoria generale nella quale includere il concordato preventivo, quello fallimentare e il concordato stragiudiziale, istituto precursore degli accordi di ristrutturazione definiti infatti come "concordato stragiudiziale omologato" (25). Secondo tale orientamento i suddetti istituti erano tutti riconducibili a un paradigma contrattuale fra imprenditore insolvente e i suoi creditori, avente ad oggetto il soddisfacimento dei crediti, in modo da permettere l'adempimento al debitore con la conseguente rimozione dello stato d'insolvenza (26).

Tale concezione "contrattualistica" è stata sostenuta con varie sfumature da molti autori, i quali riconoscevano nel concordato un'organizzazione su base maggioritaria in sede di votazione, giustificando così il rispetto del metodo collegiale e l'efficacia *erga omnes* della volontà unitaria (27).

Tuttavia, questo indirizzo si è scontrato con la cenata diversità qualitativa degli accordi di ristrutturazione e con le caratteristiche processuali del concordato, in cui la deliberazione dei creditori rappresenta un atto processuale complesso che individua nel provvedimento giudiziale la fonte del regolamento concordatario (28). Del resto, il concordato preventivo si differenzia già da quello fallimentare o incidentale, il quale, pur condividendo la struttura

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

(22) Sul punto cfr. App. Torino 3 agosto 2015, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), secondo cui gli accordi di ristrutturazione dei debiti non devono necessariamente essere connotati da un contenuto tipico, essendo al contrario rimessi alla libertà negoziale in quanto contratti di diritto privato non riconducibili alle procedure concorsuali.

(23) Sulle possibili configurazioni strutturali sia consentito rinviare 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.

(24) Benché anche nella manualistica recente sia presente una trattazione unitaria del concordato preventivo e di quello fallimentare, cfr. C. Cecchella, *Il diritto fallimentare*, Milano, 2015, 415, si ritiene tuttora preferibile l'impianto categoriale classico delineato da A. Bonsignori, *Del concordato*, sub artt. 118-145 *l.fall.*, in F. Bricola - F. Galgano - G. Santini (diretto da), *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977, 128; E. Frascaroli Santi, *Concordato stragiudiziale*, Padova, 1984, 193.

(25) Così E. Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182bis *l.fall.*) e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 849.

(26) In tal senso F. Ferrara, *Concordato fallimentare*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 471. Già A. Rocco, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902, 149, nell'imperio del codice di commercio del 1882, qualificava il concordato c.d. giudiziale o di

massa previsto dagli artt. 833 ss., in senso contrattualistico osservando che "tanto più ci si allontana dalla concezione contrattualistica e più si cade nell'artificio e nell'errore", aggiungendo che "una costruzione soddisfacente del concordato non sia possibile che su base contrattuale" in quanto "il concordato è un contratto".

(27) Si ricorda in proposito la posizione di G. De Semo, *Diritto fallimentare*, Padova, 1959, 551, secondo il quale si può individuare nel concordato una proposta del debitore diretta ai creditori chiamati ad approvarla, con l'omologazione giudiziale in funzione di mera condizione legale o *condicio iuris* per rendere efficace un contratto già stipulato. Con leggere variazioni Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1952, 365, identificava invece nel concordato preventivo un accordo diretto a regolare un rapporto giuridico patrimoniale disciplinato dalla volontà delle parti e l'omologazione del Tribunale funziona come condizione di efficacia imposta per il controllo della legalità e della convenienza del concordato al fine di tutelare gli interessi della minoranza dissenziente. L'orientamento adottato da F. Ferrara, *Il fallimento*, Milano, 1959, 151, qualificava il concordato alla stregua di una transazione laddove vedeva contrapporsi l'offerta del debitore di pagare una certa frazione del credito, alla rinuncia dei creditori di domandare la differenza, al fine reciproco di evitare la lite esecutiva incarnata dal fallimento.

(28) Per la posizione processualistica si veda su tutti A. Bonsignori, *Concordato preventivo*, sub art. 160 *legge fallim.*, in F. Bricola - F. Galgano - G. Santini (diretto da), *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 1979, 318; G. Lo Cascio, *Il concordato*

del primo, costituisce un sub-procedimento del processo di fallimento diretto ad attuare una sistemazione dell'insolvenza cui segue la cessazione del fallimento.

