



Dipartimento di Impresa e Management *Cattedra di Diritto delle Crisi d' Impresa*

Accordi di ristrutturazione dei debiti ed espansione degli effetti per i creditori estranei

RELATORE

Prof.
Di Amato Sergio

CANDIDATO
Matr. 682421
Gagliardi Andrea

CORRELATORE

Prof.
Niccolini Giuseppe

ANNO ACCADEMICO
2017/2018

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO 1- INQUADRAMENTO STORICO-NORMATIVO DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

- I.1-** Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, loro introduzione nell' impianto fallimentare e successivi sviluppi pag.1
- I.2-** Le ragioni a supporto di una gestione privatistica dell insolvenza pag. 14
- I.3** Accordi di ristrutturazione dei debiti e procedure concorsuali: connessioni e differenze con il concordato preventivo pag.20
- I.4-** Effetti per i creditori estranei all' accordo di ristrutturazione *ex art. 182 bis* pag. 27

CAPITOLO 2- ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI CON INTERMEDIARI FINANZIARI E CONVENZIONI DI MORATORIA

- II.1-** Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari pag. 39
- II.1.1-** L' art. 182 *septies* come *species* della disciplina generale e esigenze da soddisfare pag.43
- II.1.2-** Le deroghe agli articoli 1372 e 1411 del Codice Civile pag. 47
- II.1.3-** Analisi dei requisiti necessari per richiedere l'estensione degli effetti e il principio maggioritario nella raccolta del consenso dei creditori pag. 52
- II.1.4-** La suddivisione dei creditori in categorie e principali criticità pag. 59
- II.1.5-** Estensione dell'accordo ai creditori estranei allo stesso pag. 64
- II.1.6-** L' attestazione del professionista negli accordi di cui all'art. 182 *septies* pag. 67
- II.1.7-** Il ruolo del Tribunale pag. 70
- II.1.8-** Opposizioni all' omologazione pag. 76
- II.2-** La convenzione di moratoria pag. 77
- II.2.1-** Gli aspetti generali dell'istituto pag. 80
- II.2.2-** Le categorie di creditori e l'attestazione del professionista pag.84
- II.2.3-** L' efficacia della convenzione di moratoria verso i creditori dissenzienti e l' opposizione degli stessi pag.87
- II.2.4-** Il controllo del Tribunale pag. 90
- II.2.5-** Il carattere provvisorio della moratoria pag.92
- II.2.6-** Considerazioni circa l'oggetto della convenzione di moratoria tra *pactum de non petendum* e *standstill agreement* pag. 95

CAPITOLO 3- CENNI DI ANALISI COMPARATIVISTICA E PROSPETTIVE FUTURE CIRCA L'ESPANSIONE DEGLI EFFETTI DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

III.1- La risoluzione negoziale della crisi nel panorama internazionale	pag. 99
III.1.1- L'esperienza francese	pag. 102
III.1.2- Lo "Scheme of Arrangement"	pag. 108
III.1.3- La "Reorganisation" del Nord America	pag. 111
III.2- Dalla Raccomandazione n. 135/2014 ai lavori della Commissione Rordorf: un punto di svolta	pag.115
III.3- Dalla Legge n. 155/2017 allo schema di decreto legislativo del 14 Novembre 2018: il nuovo Codice della crisi di impresa e dell' insolvenza	pag.120
III.4- Gli accordi di ristrutturazione dei debiti secondo il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza	pag.128
CONCLUSIONI	pag. 143
BIBLIOGRAFIA	pag.153

INTRODUZIONE

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, sin dalla loro introduzione nel nostro ordinamento ad opera del d.l. n. 35/2005, costituiscono un istituto particolare e di natura controversa, annoverato tra gli strumenti stragiudiziali e privatistici di composizione della crisi d'impresa. La particolarità degli accordi di ristrutturazione risiede nel fatto che differiscono da quella che sin dal 1942 è stata l'impostazione marcatamente pubblicistica della legge fallimentare, carattere che ha portato negli anni a far intendere le procedure concorsuali come istituti con una connotazione tipicamente afflittiva. Ciò che da sempre ha mosso il legislatore italiano nella definizione della disciplina fallimentare è stata la realizzazione del principio della responsabilità patrimoniale, come enunciato *ex art. 2740 c.c.* e dunque con una funzione tipicamente liquidatoria dell'impresa insolvente, con soddisfacimento egualitario dell'intero ceto creditorio secondo il principio della *par condicio creditorum*. Appare chiaro il fatto che gli strumenti privatistici di risoluzione della crisi d'impresa siano stati lungamente considerati incompatibili con tale funzione intrinseca riservata alle procedure concorsuali, nella misura in cui gli stessi propongono un rimedio per così dire "costruttivo" alla situazione di crisi.

Complici le profonde mutazioni intervenute in ambito socioeconomico e nel tessuto imprenditoriale del nostro paese, tale concezione sottesa alle procedure concorsuali ha iniziato negli anni a divenire fortemente anacronistico, mettendo sostanzialmente in crisi il modello liquidatorio-dissolutorio fallimentare, considerato rigido e remissivo nei confronti della logica di conservazione dell'impresa.

A partire dagli anni ottanta del secolo scorso, iniziano a destare sempre maggiore interesse strumenti di tipo negoziale idonei a consentire al debitore di affrontare tempestivamente la crisi della sua impresa negoziando un piano o un accordo direttamente con i creditori, sottostando ai vincoli legali che il codice civile predispone per il concreto impiego della libertà negoziale.

Di fronte a queste mutevoli esigenze, il diritto fallimentare si è trovato, nel giro di un decennio, a dover rivedere in chiave critica i propri principi applicativi. La legge n. 80 del 14 maggio 2005 ha inaugurato un vasto periodo di riforme delle procedure concorsuali, che peraltro non può ritenersi del tutto compiuto alla luce dell'ultimo intervento legislativo ancora in corso, sostanzialmente indirizzato verso un aggiornamento del diritto fallimentare divenuto ormai obsoleto. La legge 80/2005 ha dunque riconosciuto esplicitamente l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, collocandola nel Titolo III della Legge Fallimentare, peraltro dedicato al concordato preventivo. Nasce così l'art. 182 *bis*, come chiara volontà del legislatore di mediare tra due esigenze: quella di conservazione del valore intrinseco all'azienda in stato di crisi e le ragioni, di indubbia preservazione, del ceto creditorio. Gli interventi legislativi successivi al 2005 hanno evidenziato un orientamento di assoluto favore per la gestione della crisi da attuarsi mediante soluzioni privatistiche, seppur condotte sotto il controllo dell'autorità giudiziaria.

Tuttavia, le scelte compiute dal legislatore non sono apparse sempre univoche, probabilmente anche a causa dei repentini e innumerevoli interventi, quasi a cadenza annuale. La *ratio* sottesa a queste continue modifiche è da ricercare nel tentativo del legislatore di rendere lo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti sempre più flessibile e rispondente alle necessità del mondo imprenditoriale ed economico del nostro paese. In tale ottica si colloca l'introduzione, con la Legge 132/2015, dell'art. 182-*septies* che contiene la disciplina degli accordi e delle convenzioni concluse tra il debitore e le banche ed intermediari finanziari. Entrambi gli istituti rispondono all'esigenza di maggior tutela dell'autonomia privata del debitore, e dell'interesse creditorio, che in sempre più casistiche rischiavano di vedersi compromessi dal disinteresse di taluni creditori bancari che ritenevano di maggior interesse proseguire le procedure concorsuali tradizionali, e dunque giungere al fallimento, piuttosto che accettare accordi di tipo negoziale. La sempre maggior presenza delle banche e degli intermediari finanziari tra le fila del ceto creditorio di aziende in crisi, ha spinto il nostro legislatore ad intervenire in tal senso, producendo una puntuale normativa circa gli accordi con questa specifica categoria di creditori. Tuttavia, anche tali apporti legislativi non sono stati esenti da dubbi e criticità,

che verranno poi enunciati durante la trattazione. È però ora necessario rilevare che proprio alla luce di queste considerazioni che la stagione di riforme in materia concorsuale, e specificatamente negoziale, non può ritenersi ultimata. A darne conferma è la recente proposta di riforma elaborata dalla Commissione Rordorf in tema di diritto fallimentare, nonché la Legge Delega n. 155 del 19 Ottobre 2017 che delinea una generalizzata estensione applicativa dell'art. 182-*septies* anche ad accordi e convenzioni conclusi con creditori che non siano banche o intermediari finanziari. L'emanando Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza formulato dal Governo in attuazione della Legge Delega opererà con tutta probabilità un *upgrade* della disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti "ordinari" e di quelli "speciali" con banche ed intermediari finanziari, sempre però nel solco di una tradizione inaugurata nel 2005 votata all'esigenza di conservazione e ristrutturazione flessibile delle aziende in crisi tramite l'autonomia negoziale, in contrapposizione alla rigidità applicativa delle procedure concorsuali tradizionali.