È pur vero che il Reg. 20 maggio 2015, n. 2015/848 sulle procedure di insolvenza (che riforma il Reg. n. 2000/1346) (29) comprende nell'Allegato A tra le procedure italiane gli accordi di ristrutturazione dei debiti - a differenza della versione datata 24 luglio 2008 dell'allegato A del Reg. n. 2000/1346, in cui la stessa figura di cui all'art. 182 bis l.fall. non è annoverata tra gli *insolvency proceedings* (30) -, tuttavia, giova osservare come le "procedure" ricomprese nel nuovo regolamento non siano caratterizzate né dal requisito della concorsualità né da quello del pieno spossessamento (31). Non a caso durante i negoziati per l'adozione del nuovo regolamento, vi sono stati dubbi sull'inclusione nel suo campo di applicazione dello *scheme of arrangement* inglese e della *sauvegarde financière accélérée* francese (32).

Pertanto, l'inserimento degli accordi di ristrutturazione in tale Regolamento si giustifica con l'obiettivo della nuova disciplina di ampliare il proprio campo di applicazione estendendolo alle procedure non concorsuali, non caratterizzate dallo spossessamento del debitore nonché a quelle aventi carattere non meramente liquidatorio ma anche di ristrutturazione, in una prospettiva che mira alla "convergenza delle procedure di insolvenza e di ristrutturazione", al fine di favorire "la tempestiva ristrutturazione di imprese vitali in difficoltà finanziarie" (33).

Si comprende dunque l'impossibilità, sostenuta dal provvedimento in commento, di applicazione in via analogica all'accordo di ristrutturazione dell'onere di deposito ed iscrizione al registro delle imprese della deliberazione degli amministratori, previsto dall'art. 152, l.fall. per il concordato fallimentare.

Peraltro - come afferma la Corte d'appello nel provvedimento in epigrafe - difetta il presupposto per ricorrere all'analogia: non si rinviene infatti una effettiva lacuna normativa ma una semplice differente disciplina di oneri informativi tra il debitore che accede all'accordo di ristrutturazione e il debitore che intende proporre un concordato, il quale presuppone quale condizione di ammissibilità l'adozione di un provvedimento autorizzativo. Se infatti nella disciplina di cui all'art. 182 bis l.fall. il giudice è chiamato a verificare unicamente la sussistenza dei requisiti ai fini dell'omologa, i quali costituiscono non requisiti di perfezionamento dell'accordo - che è già stato stipulato con lo scambio dei consensi - bensì appunto condizioni di omologazione, non si comprende quale ulteriore valenza informativa possa rivestire l'originaria delibera degli amministratori che ha fissato la proposta e le condizioni di un accordo oramai già stipulato.

Tantomeno è ammissibile fondare un presunto obbligo di pubblicazione inerente la deliberazione degli amministratori in forza del richiamo contenuto nell'art. 182 bis l.fall. all'art. 161 l.fall. atteso che è espressamente limitato alla documentazione elencata nella norma in tema di concordato e non già alla delibera degli amministratori.

### La pubblicazione del piano e della relazione del professionista nel registro delle imprese

La Corte partenopea ha inoltre statuito che non possa ritenersi preclusiva dell'omologazione dell'accordo la mancata pubblicazione nel registro delle imprese del piano e della relazione del professionista attestatore.

Giova premettere che l'art. 182 bis l.fall. si limita a prescrivere, al secondo comma, che "l'accordo è

*preventivo*, Milano, 1979, 15; A. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1953, 1276; R. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1955, 1070; E. Frascaroli Santi, *L'adunanza dei creditori e la votazione nei procedimenti concorsuali*, Padova, 1989, 43.

(29) Si tratta del Reg. (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza (rifusione) è pubblicato in G.U.U.E. 5 giugno 2015, n. L 141 entrato in vigore il 26 giugno 2015. Per una approfondita analisi si veda P. De Cesari, *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, in questa *Rivista*, 2015, 1026.

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

(31) Cfr. il Reg. (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza (rifusione),

pubblicato in G.U.U.E. 5 giugno 2015, n. L 141, il cui art. 2 definisce "procedura concorsuale" "una procedura che comprende tutti o una parte significativa dei creditori di un debitore a condizione che, nel secondo caso, la procedura non pregiudichi i crediti dei creditori non interessati dalla procedura stessa".

(32) In proposito cfr. F. Iodice, *Scheme of arrangement tra raccomandazione della Commissione e riforma del regolamento sulle procedure di insolvenza*, in questa *Rivista*, 2015, 1093; A. Jorio, *Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in questa *Rivista*, 2015, 1070 e G. Carmellino, *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, in questa *Rivista*, 2015, 1057.

(33) Così Comunicazione COM(2015) 468 contenente il "Piano di azione per la creazione dell'Unione dei mercati dei capitali, par. 6.2. Si veda in proposito Trib. Milano 10 novembre 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

## Giurisprudenza

# Accordi di ristrutturazione

pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione” (34).