Lo scopo del presente elaborato è dunque quello di ripercorrere e analizzare, non meramente e prettamente da una prospettiva unicamente storico normativa, quanto più dal punto di vista delle necessità che ne hanno decretato l'elaborazione e applicazione, l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti e dei due nuovi strumenti identificati dall'art. 182-*septies* degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria. L'analisi verterà dunque primariamente su di un rapido *excursus* normativo, per poi incentrarsi sulla collocazione degli stessi accordi nel panorama delle procedure concorsuali. In particolare, verrà ripresa l'annosa disputa che affligge l'istituto fin dalla sua introduzione, ovvero circa la natura giuridica ed il rapporto con il concordato preventivo.

Conseguentemente verranno osservate le principali criticità applicative dell'art. 182-*septies*. Particolare attenzione sarà posta sull'osservazione degli effetti che tali strumenti hanno sulle parti coinvolte, e più nello specifico per i creditori risultanti estranei all'accordo, che peraltro risulta essere la novità che più di ogni altre caratterizza la riforma operata nel 2015. Per meglio comprendere la portata di tale intervento, sarà dunque necessario operare una comparazione con i vari ordinamenti europei e non, che già da

tempo -occorre anticiparlo-, prevedono misure volte ad estendere gli effetti di un accordo di ristrutturazione approvato dalla maggioranza, a quei creditori rimasti estranei allo stesso. Si cercherà dunque di comprendere in che misura gli altri stati, europei e del Nord America, hanno inteso recepire le istanze del mondo economico circa la risoluzione stragiudiziale della crisi d'impresa e gli apporti normativi che sono stati prodotti. A completamento delle osservazioni svolte, verrà proposta un'analisi delle prospettive evolutive del diritto fallimentare alla luce delle nuove disposizioni contenute nel recente Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ed in particolare del rinnovato *favor* legislativo per le soluzioni concordate alla crisi, come risulta dalla previsione dell'estensione degli effetti degli accordi di ristrutturazione a tutte le categorie di creditori, e non solo alle banche ed intermediari finanziari, peraltro in accoglimento delle richieste da parte dell'Unione europea di armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri.

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO STORICO-NORMATIVO DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

I.1 Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, loro introduzione nell’impianto fallimentare e successivi sviluppi

Il termine “accordi”, nella lingua italiana, è utilizzato per indicare una fattispecie negoziale attraverso la quale uno o più individui perseguono uno scopo comune e, attraverso reciproche concessioni, raggiungono un’intesa finale che consente loro di conseguire i propri interessi¹.

Per “ristrutturazione” invece si intende il raggiungimento dell’equilibrio finanziario dell’impresa conseguito tramite la riorganizzazione dell’esposizione debitoria della stessa. Dall’analisi combinata dei due termini risulta agevole comprendere le finalità dell’istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Tale strumento indica un negozio privato concluso tra debitore e creditori che poggia le sue basi su di un piano generale che comporta la modifica delle obbligazioni sorte in capo al debitore stesso in modo tale da permettere la risoluzione dello stato di crisi in cui egli versa. Appare chiaro che lo scopo perseguito è pertanto quello di consentire la risoluzione della crisi attraverso qualsiasi mezzo possibile. La disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, art. 182 bis, è contenuta nel Capo V, Titolo III della Legge Fallimentare, Regio Decreto 267/1942 e successive modifiche. Capo V attualmente rubricato “Dell’omologazione e dell’esecuzione del concordato preventivo. Degli accordi di ristrutturazione dei debiti”. La decisione del legislatore di inserire la disciplina degli accordi all’interno del Capo V dedicato al concordato preventivo risulta essere motivo di dubbio in merito alla classificazione dello stesso, e dunque se considerare gli accordi un istituto autonomo ovvero se ritenere gli stessi una semplice modalità di realizzazione del più generale

¹Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, 108.

istituto del concordato preventivo. Nel seguito della trattazione verranno analizzati tali aspetti e le tesi a supporto dei due indirizzi dottrinali. Per ciò che rileva, è opportuno osservare come gli accordi di ristrutturazione sono, in quanto alla posizione del debitore in rapporto ai creditori aderenti, un contratto di diritto privato concluso dal debitore con uno o più creditori che rappresentino una maggioranza qualificata dell'ammontare dei crediti, che la normativa vigente individua nel *minimum* del 60%. Tale contratto – che può essere inteso come un insieme di più contratti conclusi con differenti creditori, ovvero un contratto collettivo concluso con più creditori- si perfeziona *inter partes* attraverso il semplice consenso, pur necessitando dell'omologazione da parte del tribunale. I creditori estranei non sono coinvolti nelle trattative, ma in quanto tali necessitano dell'integrale pagamento dei crediti alla scadenza. Per ovviare a tale esigenza la disciplina dispone la necessaria relazione di un professionista, con i requisiti previsti all'art. 67 comma 3, lettera d), che oltre ad attestare la veridicità dei dati aziendali, deve esprimere un giudizio in merito all'attuabilità dell'accordo, in riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei, nei termini e nelle tempistiche previste dalla legge. Una volta perfezionato l'accordo, e dunque terminata la fase prettamente negoziale, lo stesso deve essere pubblicato nel registro delle imprese corredato da tutta la documentazione necessaria. Trattandosi, come già chiarito, di un contratto, l'accordo acquista efficacia tra le parti al momento della sua conclusione, salvo che le parti stesse non ne subordinino l'efficacia all'omologazione. La pubblicazione nel registro delle imprese è necessaria, di converso, per rendere l'accordo efficace nei confronti dei terzi, e per porre in essere l'effetto protettivo sul patrimonio del debitore esplicito nel blocco delle azioni cautelari ed esecutive nonché del divieto di acquisto di titoli di prelazione se non concordati, a norma dell'art. 168 l.f.. Su istanza del debitore è possibile estendere tali effetti protettivi anche nella fase negoziale precedente alla pubblicazione. In ogni caso la normativa dispone che trascorsi trenta giorni dalla pubblicazione, entro i quali i creditori e terzi possono proporre opposizione, il tribunale con decreto motivato decide sull'istanza di omologazione.

Qualora l'accordo venga omologato, il tribunale dichiara la prededucibilità dei crediti relativi ai finanziamenti bancari precedenti alla domanda di omologazione dell'accordo. I crediti da finanziamento invece sorti successivamente, ovvero in esecuzione del piano, sono prededucibili *ex lege*, dunque senza necessità di un provvedimento, poiché disciplinati dall'art. 182 quater comma 1, così come per i finanziamenti autorizzati successivamente alla presentazione della domanda, a norma dell'art. 182 *quinquies* comma primo e terzo. Con il decreto di omologa il debitore ha l'obbligo di porre in essere l'esecuzione delle misure di risanamento e tutte le attività concordate nell'accordo. Tuttavia, non è previsto nessun controllo da parte dell'autorità giudiziaria in merito al rispetto del piano, fermo restando che gli stessi creditori potrebbero richiedere, senza una specifica procedura, la risoluzione dell'accordo per inadempimento dello stesso o in alternativa il fallimento, qualora ne ricorrano le condizioni.

La normativa che regola gli accordi di ristrutturazione dei debiti, fin qui esposta, è la risultante di una serie di interventi legislativi susseguitisi nel corso degli anni, culminati con l'ultima rilevante modifica inserita nel d.l. 27 giugno 2015 n.83, convertito con modificazioni nella legge n. 132/2015 del 6 agosto. Risulta dunque necessario svolgere una rapida analisi dell'evoluzione normativa dello strumento degli accordi di ristrutturazione, comprendendo le cause che hanno spinto il legislatore ad intervenire sulla disciplina più volte negli anni.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti entrano a far parte dell'impianto normativo italiano con il d.l. 14 marzo 2005 n.35, convertito con la legge 14 maggio 2005 n.80. La logica di fondo che ha portato il legislatore italiano a inaugurare il vasto procedimento di riforma iniziato nel 2005, e ancora non del tutto terminato, è sostanzialmente riconducibile a due ordini di problemi. Da un lato possiamo identificare i profondi cambiamenti economici e sociali che hanno investito il nostro paese. Dall'altro l'inadeguatezza dell'impianto fallimentare nel rispondere pienamente e puntualmente alle esigenze manifestate dal tessuto imprenditoriale italiano. In ordine alla prima tematica, appare evidente che il contesto storico in cui fu promulgato il regio decreto n. 267 del 1942 risultava fortemente diverso da quello attuale. Occorre rilevare che nel 1942 l'Italia

si trovava in una fase di transizione tra un'economia di tipo prettamente contadino a quella propria di un paese industrializzato, in un contesto in cui il successo delle imprese era in gran parte dovuto alle scelte individuali dell'imprenditore². L'ingresso dell'Italia nell'Unione Europea, d'altro canto, ha fatto sì che nella determinazione delle sorti economiche del nostro paese entrassero in gioco innumerevoli nuovi fattori: la globalizzazione dei mercati ha determinato una situazione in cui il successo delle imprese deriva soltanto in minima parte dalle scelte del singolo imprenditore, e molto più dalle interconnessioni dei vari mercati nazionali. Segnatamente al secondo ordine di problemi che hanno provocato l'apertura della fase di riforma della Legge Fallimentare nel 2005 ritroviamo appunto un sistema normativo, in conseguenza a quanto appena enunciato, inadatto a supportare le esigenze delle imprese nei mercati internazionali. Negli anni, il grave insuccesso delle soluzioni alla crisi d'impresa, ha portato a parlare di "fallimento del fallimento" nella misura in cui gli strumenti messi a disposizione dal legislatore sono risultati essere rigidamente predeterminati da parte della pubblica autorità, non riservando agli attori principali della crisi d'impresa, cioè debitore e creditori, la possibilità di autodeterminare le modalità e le vie da percorrere per la risoluzione dell'insolvenza. Va peraltro ricordato che il legislatore del 1942 aveva adottato una concezione del fallimento di tipo prettamente afflittivo che, tralasciando qualsiasi possibilità di negoziazione tra le parti, vedeva nel processo liquidatorio l'unica risoluzione possibile all'insolvenza dell'imprenditore-debitore. L'idea che permeava la legge fallimentare anteriforma era che il fallito fosse un soggetto potenzialmente pericoloso e che l'impresa insolvente dovesse essere rimossa dal sistema produttivo, una sorta di patologia del sistema da sottoporre ad un rigido controllo pubblico. Percorrendo dunque una direzione prettamente pubblicista, infatti, non è stato concesso spazio a forme di regolazione diretta dei rapporti tra il debitore e i suoi creditori, prediligendo nettamente la strada della liquidazione dell'azienda e la conseguente espulsione dal mercato della stessa³. Le spinte imprenditoriali e internazionali, a partire dagli anni settanta, hanno innestato una lenta

² Marabini A., *La gestione delle crisi d'impresa alla luce della riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2009, 232.

³ Boggio L., 8; Bonsignori, *Inattualità del fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1978, I, 429.

metamorfosi del paradigma culturale di riferimento, per cui la conservazione e il riequilibrio dell'impresa risultavano essere più convenienti e funzionali rispetto alla semplice liquidazione aziendale. A supporto di tale cambiamento vi è il fatto che le imprese venivano considerate sempre più un bene pubblico da preservare e salvaguardare, piuttosto che semplici entità autonome da eliminare se in dissesto. Contestualmente al sorgere di queste nuove correnti di pensiero giuridico, a partire dagli anni novanta diventano più frequenti i concordati stragiudiziali. Questi ultimi sono nati dalla prassi e si sono posti come alternativa alle insoddisfacenti soluzioni normative, inizialmente tesi a far fronte alle crisi dei grossi gruppi industriali⁴. Tali strumenti si possono intendere come particolari contratti atipici conclusi in forma, appunto, stragiudiziale. Il loro preminente vantaggio è rappresentato dall'assenza di specifiche previsioni legislative che ne limitino utilizzo e contenuto, in modo tale da poter adattare ciascun progetto di risanamento alle caratteristiche e necessità delle parti e di converso dell'azienda. Pur su queste premesse, l'utilizzo di tali strumenti alternativi per la soluzione della crisi dell'impresa era disincentivata proprio dalla natura stessa dei concordati stragiudiziali: la loro intrinseca atipicità e negozialità, sì che i soggetti che vi ricorrevano ne sopportavano i rischi dell'eventuale insuccesso in maniera del tutto aleatoria rispetto alle procedure concorsuali propriamente disciplinate nella legge fallimentare. Tali strumenti non trovarono dunque "fortuna" originariamente, né in dottrina e neppure in giurisprudenza. La necessità dunque, agli inizi del nuovo millennio, era diventata quella di regolare in maniera più compiuta tali strumenti stragiudiziali di tipo negoziale, conservandone i vantaggi pur mantenendoli dentro il perimetro negoziale di riferimento. È sostanzialmente su tutte queste basi concettuali che si innesca il processo di riforma iniziato dal nostro legislatore nel 2005. Tuttavia, seppur ben chiare le logiche di fondo che hanno dato il via al procedimento di riforma, appare necessario osservare il *modus operandi* del legislatore, che in più riprese nel corso degli anni ha apportato modifiche più o meno significative, e talvolta in netta contrapposizione con le precedenti scelte, al diritto della crisi d'impresa. La produzione legislativa è stata copiosa e poco coordinata,

⁴ Santini, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alla crisi d'impresa*, in *Giur. Comm.*, 1998, I, 609.

tanto che è stato ipotizzato un legislatore che procede per “prova ed errore, sul presupposto che a forza di aggiustamenti e di approssimazioni, prima o poi la formula giusta sarebbe stata trovata”⁵.

Con la legge 14 maggio 2005 n.80, il legislatore inserisce nell’impianto normativo della legge fallimentare gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Con la stessa riforma vengono introdotte modifiche al concordato preventivo, e viene introdotto un ulteriore nuovo strumento, costituito dal piano attestato di risanamento⁶.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti si caratterizzano per essere concordati stragiudiziali per i quali, tuttavia, la legge prevede che vengano presentati al tribunale nelle forme previste ai fini dell’omologazione e affinché sia loro attribuita efficacia, che nella formulazione originaria consisteva nella estensione da revocatoria.

L’istituto è disciplinato nei suoi aspetti procedurali nell’art. 182 *bis* l.f. e per quanto concerne gli effetti che produce nell’art. 67, comma terzo, lettera e) l.f., le quali disposizioni sono state innestate nella legge fallimentare entrambe con il d.l. 35/2005, costituendo il preludio alle successive riforme.

Il neo introdotto art. 186 *bis* andava, nella sua veste originaria, a delineare una procedura secondo la quale il debitore che avesse stipulato con una percentuale qualificata (segnatamente del 60%) del suo ceto creditorio un accordo avente ad oggetto la ristrutturazione dell’esposizione debitoria dell’impresa, avrebbe potuto chiedere l’omologazione dello stesso innanzi all’autorità giudiziaria. Tale richiesta si andava poi a perfezionare mediante il deposito dell’accordo, unitamente alla documentazione che la legge prescriveva per il concordato preventivo (art. 161 legge fallimentare) e ad una relazione redatta da un professionista attestante la capacità del piano stesso di risolvere la situazione di crisi, garantendo al tempo stesso il regolare pagamento di quella parte dei creditori che fosse rimasta estranea all’accordo stesso. Contestualmente l’accordo doveva essere pubblicato nel registro delle imprese, poiché da tale termine era possibile

⁵ Nisivoccia, *Il Nuovo art. 182 septies l.fall: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?*, in *Il Fallimento*, 2015, 1183.

⁶ Fabiani, *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Diritto Fallimentare. Principi e regole*, a cura di Fabiani e Jorio, pubblicato su www.unijuris.it

computare il periodo di trenta giorni entro il quale potevano essere mosse opposizioni al procedimento di omologa, sulle quali il tribunale era competente.