Tale previsione assume particolare momento in quanto condiziona l'efficacia dell'accordo alla pubblicazione nel registro delle imprese, permettendo a chiunque di prenderne visione. Invero, questa disposizione rappresenta una sorta di “punto di collisione” tra l'essenza contrattualistica dell'accordo ed il suo inserimento nel contesto procedurale. 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, soggetto alla disciplina di diritto comune, produrrà i suoi effetti negoziali senza il rispetto di alcun requisito pubblicitario (35).

L'argomento storico (36), oltre a quello funzionale, fanno propendere per una lettura che rifiuta di considerare la pubblicizzazione nel registro delle imprese quale elemento formativo dell'atto (37), assegnandole invece il ruolo di adempimento necessario al fine di conseguire esclusivamente effetti legali (38). Infatti, la pubblicazione produce *in primis* l'inibitoria degli atti esecutivi, conservativi e cautelativi (non concordati) nonché la decorrenza per i creditori del termine per proporre opposizione.

Richiamate le precedenti considerazioni in ordine alla “questione anagrafica” dell'accordo di ristrutturazione, è da escludere recisamente che sia possibile dedurre la necessità anche della pubblicazione del piano e dell'attestazione

dall'applicazione analogica delle norme sulla procedura concordataria (39).

Pertanto, stante il silenzio della legge, appare assai arduo individuare in via interpretativa la sussistenza di un obbligo implicito relativo alla pubblicazione di documentazione ulteriore rispetto all'accordo, tantomeno ritenere che dal mancato adempimento di tale ipotetico obbligo possa discendere - quale implicita sanzione - il rigetto o la declaratoria d'inammissibilità dell'istanza di omologazione.

A tal proposito, è utile il raffronto con la disciplina di cui all'art. 182 *septies* l.fall. sulla speciale tipologia di accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari che consente di estendere l'efficacia dell'accordo ai creditori terzi. Il comma 4 di tale norma stabilisce esplicitamente che il debitore “oltre agli adempimenti pubblicitari già previsti”, deve notificare agli intermediari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo, “il ricorso e la documentazione di cui al primo comma dell'art. 182-bis”, con termine per proporre opposizione decorrente da tale notificazione. In più, l'estensione degli effetti ai creditori terzi è in tale fattispecie subordinato all'accertamento da parte del Tribunale in sede di omologa che questi “abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti” (40).

Pertanto, secondo il canone ermeneutico *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, nella tipologia di accordi “generale” di cui all'art. 182 *bis* l.fall. l'onere informativo a

(34) Tale pubblicazione, a pena di inammissibilità del ricorso, dovrà riguardare l'accordo già concluso e recante le sottoscrizioni dei creditori aderenti e non già una mera proposta di accordo. In tal senso, si veda Trib. Vicenza 21 dicembre 2009, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

(35) 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*, cit., *passim*; E. Frascaroli Santi, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984, 9; Id., *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, 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*, in G. Cottino, *Tratt. di dir. comm.*, Padova, 2008; 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 questa *Rivista*, 1997, 553; R. Santini, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, I, 1998, 609.

(36) Sull'evoluzione storica dei concordati stragiudiziali cfr. I.L. Nocera, *Autonomia privata e insolvenza: l'evoluzione delle soluzioni negoziali dai codici ottocenteschi al contratto sulla crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2014, 401.

(37) 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.

(38) Si vedano in merito le lucide riflessioni di M. Sciuto, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 342.

(39) In proposito al sistema pubblicitario attuato con il registro delle imprese in ambito concorsuale si rinvia alle osservazioni di R. Brogi, *La pubblicazione della domanda di concordato preventivo nel registro delle imprese*, in questa *Rivista*, 2017, 955.

(40) Si vedano in proposito le approfondite riflessioni di B. Conca, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: disciplina e prime considerazioni applicative*, in M. Ambrosini (a cura di), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e nuova disciplina in materia bancaria dopo le riforme del 2015 e del 2016*, Bologna, 2017, 715. Dato l'ampio onere informativo a carico del debitore il quale deve fornire “complete ed aggiornate informazioni” anche sugli effetti dell'accordo, si deve ritenere che l'imprenditore in crisi debba comunicare ai creditori anche le garanzie reali o personali che assistono alcuni debiti. Come sostiene M. Bianca, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in *Dir. fall.*, 2015, 542, “si tratta, infatti, di circostanze aventi diretta incidenza sulla valutazione della posizione giuridica e dell'interesse economico di ciascun creditore e, di riflesso, sull'effettiva omogeneità delle varie categorie in cui verrebbero suddivisi. Insomma, il debitore dovrà rendere tutti i creditori edotti non solo di quanto ciascuno riceverà sulla base dall'accordo, ma anche di quanto ciascuno effettivamente perderà in conseguenza della crisi dell'impresa”.

carico del debitore deve ritenersi circoscritto all'informazione veicolata dal registro delle imprese espressamente limitata al solo accordo una volta concluso. I creditori informati avranno dunque l'onere di legittimarsi presso la cancelleria del Tribunale, dimostrandone interesse, al fine di conoscere la documentazione a corredo dell'accordo.