Da questa prima rapida analisi della disciplina iniziale degli accordi, risultano evidenti due concetti fondamentali. In prima battuta si osserva come gli accordi di ristrutturazione costituiscono, insieme ai piani attestati di risanamento, il primo tentativo di tipizzazione normativa della figura del concordato stragiudiziale⁷. Come infatti già sopra esposto, la conclusione di accordi stragiudiziali prima dell'introduzione dell'art. 182 *bis* l.fall. doveva sempre essere posta in relazione con il rischio della successiva dichiarazione di fallimento e le sue ovvie conseguenze. Gli accordi anteriforma erano dunque suscettibili di azioni revocatorie, e tale ragione era sufficiente a far sì che le parti preferissero, piuttosto che ricorrere a tali accordi oggettivamente privi di protezione, il più agevole salvataggio offerto dal susseguirsi di procedure concorsuali⁸. In seconda analisi appare chiaro come la disciplina degli accordi, così come formulata dalla legge 80/2005, risultava foriera di innumerevoli dubbi interpretativi ed applicativi. Sin da subito infatti l'istituto non registra un diffuso utilizzo. A questo si aggiungono le critiche mosse alla normativa circa il silenzio che il legislatore ha serbato su rilevanti profili della disciplina, "scaricando completamente sull'interprete il compito di ricostruire contenuto ed effetti degli accordi *ex art. 182 bis*"⁹.

Tali lacune necessitavano di essere colmate in maniera rapida per consentire agli accordi di ristrutturazione di "spiccare il volo" sul piano applicativo. A ragion veduta la legge n. 80/2005 conteneva un'esplicita delega al governo all'attuazione di una riforma organica del diritto fallimentare al fine di coordinare la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti con le altre norme della legge fallimentare, cosa che non risultava compiuta. Tuttavia, il decreto legislativo 5 del 2006 non aveva risolto tali problematiche e anzi aveva accentuato quelle che erano le incongruenze interpretative della disciplina. Difatti l'intervento legislativo piuttosto che generare una riscrittura *ex novo* della legge

⁷ D'Ambrosio, *Accordi di ristrutturazione e transazione fiscali*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, Torino, 2009, 1799.

⁸ Gabrielli, *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2008, I, 972.

⁹ Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, I, 2006, 20.

fallimentare aveva preferito intervenire sullo schema di quella preesistente, inserendo, spesso in disarmonia, nuovi dettati. Sicché per vedersi muovere qualcosa sul fronte della disciplina dell'istituto degli accordi di ristrutturazione si sarebbe dovuto attendere un ulteriore anno. Con il d.l. 5 del 2006, infatti, fu esplicitamente prevista una ulteriore delega al fine di “adottare disposizioni correttive e integrative” rispetto alla legge n. 80/2005. Il governo, sfruttando questo ulteriore lasso di tempo, il 12 settembre 2007 ha varato il decreto legislativo 169/2007 c.d. *correttivo*. Correttivo lo era, poiché di fatto andava a correggere ed integrare gli interventi degli anni precedenti, implementando l'impianto di matrice negoziale, enfatizzando la posizione degli attori “principali”, ossia debitore e creditori, e modificando quella dell'autorità giudiziaria¹⁰. L'obiettivo era quello di presentare uno strumento maggiormente appetibile ai fini della gestione della crisi d'impresa. Il d.l. 169/2007 risolveva innanzitutto alcune questioni inerenti i presupposti, oggettivo e soggettivo, che erano rimaste irrisolte con la riforma del 2005. Al posto dell'originaria generica indicazione di “debitore”, veniva inserita quella di “imprenditore in stato di crisi”. Tale scelta, seppur di tipo lessicale, risultava comunque di notevole importanza, ai fini della definizione dei corretti presupposti soggettivi di ammissione all'accordo. Tuttavia rimaneva ancora da specificare quale tipologia di imprenditore fosse concretamente abilitato a predisporre un accordo di ristrutturazione. Un'ulteriore modificazione introdotta con il d.l. 169/2007 riguarda la miglior identificazione del soggetto deputato all'attestazione della fattibilità del piano. Lo stesso era assoggettato al dettato dell'art. 67 comma 3 lettera d), che a sua volta richiama l'art.28, previsto per il curatore fallimentare. A questa disposizione è stata aggiunta la necessaria iscrizione al registro dei revisori contabili.

Tuttavia, l'elemento che più di tutti risulta innovatore nel decreto correttivo, è stato quello in materia di protezione del patrimonio dell'imprenditore, in modo che venisse meno l'eventualità della non omologa del piano conseguentemente all'erosione del patrimonio stesso da parte dei creditori rimasti estranei all'accordo. Di fatto è stato previsto che, dal momento in cui l'accordo fosse stato pubblicato nel registro delle imprese, e per i

¹⁰ Fabiani, in *Diritto Fallimentare, un profilo organico, Strumenti del diritto*, 2011, 39.

successivi sessanta giorni, i creditori per titolo e causa anteriore alla suddetta data non avrebbero potuto iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore. Ciò perseguiva il duplice obiettivo di preservare il patrimonio del debitore, nonché di consentire al proponente di ottenere dall'autorità giudiziaria un "apprezzamento dell'accordo presentato e dei relativi effetti, dal momento che per i successivi sessanta giorni dalla data di pubblicazione l'assetto patrimoniale non può subire variazioni in seguito ad iniziative di terzi"¹¹. Seppur di notevole rilevanza, tale intervento non fu esente da critiche, la principale delle quali si basava sull'assunto che tale dettato si riferisse alla fase successiva alla pubblicazione, di fatto lasciando scoperto il patrimonio dell'imprenditore nel momento più delicato della procedura, cioè la fase prettamente negoziale. Nel complesso il c.d. decreto correttivo del 2007 consegnava una disciplina degli accordi che, seppur rimarcando la scelta in senso "autonomista" dell'istituto stesso rispetto al concordato preventivo, rimaneva in alcuni punti generatrice di innumerevoli critiche.

Gli anni successivi hanno visto il susseguirsi di modifiche alla legge fallimentare con cadenza quasi annuale. Una parte considerevole di tali interventi è stata rivolta ad incidere la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, sia puntualizzandone alcuni aspetti tali da rendere l'istituto più armonico con il resto dell'ordinamento concorsuale, sia dall'altro lato comportando modifiche di così grande portata da rendere la natura stessa dello strumento fonte di accesi dibattiti. Cronologicamente parlando il primo di questi interventi fu quello operato con il d.l. 185/2008 convertito in legge 2/2009. Tale decreto ha contribuito fondamentale all'armonizzazione dell'istituto degli accordi all'interno del panorama degli strumenti di risoluzione della crisi d'impresa, seppur non pienamente assimilabili all'insieme delle procedure concorsuali. Aspetto più rilevante è sicuramente l'introduzione dell'utilizzo dell'istituto della transazione fiscale¹² negli accordi, cosa che precedentemente era permessa solo nella procedura di concordato preventivo. Appare chiara la *ratio* di tale concessione: favorire l'attuazione di programmi

¹¹ L. Mandrioli, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.*, in *Il Fallimento*, 5, 2010, 617.

¹² Laddove per transazione fiscale si intende la possibilità per il debitore di proporre un pagamento parziale o dilazionato dei tributi.

di prevenzione o di risoluzione delle crisi aziendali anche attraverso la mitigazione degli effetti dell'indebitamento fiscale.