La Corte d'appello di Napoli adotta dunque un orientamento diametralmente antitetico a quanto affermato da una precedente giurisprudenza di merito la quale aveva ritenuto che per assicurare una (auspicabilmente) completa informazione dei creditori il debitore fosse tenuto a provvedere alla pubblicazione sul registro delle imprese dell'attestazione del professionista e del piano di ristrutturazione, ovvero sia la documentazione che la legge vorrebbe invece dover (solo) essere depositata in tribunale, ai sensi del richiamo all'art. 161 l.fall. (41).

Coerentemente con tali precedenti, il giudice di prime cure aveva statuito che l'art. 182 bis l.fall. dovesse interpretarsi estensivamente nel senso di postulare implicitamente la pubblicazione di documentazione addizionale rispetto agli accordi quale il piano e la relazione del professionista, al fine di assicurare una maggiore cognizione ai soggetti eventualmente interessati a presentare opposizione. Invero, secondo il comma 4 dell'art. 182 bis l.fall., il termine di trenta giorni per la proposizione dell'opposizione decorre dalla pubblicazione sul registro delle imprese dell'accordo.

Tuttavia, si osserva che in mancanza della pubblicazione del piano e dell'attestazione del professionista i

soggetti interessati all'opposizione non sarebbero comunque privi di tutela.

Infatti, come evidenziato dalla Corte d'appello, nel caso in cui l'accordo sia pubblicato dopo il deposito del ricorso ex art. 182 bis, comma 1, l.fall., i creditori non saranno costretti a proporre un'opposizione meramente esplorativa in quanto ben potranno avere conoscenza del piano e della relazione del professionista presso il Tribunale proponendo un'istanza di visibilità. Nell'ipotesi opposta in cui l'accordo sia pubblicato prima del deposito del ricorso, gli stessi soggetti potranno esperire reclamo ai sensi del comma 5 della predetta norma la quale prevede la pubblicazione nel registro delle imprese del provvedimento di omologa, sebbene - valga sottolinearlo - il termine per proporre tale reclamo sia di soli quindici giorni dalla pubblicazione del decreto.

### L'equilibrio informativo tra debitore e creditori

La tesi che reputa necessaria la pubblicazione del piano e dell'attestazione in funzione della tutela dei creditori non aderenti, i quali avrebbero così immediata cognizione della probabilità di realizzazione del piano e dunque la possibilità di utilizzare il termine di trenta giorni dalla pubblicazione per esperire l'eventuale opposizione, è autorevolmente sostenuta in dottrina (42).

È invero di tutta evidenza che il corretto funzionamento della composizione negoziale della crisi esige un flusso informativo adeguato da un punto di vista tecnico e operativo, funzionale a favorire la

(41) In tal senso Trib. Udine 19 maggio 2016, in questa *Rivista*, 2016, 911 con nota di M. Fabiani, *Gli accordi di ristrutturazione nella cornice della tutela dei diritti e la rilevanza della fattispecie speciale di cui all'art. 182 septies l.fall. in chiave di collettivizzazione della crisi*. In particolare, tale provvedimento interpreta estensivamente la norma che prevede la pubblicazione del solo accordo, ritenendola implicitamente riferita anche al piano e alla relazione del professionista, atteso che il piano di ristrutturazione dei debiti "deve intendersi quale parte integrante dell'accordo, il cui scopo è appunto quello di superare o comunque risolvere lo stato di crisi dell'impresa", mentre la relazione del professionista "rappresenta un elemento essenziale per permettere ai creditori estranei di valutare l'opportunità di proporre opposizione, tant'è che la legge evidenzia - quale contenuto peculiare della relazione in sede di omologazione degli accordi di ristrutturazione - il giudizio "sulla idoneità dell'accordo ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei"; qualora la relazione non fosse pubblicata nel registro delle imprese, i creditori estranei non avrebbero modo di conoscerla, e potrebbero essere costretti a presentare un'opposizione "esplorativa" al solo fine di avere titolo per accedere al fascicolo del tribunale e prendere finalmente visione del documento che proprio ai creditori estranei è principalmente diretto". In senso analogo, cfr. Trib. Roma 5 novembre 2009, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, 731 la quale tuttavia riguarda la fattispecie di un accordo ex art. 182 bis l.fall. che costituisce elemento

essenziale di un più ampio piano di ristrutturazione del gruppo di imprese del quale fa parte la proponente, pertanto "anche quest'ultimo documento dovrà essere depositato presso il registro delle imprese, specialmente nel caso in cui l'accordo di ristrutturazione acquisti pienezza di significato solo nell'ambito del più generale piano aziendale".