Successivamente alla legge 2 del 2009, la disciplina degli accordi di ristrutturazione ha vissuto un periodo di stasi, permettendo così la sedimentazione e sperimentazione nella prassi dell'istituto. Nel 2010 è stato adottato dal governo un nuovo decreto in materia, d.l. 78/2010 conosciuto come decreto *sviluppo* convertito con la legge 122 del 2010, il quale ha comportato novità di rilievo andando a proseguire ed implementare l'opera di stratificazione avviata nel 2005¹³. Sostanzialmente il decreto *sviluppo* ha sollevato nuovamente la questione inerente al blocco delle azioni esecutive e conservative poste in essere dai creditori nei confronti del patrimonio del debitore. In tale sede l'intento del legislatore è stato quello di colmare il vuoto legislativo lasciato con l'introduzione della disposizione nel decreto *correttivo* del 2007, che come sopra esposto, forniva protezione al patrimonio dell'imprenditore solo nella fase successiva all'omologazione e non nella fase negoziale. Con tale intervento venne dunque ampliato l'oggetto e la durata temporale dello stesso. La previsione disponeva che l'imprenditore desideroso di stipulare un accordo con i propri creditori, qualora avesse ritenuto possibile che nel periodo necessario per la definizione delle trattative vi fosse concreta possibilità di aggressione del proprio patrimonio, poteva rivolgere al tribunale un'istanza con la richiesta di un provvedimento inibitorio sul quale lo stesso tribunale avrebbe poi indagato. Come risulta chiaro da questa prima analisi, anche questa modifica non è stata esente da critiche. Prima tra tutte quella per cui risultava poco chiara quale portata dovesse assumere l'indagine che il tribunale avrebbe dovuto compiere. Ciò nonostante l'introduzione di tale disciplina protettiva risultava necessaria affinché gli accordi di ristrutturazione potessero andare a ritagliarsi il loro spazio applicativo all'interno delle soluzioni negoziate della crisi predisposte dall'ordinamento¹⁴. Un'ulteriore modifica introdotta dal d.l. 78/2010 si sostanzia nella predisposizione di una normativa dedicata alla prededucibilità di alcune tipologie di crediti maturati in presentazione o esecuzione degli accordi, art. 184- *quater*. Tale

¹³ Fabiani, in *Diritto Fallimentare, un profilo organico, Strumenti del diritto*, 2011, p.40.

¹⁴ Bonfatti, in *Manuale di Diritto fallimentare*, Padova, 2011

previsione ha suscitato non poche reazioni in dottrina, *in primis* perché ritenuta un ulteriore avallo alla tesi per cui l'istituto risultava essere autonomo rispetto al concordato preventivo, ma ancor di più non appartenente al genere delle procedure concorsuali. Alla base di tale argomentazione vi è indubbiamente il fatto che, qualora si fosse potuto parlare di procedura concorsuale per gli accordi di ristrutturazione dei debiti, allora la disposizione dell'art. 184 *quater* sarebbe risultata inutile, nella misura in cui nella legge fallimentare già sussisteva l'art. 111, in tema di prededucibilità di tutti i crediti sorti in funzione o esecuzione di una procedura concorsuale.

Andando oltre queste criticità, appariva comunque foriera di dubbi l'introduzione dell'art. 184 *quater*, perché lasciava fuori dal beneficio della prededucibilità alcune tipologie di crediti, quali ad esempio quelli dei fornitori, che al pari di banche e istituti finanziari, erano rilevanti ai fini della prosecuzione dell'attività d'impresa.

Successivamente al decreto *sviluppo* il legislatore è tornato nuovamente ad interessarsi alla materia degli accordi di ristrutturazione con il d.l. 98/2011. Tale intervento, che ha generato una disciplina definita transitoria, ha comportato unicamente un ampliamento della portata del presupposto soggettivo necessario per poter accedere alla procedura. Di fatto si passava dall'assoggettamento alla procedura dei soli imprenditori commerciali, all'apertura dell'istituto stesso anche alle figure dell'imprenditore agricolo e del piccolo imprenditore commerciale.

La deriva di modifica del tessuto normativo concorsuale ha continuato a procedere anche negli anni successivi al 2011. L'incisione che il legislatore operava nella disciplina risultava sempre più profonda, tanto da dirigere l'istituto degli accordi di ristrutturazione verso nuove concezioni. All'interno di questo quadro ben si innesta l'introduzione del d.l. 83/2012 convertito nella legge n.134 del 2012, altrimenti definito decreto *crescita*. Tale intervento normativo si discosta dai precedenti poiché rimarca la decisa impronta del legislatore *pro* debitore nella disciplina degli accordi di ristrutturazione. Nello specifico il legislatore è intervenuto su di un tema centrale dell'istituto, ossia la soddisfazione dei creditori rimasti estranei all'accordo. Prima del 2012 la legge prevedeva il *regolare pagamento* ossia il pagamento dei creditori estranei in modo integrale e puntuale al

momento della scadenza. Con il d.l. 83/2012 il requisito in parola è andato modificato, per cui l'accordo deve risultare idoneo “*ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini: a) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione*”. La ratio di tale soluzione è chiara: essa rendeva esplicito un elemento già consolidato nella giurisprudenza, ossia l'integrale pagamento dei soggetti rimasti estranei all'accordo al fine di non intaccarne il diritto di credito, seppur dilazionando la scadenza attraverso una specifica moratoria.

Ulteriore elemento su cui è intervenuto il decreto *crescita* è stato sull'introduzione della prededucibilità nel decreto *sviluppo* del 2010. La modifica venne apportata al riferimento soggettivo limitativo che era contenuto nel primo comma dell'art. 184 *quater*, attraverso l'eliminazione del riferimento specifico alle banche e intermediari finanziari, consentendo così la prededucibilità a qualsiasi tipologia di credito, anche in fase successiva all'omologa con l'introduzione di specifica normativa per i crediti c.d. *interinali*¹⁵.

In sostanza l'intervento legislativo del 2012 ha mostrato la volontà del legislatore di rafforzare gli strumenti, messi a disposizione dell'imprenditore che versa in stato di crisi, alternativi al fallimento. Su tali basi si forma l'ultimo rilevante processo riformatore della legge fallimentare italiana, intervenuto con il d.l. 27 giugno 2015 n.83, convertito con modificazioni nella legge n. 132/2015 del 6 agosto. La c.d. “*miniriforma*” delle procedure concorsuali ha cercato di indirizzare la politica di gestione della crisi d'impresa in maniera più marcata verso la salvaguardia dei complessi aziendali e l'utilizzo di misure alternative al fallimento, attraverso la modifica di numerosi istituti, tra cui indubbiamente il concordato preventivo. Per ciò che rileva gli accordi di ristrutturazione dei debiti, certamente l'innovazione legislativa più rilevante è stata l'introduzione dell'art. 182-*septies* destinato ad integrare la disciplina generale degli accordi contenuta nell'art. 182-*bis* “ quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo”, ma anche ad introdurre il nuovo

¹⁵ Ovvero quei crediti sorti tra la domanda e l'omologazione dell'accordo, a norma dell'art. 182 *quinquies*

istituto della “convenzione diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti”. Appare chiaro l’obiettivo del legislatore: mantenere sì un’impostazione contrattuale dell’intera procedura, inserendo tuttavia una possibile estensione degli accordi stragiudiziali anche agli intermediari finanziari non aderenti¹⁶. Nel seguito della trattazione verranno analizzate compiutamente le specificità di tale nuovo articolo introdotto dalla riforma del 2015. Per ciò che rileva, è necessario rimarcare il fatto che l’accordo di ristrutturazione rafforzato¹⁷ non è concepito dal legislatore come un nuovo strumento per la risoluzione della crisi d’impresa, bensì un *subgenus* degli accordi di ristrutturazione¹⁸ con il chiaro obiettivo ed esigenza di consentire l’adozione dello strumento degli accordi di ristrutturazione con relativa estensione degli effetti per i creditori estranei in presenza di crediti con banche ed intermediari, che per loro grandezza e consistenza patrimoniale, facilmente potrebbero ostacolare la riuscita dell’accordo stesso.

¹⁶ Bonato, *L’art.182 septies l.f. e l’accordo di ristrutturazione a maggioranza*, IPSOA, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 8/9/2017, 881

¹⁷ Fabiani, *Riflessioni sistematiche sulle adozioni legislative in tema di crisi d’impresa*, in *Nuove l. civ.*, 2016, 68

¹⁸ Trentini, *Piano attestato di risanamento cit.*, 468

I.2 Le ragioni a supporto di una gestione privatistica dell'insolvenza

La crisi d'impresa viene ad esistenza nel momento in cui, nello svolgimento delle attività proprie dell'azienda, si attesta uno squilibrio nella capacità reddituale tale per cui l'entità stessa non riesce ad operare secondo il principio di *economicità*, e dunque non riuscendo a mantenere l'equilibrio d'impresa di remunerazione dei costi di produzione attraverso i ricavi, che in osservanza all'art. 2082 del c.c., dovrebbe rappresentare il criterio utilitaristico che giustifica la qualifica di imprenditore¹⁹.