(42) Si vedano in particolare le riflessioni di M. Fabiani, *Gli accordi di ristrutturazione nella cornice della tutela dei diritti e la rilevanza della fattispecie speciale di cui all'art. 182 septies l.fall. in chiave di collettivizzazione della crisi*, in questa *Rivista*, 2016, 911; C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 257; P. Valensise, *Commento all'art. 182-bis, cit.*, 418; E. Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-bis l.fall.*, cit., 498; S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio - M. Fabiani, Bologna, 2010, 1155. In particolare, sulla necessità della pubblicazione della attestazione cfr., A. Nigro, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XXV, Torino, 2012, 81; G. Falcone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: genesi, evoluzione, fenomenologia*, in A. Didone (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, II, Milano, 2016, 1970; G.B. Nardecchia, *sub art. 182-bis*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, III, Milano, 2010, 814; si veda tuttavia, *contra* C.L. Appio, *Gli accordi di ristrutturazione del debito*, cit., 111.

## Giurisprudenza

# Accordi di ristrutturazione

formazione in capo ai creditori di un consenso consapevole (43). Tuttavia occorre parimenti tenere in conto l'interesse dell'imprenditore in crisi a non ostentare informazioni relative alla propria situazione patrimoniale e finanziaria nonché al concreto contenuto del piano di ristrutturazione.

Ribadita l'impossibilità di enucleare in via interpretativa l'obbligo implicito di pubblicazione del piano e della relazione del professionista, in un orizzonte più ampio, si può rintracciare un utile riferimento all'onere informativo del debitore nella pendenza delle trattative nella clausola generale di buona fede la quale - attraversando orizzontalmente tutto il diritto contrattuale - è di fondamentale importanza nella gestione della crisi d'impresa. Non a caso, nel *Chapter XI del U.S. Bankruptcy Code* statunitense al par. 1129 si prevede, tra i requisiti che il giudice è tenuto a valutare ai fini della conferma del piano, che *"the plan has been proposed in good faith"*.

In merito, è opportuno seguire il precetto scolastico *distingue frequenter*, differenziando tra "informazione completa" e "informazione rilevante". Tale rilevanza, considerando il *favor* del legislatore per il tentativo di risanamento, dovrà essere valutata avendo principalmente riguardo all'interesse dell'imprenditore, il

quale, dunque, dovrà sì rendere noti gli altri partecipanti al tentativo di ristrutturazione, ma senza essere tenuto a comunicarne tutti i dettagli. Il dovere di informare secondo buona fede, infatti, non impone di descrivere a qualsiasi creditore in maniera puntuale e integrale il sacrificio proposto o accettato dagli altri creditori, tantomeno di renderlo edotto del punto fino al quale l'imprenditore può spingersi nella trattativa: altrimenti, è evidente come quest'ultimo apparirebbe totalmente disarmato davanti alle controparti creditorie (44).

Il riequilibrio delle asimmetrie informative tra i creditori può avvenire ad opera del ceto creditorio stesso, come dimostrano i codici di condotta predisposti dall'A.B.I. per gli istituti di credito (45), non sussistendo in capo al debitore alcun obbligo di rivelare le condizioni di ristrutturazione proposte a ciascun altro creditore (46).

Del resto, emerge quale tratto evidente dell'attuale disciplina delle procedure concorsuali come sia rimessa a ciascun creditore la facoltà di disporre della difesa delle proprie ragioni in via di autotutela, potendo anche rinunciare alla propria posizione giuridica garantita dal principio di trattamento paritario (47): risulterebbe, quindi, singolare e dissonante la previsione del dovere a