Seppur così ben delineato il perimetro di ciò che nella dottrina aziendalistica si intende per crisi d'impresa, va sin da subito chiarito che nella pratica questa linea non è poi così netta. Infatti, l'attestazione di uno squilibrio finanziario non impedisce necessariamente all'imprenditore l'adempimento delle proprie obbligazioni. Ulteriormente, una crisi aziendale può esplicare i suoi effetti all'interno del complesso produttivo, ossia manifestarsi in insufficienza di mezzi propri, prevalenza di debiti a breve termine rispetto a quelli di medio lungo, e quindi più in generale in squilibri tipicamente finanziari²⁰; di converso la situazione di crisi potrebbe "esplosione" all'esterno, sfociando in una insufficienza nei mezzi necessari a far fronte alle obbligazioni contratte con terzi. Seppur entrambe le tipologie possano sembrare assimilabili, risulta necessario osservare le possibili modalità di risoluzione. Nel caso in cui la crisi d'impresa risulti riconducibile a fattori interni all'azienda stessa, attraverso risorse extra aziendali, apporto di nuovi capitali o reperendo nuovi mezzi finanziari, è possibile consentire la prosecuzione dell'attività e il recupero dello squilibrio iniziale. In tale ottica risulta di primaria importanza la comprensione anticipata dello stato patologico del complesso produttivo. Percepire anticipatamente i sintomi indicatori della distruzione di valore all'interno di un'azienda, è di vitale importanza per aumentare le possibilità di conservazione e continuazione della stessa.

¹⁹ A cura di Sciuto, *La crisi d'Impresa e le ragioni del diritto fallimentare*, Sez. VII, in *Manuale di diritto commerciale*, Torino 2016, 388

²⁰ Sciuto, *cit.* 389

Quando invece la crisi manifesta i suoi effetti all'esterno dell'azienda, si perfeziona quello che comunemente viene identificato come stato d'insolvenza, poiché l'imprenditore – debitore non conserva più la capacità di far fronte alle obbligazioni contratte con i terzi. In questo caso si determina la necessità di regolare la crisi attraverso una procedura di tipo concorsuale. Tale necessità è dovuta al fatto che la prosecuzione dell'attività d'impresa in capo all'imprenditore che non è più in grado di adempiere alle proprie obbligazioni, si ripercuote in maniera inevitabile su coloro con i quali il debitore stesso ha avuto rapporti durante tutto il periodo di vita dell'azienda stessa determinando un aggravamento che coinvolge più soggetti. Può essere dunque imposta al debitore una procedura di tipo liquidativo per la regolazione della crisi, ferma restando però la possibilità per l'imprenditore di prevenire tale procedura giungendo ad un accordo con i propri creditori. Infatti, la crisi d'impresa, prima di giungere allo stato irreversibile d'insolvenza, si sostanzia in un rischio d'insolvenza, per cui è prevedibile che in futuro l'imprenditore non potrà adempiere alle proprie obbligazioni; in tale frangente la denuncia tempestiva del concreto e possibile rischio futuro d'insolvenza, potrebbe risultare un'auspicabile soluzione per favorirne una migliore regolazione. Tuttavia, questa tipologia di regolazione della crisi d'impresa non può essere imposta al debitore, che vi si può assoggettare soltanto in maniera volontaria. E questo lo si può facilmente desumere dal fatto che l'apertura di una procedura di regolazione della crisi d'impresa precedentemente al manifestarsi dello stato d'insolvenza vero e proprio, potrebbe tradursi in una limitazione della libertà di iniziativa economica. Tale assunto è sufficiente e necessario per giustificare il riconoscimento in capo al solo debitore della richiesta di apertura di una procedura in presenza di un rischio di insolvenza²¹.

Questa rapida analisi delle cause generatrici di una crisi d'impresa, rendono chiare le possibili alternative votate alla regolazione della stessa. Da un lato possiamo identificare le procedure concorsuali imposte al debitore, a norma dell'art. 6 della legge fallimentare, per iniziativa pubblica o privata. Dall'altro lato invece ben si delineano gli accordi stragiudiziali, stipulati dal debitore con i suoi creditori. Facilmente può essere desunta

²¹ Guglielmucci, *Diritto Fallimentare*, Torino 2015,12.

una prima sostanziale differenza tra le soluzioni negoziate alla crisi d'impresa ed il fallimento, nella misura in cui a quest'ultimo il debitore accede in maniera sia volontaria e sia, in maniera molto più frequente, sotto imposizione pubblica o privata; gli accordi stragiudiziali invece risultano essere contratti atipici, ma è pur sempre lasciata alla libertà delle parti la definizione di modalità e contenuto.

Per ciò che concerne gli strumenti di tipo negoziale, è da sottolineare come essi in realtà abbiano sempre trovato una loro considerazione all'interno del nostro ordinamento, anche se dopo il 1942 solamente a livello di prassi. A partire dal 1882, all'interno del Codice del Commercio, il legislatore si mostrava aperto alle soluzioni privatistiche all'insolvenza, nella misura in cui l'art.825 conteneva una primordiale disciplina sovrapponibile a quella degli odierni accordi di ristrutturazione, stabilendo che *“se durante la moratoria abbia luogo un accordo amichevole con tutti i creditori, le relazioni ulteriori tra questi ed il debitore si regolano secondo la convenzione”*, comma 1. E ancora *“L'accordo può anche validamente stipularsi colla sola maggioranza dei creditori che rappresenti almeno i tre quarti del passivo, purché i creditori assenzienti assumano insieme col debitore le conseguenze di ogni lite coi dissenzienti e, ove occorra, l'intero pagamento dei loro crediti”* come recita il comma 2. Ulteriormente *“In ambo i casi, se già vi fu dichiarazione di fallimento, l'accordo deve essere omologato dal tribunale e produce gli effetti del concordato quanto alla chiusura del fallimento”* al comma 3²². Tuttavia, come enunciato precedentemente, il legislatore del 1942 aveva accolto un'impostazione concettuale del fallimento contrapposta. La visione afflittiva delle procedure concorsuali non lasciava infatti spazio a negoziazioni di tipo costruttivo per la risoluzione della crisi d'impresa. Soltanto alla fine del '900 tale concezione registrerà un'inversione di tendenza, e, complice l'incessante richiesta degli operatori economici, il legislatore inizierà a ragionare sulla necessità di regolamentazione della risoluzione della crisi d'impresa attraverso accordi stragiudiziali. Da qui la fase di riforma della legge fallimentare iniziata nel 2005, volta alla maggiore integrazione degli strumenti di regolazione stragiudiziale della crisi d'impresa all'interno della stessa.

²² Art.825, comma 1, Codice del Commercio 1882.

Di fatto l'intento del legislatore era quello di mediare tra due interessi contrapposti: da un lato il diritto di soddisfacimento del ceto creditorio, e dall'altro la salvaguardia dell'impresa intesa come organismo produttivo, la cui conservazione oltre che a giovare all'imprenditore, esplica i suoi effetti positivi anche nei confronti dei lavoratori e del mercato stesso. Uno strumento idoneo a perseguire tale obiettivo risulta essere l'accordo di tipo stragiudiziale. Per un lungo periodo, precedentemente alla riforma del 2005, si era affermata, da parte dei grossi gruppi industriali, la tendenza all'utilizzo di tale risoluzione negoziale. Con l'avvento della legge n.80 del 2005, l'ordinamento italiano recepisce questo utilizzo nella prassi degli accordi stragiudiziali e in generale della gestione in chiave privatistica dell'insolvenza, di fatto allineandosi a quei sistemi stranieri che ormai da tempo contemplavano le soluzioni negoziali per la crisi d'impresa, e ciò particolarmente in riferimento al modello statunitense della *Reorganization*, disciplinata nel *Chapter 11, Title II Bankruptcy Code*, il quale prevede la possibilità per il debitore di far omologare dal tribunale un piano che gli permetta di risanare la sua impresa e al contempo di soddisfare i propri creditori.

Di fatto, già da prima del 2005 parte della dottrina si interrogava se le procedure concorsuali fossero davvero necessarie o se, invece, il mercato effettivamente potesse trovare in sé stesso la soluzione per gestire la crisi²³. Tale dottrina, nell'alternativa tra una gestione amministrativa giurisdizionale dell'insolvenza ed una stragiudiziale, ha utilizzato l'espressione "*privatizzazione della gestione della crisi d'impresa*", evidenziando così l'importanza rivestita dall'autonomia privata in tale ambito²⁴. Tale privatizzazione si intende come affidamento, ai protagonisti della crisi, di poteri che, una volta espressi, saranno sottoposti a controllo di legalità da parte del giudice. Appare dunque chiaro che parlare di privatizzazione del procedimento di risoluzione della crisi d'impresa vuol dire esplicitare un concetto di "*degiurisdizionalizzazione*"²⁵ del diritto

²³ Stanghellini L., *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, il Mulino, 2007, 30.