(43) Come opportunamente osserva M. Sciuto, *I doveri informativi del debitore nella proposta concordataria e di ristrutturazione del debito*, in *Dir. fall.*, 2015, 545, negli strumenti di composizione negoziale della crisi d'impresa, il "bene" primario che si intende assicurare è "proprio quello dell'informazione: della corretta e completa informazione del debitore ai creditori, e in certa misura al mercato in generale. Lo dimostra il fatto che anche a prescindere dalla meritevolezza del debitore o di qualsiasi apprezzamento morale sulla sua condotta, e anche prescindere, soprattutto, della obbiettiva convenienza della sua proposta, ogni rilevante vizio che affetti l'attendibilità dell'informazione su cui la proposta si basa - svelandola come incompleta o decettiva - è destinato a provocare l'interruzione della procedura. Ed anzi, persino in sede postuma, a omologazione oramai concessa, l'effetto di quest'ultima rischia di venire travolto per via dell'annullamento". Il valore dell'informazione come presupposto per l'esercizio del diritto di voto dei creditori è particolarmente sottolineato da M. Fabiani, *Dalla votazione al voto nel concordato fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 571 e da P. Benazzo, *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari: buona fede e principio di maggioranza*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e nuova disciplina in materia bancaria dopo le riforme del 2015 e del 2016*, a cura di M. Ambrosini, Bologna, 2017, 749; E. Bertacchini, *Clausole generali e autonomia negoziale nella crisi d'impresa*, in *Contr. e impr.*, 2011, 687.

(44) Si veda C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Realtà sociale ed effettività della norma*, I, Milano, 2002, 419, secondo il quale un comportamento ossequioso dell'art. 1375 c.c. è quello del debitore che comunica al creditore le circostanze rilevanti per l'esecuzione del contratto con riferimento alla singola posizione negoziale.

(45) Nelle direttrici del codice di condotta A.B.I. si prevede l'obbligo di "partecipare ad adeguato livello alla riunione sulla proposizione dell'iniziativa di concertazione; fornire una adeguata

informazione scritta delle notizie in possesso; mantenere la riservatezza circa la convocazione dell'incontro; non utilizzare la notizia al fine di modificare la propria situazione in fatto o in diritto verso l'impresa coinvolta dal momento in cui è pervenuta la notizia stessa e fino alla comunicazione delle proprie decisioni". Aggiungendosi inoltre l'obbligo di "favorire la circolazione tra tutti i soggetti interessati delle informazioni di rilevanza ai fini della valutazione ed adesione al piano di risanamento". Si vedano in proposito ancora S. Bonfatti - G. Falcone, *La concertazione per la soluzione delle crisi di impresa: la "amministrazione bancaria" ed il nuovo codice di comportamento bancario sulla gestione delle crisi aziendali*, in *Dir. banc.*, 2001, I, 379; A. Musuraca, *Convenzione bancaria A.B.I. e accordi di ristrutturazione dei debiti nella novellata riforma fallimentare: rischi connessi*, in F. Di Marzio (a cura di), *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, Torino, 2006, 495; P. Pellegrinelli, *Procedimento e controllo giurisdizionale nella soluzione negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, 36. Del resto, anche nel *London Approach* e nel *First Principle* contenuto nello *Statement of Principles for a Global Approach to Multi-creditor Workout* adottati dall'*INSOL Lenders Group*, disponibile al sito *Insol.org*, sebbene la regola sia la riservatezza, si prevede un periodo destinato a permettere a tutti i creditori di raccogliere le notizie disponibili sull'effettivo stato dell'impresa. Si veda in merito S. Ronco, *Soluzioni "contrattate" delle controversie societarie fra nuova disciplina e prospettive di riforma per la crisi di impresa*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 383.

(46) Si osserva come nel su citato *London Approach* la fase di analisi e di stabilizzazione sia riservata e confidenziale, mentre nella fase di vero e proprio risanamento viene garantita una informazione adeguata in particolare ai principali soggetti impegnati nell'operazione di ristrutturazione.

(47) Con riferimento all'esercizio dell'azione revocatoria non è infatti stabilita alcuna potestà d'ufficio.

carico dell'imprenditore in crisi di rendere edotto il creditore delle proposte negoziali offerte a tutti gli altri creditori (48).

È del resto acclarato in giurisprudenza come possa concretizzarsi ipotesi di dolo omissivo, con il conseguente annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c., esclusivamente nel caso in cui l'inerzia della parte si innesti nell'ambito di un comportamento diretto specificamente a ingannare con astuzia o malizia, con la necessaria presenza del carattere dell'intenzionalità (49). Di conseguenza, qualora il debitore taccia o si dimostri reticente, senza alterare la rappresentazione della realtà del creditore, non si integra un'ipotesi di dolo. In ogni caso si rivela necessaria un'analisi *in casibus* calibrando il principio di buona fede sulle particolarità della fattispecie concreta.

Ipotesi diversa è ovviamente quella in cui un creditore condizioni la propria partecipazione non solo alla partecipazione di un altro creditore, ma all'accettazione da parte di un determinato creditore di una particolare rinegoziazione della propria posizione giuridica.