²⁴ D'Ambrosio, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fallimento*, 2009, 1080.

²⁵ Macario, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Rivista delle Società*, 2008, 102.

concorsuale, nella misura in cui si assiste ad un necessario ridimensionamento del ruolo del tribunale, il cui controllo viene limitato alla fase di omologazione.

Di fatto gestire la crisi in maniera stragiudiziale, e dunque non più sotto la rigida egida del tribunale, vuol dire affidare ad un contratto tra le parti, quale chiaro esempio di espressione della negozialità, il risanamento della crisi. L'ordinamento delega dunque alle parti il compito di gestire l'insolvenza. La *ratio* di fondo è presto detta: creditori e debitore sono coloro che meglio di chiunque altro sono in grado di valutare gli interessi coinvolti; dunque affidare ad essi il compito di identificare una soluzione negoziata alla crisi (nella misura in cui questo sia ancora possibile) risulta essere, a rigore di logica, la scelta migliore. E ancora, risulta evidente come la canalizzazione della gestione verso le parti coinvolte, consente di alleggerire il carico di lavoro degli uffici giudiziari. Pertanto, si può concludere che, nell'ambito di una vasta varietà di strumenti di regolazione della crisi, il legislatore ha inteso aumentare il baricentro della negozialità portandolo verso l'assunzione da parte dei privati di una funzione prettamente pubblica²⁶.

Chiarito come il legislatore abbia inteso recepire e regolamentare la prassi consolidata degli accordi stragiudiziali, rimane necessario soffermarsi ora sulle sostanziali differenze tra le procedure concorsuali "maggiori" e la gestione privatistica della crisi attraverso accordi stragiudiziali, e dunque chiedersi quali siano le motivazioni che inducono a preferire l'una o l'altra alternativa. Le soluzioni stragiudiziali trovano dunque la loro motivazione principale nella loro flessibilità ed adattabilità alle contingenze, nonché nell'esigenza di evitare i costi che altrimenti si sosterebbero in caso di ammissione alle procedure concorsuali. Questo non significa che le procedure stragiudiziali non generino delle uscite economiche. Se infatti a differenza delle procedure concorsuali, non pesano sulla collettività, dall'altro lato indubbiamente rappresentano un costo per le parti, in termini di tempo e di risorse impiegate nell'implementazione del piano e nel monitoraggio dell'esecuzione dello stesso. Tuttavia, tali impegni economici risultano spesso inferiori al costo dell'apertura di una procedura concorsuale tipica. In secondo

²⁶ M. Fabiani, *La giustificazione delle classi nei concordati e il superamento della par condicio creditorum*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, 462.

luogo, ciò che rende appetibile lo strumento negoziale per la gestione della crisi risulta essere la maggiore snellezza, convenienza ed elasticità che un percorso stragiudiziale affidato all'imprenditore e ai creditori può avere rispetto alla rigidità delle procedure maggiori.

In un tale contesto di enfaticizzazione dell'autonomia privata nella determinazione delle modalità di gestione della crisi, ben si possono collocare gli accordi di ristrutturazione dei debiti contemplati nell'art. 182-*bis* come chiara espressione del *genus* degli accordi stragiudiziali. Anch'essi infatti, in maniera puntuale e preminente, rispondono all'esigenza di flessibilità delle parti nella determinazione di un piano di risanamento aziendale, e alla necessità di rapidità di esecuzione, nella misura in cui se l'obiettivo rimane quello della conservazione del complesso produttivo, risulta necessario operare in tempi rapidi. Dunque, i creditori possono concretamente analizzare e accettare alternative di ristrutturazione dei debiti che possono assumere varie forme, dalla dilazione dei crediti ad una conversione degli stessi in partecipazioni al capitale. È opportuno sottolineare poi che, essendo gli accordi una procedura stragiudiziale, vale il principio della libera disponibilità del proprio credito; ma soprattutto gli accordi permettono una deroga ad uno dei principi cardine della disciplina concorsuale italiana: *la par condicio creditorum*. La proposta di accordo infatti non necessariamente deve essere formulata a tutti i creditori, e di converso non necessariamente deve prevedere il pari trattamento degli stessi. Questione, questa, che ha sempre generato ostilità nei confronti delle soluzioni stragiudiziali da parte della giurisprudenza²⁷. Pur essendo la *ratio* ispiratrice degli accordi di ristrutturazione quella di incentivare la conservazione del complesso produttivo aziendale attraverso la negoziazione delle modalità direttamente tra gli attori principali della crisi, appare chiaro che tale negoziazione, qualora condotta con parte del ceto creditorio e non anche con la totalità dello stesso, in ogni caso non dovrebbe in nessun caso generare un accordo che vada a discapito dei creditori non aderenti allo stesso. In tal senso è chiaro che la *par condicio creditorum* viene superata per consentire una più ampia libertà di determinazione negoziale tra le parti.

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

I.3 Accordi di ristrutturazione dei debiti e procedure concorsuali: connessioni e differenze con il concordato preventivo

Il legislatore, nell'inserimento della disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti nell'impianto fallimentare, piuttosto che prevedere un nuovo Titolo o Capo all'interno della stessa, ha ritenuto di fare riferimento al titolo dedicato al concordato preventivo, modificando la stessa rubrica del Titolo III che è divenuta *Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, per poi trattare l'intera disciplina degli accordi nel Capo V, alla cui originaria rubrica *Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo*, è stata aggiunta la rubrica *Degli accordi di ristrutturazione dei debiti*. La questione circa la collocazione topografica della disciplina *ex art.182 bis l.f.* di fatto risulta essere soltanto una minima parte del più ampio e generale dilemma che accompagna, sin dalla sua nascita, l'istituto degli accordi di ristrutturazione: ovvero l'inquadramento sistematico e la classificazione della fattispecie in esame. Due sono gli orientamenti prevalenti in dottrina, dei quali uno annovera gli accordi di ristrutturazione tra le procedure concorsuali, seguendo dunque un indirizzo *processual-pubblicista*²⁸, mentre l'altro porta avanti la tesi *autonomista* degli accordi rispetto alle procedure concorsuali. Non si tratta certamente di un problema meramente teorico, in quanto l'inquadramento dogmatico dell'accordo rappresenta il presupposto per la soluzione di questioni applicative come ad esempio l'efficacia dello stesso nei confronti dei creditori non aderenti, ovvero l'apparato rimediale in caso di inadempimento, o ancora dal punto di vista della prededucibilità dei crediti intercorsi in occasione o in funzione delle procedure concorsuali²⁹.

Seguendo dunque la teoria *autonomista* degli accordi, vediamo come una nutrita parte della dottrina nega che l'istituto in questione possa rientrare tra le procedure

²⁸ Valensise, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Giappichelli, 2012, 133

²⁹ Abate, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Il Fallimento* 9/2013, 1177

concorsuali³⁰, e ciò in virtù di più elementi giudicati ostativi. In primo luogo, si osserva come le procedure concorsuali si caratterizzano per la sussistenza del diritto al concorso di tutti i creditori nel rispetto del principio della *par condicio creditorum* e che dunque la fase realizzativa delle stesse, ovvero il momento del pagamento dei debiti, sia informata agli stessi criteri. Ciò non può essere ravvisato nel procedimento contemplato all'art. 182-*bis* nella misura in cui, relativamente al ceto creditorio, la regolazione concorsuale del dissesto dell'imprenditore non è prevista. Ulteriormente, non è detto che tutti i creditori vengano coinvolti nell'accordo: come noto, ai fini dell'omologazione si richiede la partecipazione dei creditori che rappresentino il 60% dei crediti complessivi. Si rileva come, quindi, nell'ambito degli accordi di cui all'art. 182-*bis*, i creditori non siano organizzati in senso collettivo, potendo l'imprenditore scegliere in piena autonomia a chi proporre l'accordo al fine di raggiungere il sufficiente numero di consensi per richiedere l'omologazione al tribunale³¹. Conseguentemente appare chiaro che il principio della *par condicio creditorum* non risulterebbe operante negli accordi di ristrutturazione, dove di fatto l'unico vincolo posto al debitore è rappresentato dall'assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei. In tal senso potremmo dunque concludere che l'efficacia degli accordi, a differenza delle procedure concorsuali in cui vi è un effetto *erga omnes*, è limitata, in base al principio dettato dall'art. 1372 c.c., esclusivamente ai creditori aderenti, mentre quelli estranei sono vincolati a non porre in essere azioni esecutive e cautelari in osservanza alle disposizioni di legge³².