### Gli obblighi informativi dopo la riforma

Il percorso argomentativo svolto porta a concordare con la conclusione proposta dalla Corte d'Appello di Napoli là dove rinviene la *ratio* della previsione della pubblicazione esclusivamente dell'accordo di ristrutturazione e non del piano e dell'attestazione del professionista nel modulare in modo diverso la natura e l'ampiezza dei dati che divengono accessibili anche

ai terzi, reputando così meritevole l'interesse dell'imprenditore in crisi alla non ostensione di tali informazioni.

Il debitore è infatti come il voltairiano "uomo di lettere" che somiglia al pesce volante per cui "se si innalza un poco, gli uccelli lo divorano; se si immerge, lo divorano i pesci" (50): è invero tenuto a muoversi su un sottile crinale, stretto tra la necessità di concedere ai creditori informazioni al fine di tentare la strada del risanamento, da una parte, e la pari necessità di evitare che le stesse informazioni, ove conosciute da altri creditori, possano far naufragare tale tentativo, dall'altra.

Giova precisare che le esposte riflessioni possono essere, con le precisazioni che seguono, sostanzialmente confermate anche alla luce della bozza di decreto legislativo in attuazione della delega di cui alla L. n. 155 del 2017 (51) destinato a dar vita ad un "codice della crisi e dell'insolvenza" (52).

Con lo scopo di rendere più duttile e meglio fruibile l'istituto in esame, la riforma si limiterebbe, per un verso, a razionalizzare l'istituto prevedendo una piena omogeneità con il concordato preventivo sia per il procedimento di accesso, sia per la sospensione in caso di reclamo contro la sentenza che pronuncia sull'omologazione (art. 56), sia sugli effetti della revoca dell'omologazione (art. 57), sia per quanto attiene alle misure protettive (art. 58). Per altro verso, la bozza di decreto valorizzerebbe gli accordi di ristrutturazione stabilendo la rinnovazione delle attestazioni qualora si rendano necessarie modifiche non marginali dell'accordo o del piano (art. 62); l'estensione degli effetti dell'istituto ai soci

(48) Non a caso il *Chapter XI* del *U.S. Bankruptcy Code* al par. 1125 (a) (1) definisce il significato di "adequate information" come "information of a kind, and in sufficient detail, as far as is reasonably practicable in light of the nature and history of the debtor and the condition of the debtor's books and records, that would enable a hypothetical reasonable investor typical of holders of claims or interests of the relevant class to make an informed judgment about the plan" precisando tuttavia che "adequate information need not include such information about any other possible or proposed plan".

(49) Si vedano in merito Cass. 31 maggio 2010, n. 13231, in *Giust. civ.*, 2010, 1863; Cass. 20 aprile 2006, n. 9253, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1454; Cass. 15 marzo 2005, n. 5549, in *Giust. civ.*, 2006, I, 647; Cass. 11 ottobre 1994, n. 8295, *Giur. it.*, 1995, I, 998. Del resto, in tema di assicurazione l'art. 1892 c.c. non reputa rilevante ai fini dell'annullabilità del contratto di assicurazione ogni falsità, inesattezza o omissione relativa al rischio riferibile all'assicurato, ma unicamente quella idonea a determinare il consenso dell'assicuratore a contrarre o a contrarre a certe condizioni. Inoltre assume rilevanza anche lo stato soggettivo dell'assicurato il quale deve avere agito con dolo o colpa grave, ovvero con consapevolezza dell'avvenuta reticenza, inesattezza o falsità, e altresì dell'importanza dell'informazione omessa, erronea o falsa. Sul punto cfr. Cass. 31 gennaio 1981, n. 730, in *Mass. Foro it.*, 1981. In dottrina si riscontra la posizione di coloro che affermano

la sussistenza del dolo omissivo in presenza della violazione di un dovere di informazione specificamente previsto dalle norme o desumibile dalla regola dell'art. 1337 c.c., si veda sul punto F. Ceppi, *Il dolo nei contratti*, Padova, 2001, 89. Si veda inoltre M. Franzoni, *Un vizio del consenso: il dolo*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, 324, e C. Colombo, *Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptus*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 384.

(50) Cfr. Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, in *Œuvres complètes de Voltaire*, tome VIII, Parigi, 1836, 12: "L'homme de lettres est sans secours, il ressemble aux poissons volants; s'il s'élève un peu, les oiseaux le dévorent; s'il plonge, les poissons le mangent".

(51) Pubblicata sulla *G.U.* 30 ottobre 2017. Per i primi commenti cfr. G. Lo Cascio, *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali tra diritto ed economia*, in questa *Rivista*, 2017, 1253; S. De Matteis, *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2017, 1291.

(52) Si veda la bozza del decreto legislativo delegato "Codice della crisi e dell'insolvenza" in attuazione della delega di cui alla L. 19 ottobre 2017, n. 155, consegnata il 22 dicembre 2017 dal Presidente della Commissione ministeriale Renato Rordorf al Ministro della Giustizia e disponibile al sito internet *Osservatorio-Oci.org*.

## Giurisprudenza

# Accordi di ristrutturazione

illimitatamente responsabili (art. 63); il dimezzamento della soglia del 60% dei crediti in caso di mancata moratoria del pagamento dei creditori estranei e di mancata richiesta di misure protettive (art. 64); la possibilità, a determinate condizioni, di estendere gli effetti dell'accordo di ristrutturazione non liquidatorio anche a creditori terzi (anche diversi da intermediari finanziari) rappresentanti il 75% dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee (art. 65).

Per quanto attiene agli oneri informativi, si prevede in particolare che dopo il deposito dell'accordo di ristrutturazione, il tribunale fissi con decreto l'udienza per l'omologazione (art. 51, comma 3) e disponga che tale provvedimento sia pubblicato nel registro delle imprese ove l'imprenditore ha la sede legale e notificato, a cura del debitore, agli eventuali creditori dissenzienti (e, se presente, al commissario giudiziale) (art. 52, comma 1).

I creditori dissenzienti e qualsiasi interessato possono proporre opposizione con memoria depositata "entro il termine perentorio di almeno dieci giorni prima dell'udienza", consentendosi al debitore di depositare memorie fino a due giorni prima della stessa udienza (art. 52, comma 2).

La bozza di decreto prevede l'opposizione dei creditori altresì qualora prima dell'omologazione intervengano modifiche non marginali dell'accordo o del piano, come nell'ipotesi in cui le stesse modifiche si rendano necessarie dopo l'omologazione, fermo restando l'accordo già omologato. In tali ipotesi, l'imprenditore è tenuto a rinnovare l'attestazione del professionista che dovrà essere pubblicata - insieme al piano modificato - presso il registro delle imprese, dandone avviso ai creditori a mezzo lettera raccomandata o p.e.c., i quali potranno proporre opposizione entro trenta giorni dalla ricezione dell'avviso (art. 62). Si pone tuttavia il problema di appurare quando sia integrato il richiesto requisito della rilevanza delle modifiche dell'accordo o del piano. La "timidezza" del legislatore lascerebbe ampio spazio alla discrezionalità del formante

giurisprudenziale: occorrerà dunque chiedersi se la modifica "non marginale" dell'accordo possa ravvisarsi in caso di ampliamento dei soggetti coinvolti o di mutamento relativo alle garanzie ovvero ancora alle modalità e/o ai tempi di esecuzione del piano (53).

Si osserva dunque che mentre nell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis* l.fall. l'esercizio dell'opposizione è consentita ai creditori e ad ogni altro interessato entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, nei nuovi accordi di ristrutturazione successivi all'entrata in vigore della riforma gli stessi avranno termine perentorio per esperire il medesimo rimedio fino a dieci giorni prima dell'udienza per l'omologazione pubblicata nel registro delle imprese.

Il creditore è invece maggiormente tutelato nell'ipotesi in cui siano necessarie modifiche non marginali al piano, con conseguente rinnovazione dell'attestazione del professionista: in tal caso infatti il *dies a quo* per il computo dei trenta giorni entro cui esperire lo stesso rimedio dell'opposizione coincide con l'avviso a mezzo raccomandata o p.e.c. dell'avvenuta pubblicazione sul registro delle imprese del piano modificato e della nuova attestazione.

Come anticipato, la novella contempla altresì gli "accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa" (art. 65) che consente la propalazione degli effetti dell'accordo a tutte le tipologie di creditori, non solo a quelli finanziari come già previsto dall'art. 182 *septies* l.fall. In tal caso, la bozza di decreto stabilisce obblighi informativi più incisivi a carico del debitore. Invero, l'estensione dell'efficacia ai terzi è subordinata alla circostanza che questi abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, prevedendosi inoltre espressamente che il debitore, oltre agli adempimenti pubblicitari ordinari, abbia notificato l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati, tra cui l'attestazione del professionista, ai creditori ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo.

(53) Per una dettagliata disamina di possibili modelli di comportamento si vedano M. Arato, *Modifiche all'accordo di ristrutturazione dei debiti e nuovo controllo giudiziario*, in questa *Rivista*, 2012, 206; U. Molinari, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.fall.: i casi Gabetti Property Solutions spa e Risanamento*

*spa*, in *Crisi di Imprese: casi e materiali*, a cura di F. Bonelli, Milano, 2011, pp. 1 e 47. Per le clausole di *self-adjusting* cfr. G. Melecchi, *La rilevanza giuridica del piano economico finanziario (Business Plan)*, in *Contr. e impr.*, 2010, 272.