Ulteriormente, si osserva che a differenza delle procedure concorsuali, gli accordi difettano di un provvedimento di apertura, e non sono previsti organi procedimentali³³, pertanto le parti agiscono nell'esercizio della autonomia contrattuale riconosciuta dalla

³⁰ Fabiani, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla "reorganization"*, 264; Nigro A., *Diritto della crisi d'impresa. Le procedure concorsuali*, 2009, 379; Nocera I.L., *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*, in *Diritto Fallimentare* 2012, I, 376.

³¹ Fabiani, *L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, 2010, 899.

³² Nocera, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto delle crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*, 392.

³³ Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, 1138

legge. Ovviamente questo non mette in discussione la natura procedimentale che necessariamente ha la fase di omologazione davanti al Tribunale. Si tratta, evidentemente, di un procedimento che però differisce, anche dal punto di vista lessicale, da una procedura di tipo concorsuale. Inoltre, l'imprenditore-debitore rimane *dominus* della propria impresa in quanto negli accordi di ristrutturazione non è prevista nessuna forma di spossessamento, come nel caso del fallimento; come anche la presenza di organi che vigilano sull'amministrazione patrimoniale o sull'esecuzione delle obbligazioni assunte, come nel caso del concordato preventivo³⁴.

Di segno opposto alle considerazioni sin qui esposte, sono quelle di altra parte della dottrina³⁵, che ritiene la disciplina degli accordi qualificabile come procedura concorsuale, in ragione del fatto che l'eventuale inosservanza del principio della *par condicio creditorum* non costituirebbe un'argomentazione idonea a sostenere il contrario. Il processo argomentativo perseguito da tale orientamento prende le mosse dall'analisi delle peculiarità proprie delle procedure concorsuali, per poi confrontarle alle caratteristiche che contraddistinguono gli accordi. In primo luogo, *l'universalità* della disciplina delle procedure concorsuali, intesa come estensione dei vari procedimenti a tutto il patrimonio del debitore, e degli effetti a tutti i creditori. Secondo la teoria *processuale* la stessa universalità si può ravvisare negli accordi, che involgono la totalità dei rapporti in capo all'imprenditore, sì da fare in modo che i creditori, aderenti ed estranei, vengano soddisfatti. Un'ulteriore caratteristica delle procedure concorsuali è costituita dalla *giurisdizionalità*, ossia la previsione di un controllo sulla correttezza del procedimento. In tal senso la dottrina che considera gli accordi una tipologia di procedura, rileva che gli stessi accordi sono soggetti ad un controllo da parte dell'autorità giudiziaria, nella misura in cui deve avvenire la necessaria verifica del soddisfacimento dei creditori. Infine, viene presa in considerazione *l'esclusività*, ossia del divieto di apertura o di continuazione di procedure esecutive in pendenza di una procedura concorsuale. Ed in tal

³⁴ Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l.f.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, 14.

³⁵ Trentini, *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le soluzioni della crisi alternative al concordato preventivo*, 2016, 164.

senso viene rilevato come gli accordi di ristrutturazione sono ostativi all'istaurazione o continuazione di procedure esecutive³⁶. Da ultimo bisogna rilevare un ulteriore elemento sostenuto dalla tesi *processuale*, proveniente dalla formulazione dell'art. 182 *bis* comma 1, secondo cui i creditori estranei devono essere integralmente pagati entro le scadenze di legge. Da questa disposizione si evincerebbe che gli accordi di ristrutturazione producono effetti non solo tra i soggetti aderenti all'accordo stesso, ma incidono *ope legis* sui diritti di tutti i creditori, anche estranei. Sempre tale dottrina segnala, in riferimento al principio della *par condicio creditorum*, che la stessa si manifesterebbe negli accordi di ristrutturazione dei debiti secondo le forme classiche, ossia il divieto di esercizio di azioni cautelari o esecutive individuali sul patrimonio del debitore, o ancora attraverso la facoltà lasciata ai creditori di opporsi o meno all'accordo stesso, o ancora nella previsione di una percentuale minima di partecipazione per garantire l'omologazione³⁷. In definitiva, secondo l'orientamento *processual-pubblicista*, anche gli accordi di ristrutturazione prevedono il soddisfacimento dei creditori in maniera indistinta, benché sia chiaro che ciò avviene con modalità differenti a seconda che il creditore sia aderente o meno. Tale impostazione ammetterebbe, quindi, che gli accordi previsti dall'art. 182-*bis* rientrino nell'ambito delle procedure concorsuali. Eppure è agevole ritenere che ciò non sia propriamente corretto, dal momento che gli accordi di ristrutturazione, pur volendo ricondurli e assimilarli alle procedure concorsuali, conservano delle caratteristiche proprie³⁸. E tali caratteristiche si sostanziano nella bifasicità del procedimento: fase stragiudiziale in cui vi è il perfezionamento dell'accordo con i creditori, e fase giudiziale di pubblicazione e omologa dello stesso da parte del Tribunale. La particolarità risiede dunque nel fatto che siano due le discipline applicabili, in successione tra loro, agli accordi. Ad una prima fase verranno dunque applicate le norme del codice civile circa i contratti in generale; a questa seguirà la seconda fase regolata dalle norme del diritto fallimentare. Secondo tale impostazione gli accordi di ristrutturazione dei debiti

³⁶ Trentini, *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le soluzioni della crisi alternative al concordato preventivo*, 2016, 168.

³⁷ Terranova, *Le procedure concorsuali. Problemi di una riforma*, 2004, 51.

³⁸ Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, 99.

dovrebbero essere qualificati dapprima come un contratto di diritto privato, e poi come una procedura concorsuale.

Appare chiaro come l'individuazione della natura giuridica dell'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti è uno dei punti più controversi in materia. È riconosciuto come la tesi *autonomista* esprima l'indirizzo certamente maggioritario della dottrina in tale ambito³⁹. Volendo però spostare l'attenzione nei confronti dei pareri espressi dalla giurisprudenza, appare chiaro a parere di chi scrive, come la stessa abbia mutato le proprie considerazioni nel corso degli anni di pari passo con l'evoluzione normativa, e ancor più con il mutare delle finalità che il legislatore ha inteso consegnare all'istituto.

In più di un'occasione la giurisprudenza si è espressa affermando esplicitamente la non appartenenza degli accordi alle procedure concorsuali e segnalando la sostanziale differenza tra gli stessi ed il concordato preventivo⁴⁰. La natura privatistica dell'istituto viene da ultimo rimarcata con la sentenza del Tribunale di Verona del 16 Febbraio 2015, nella quale viene negata la prededucibilità del credito al professionista attestatore del piano di concordato sostenendo che *“in quanto la fattispecie presenta caratteristiche prettamente privatistiche, come tale estranea alle procedure concorsuali in genere, non essendo prevista una fase di ammissione dei crediti, non essendovi organi pubblici destinati alla gestione del procedimento, non applicandosi il principio maggioritario e quello della par condicio creditorum e non sussistendo luogo deputato per la discussione e approvazione della proposta, con conseguente estraneità della fattispecie di cui all'art. 111 L.F.”*⁴¹.

Le continue modifiche susseguitesi nel tempo circa la disciplina degli accordi, hanno fatto sì che mutasse conseguentemente anche l'impostazione che il legislatore ha inteso dare agli stessi. Così anche la Corte di Cassazione si è espressa, negli ultimi mesi, in materia di natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti e l'annoso rapporto con le procedure concorsuali, invertendo completamente la rotta rispetto al passato. Il riferimento è

³⁹ Abate, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, 1183.

⁴⁰ Trib. Bari 21/11/2005, in *Foro.it*, 2006, I, 263 ; Trib. Milano 23/01/2007, in *ilCaso.it*

⁴¹ Trib. Verona 16/02/2015, in *ilCaso.it*, 12123, 2015.

segnatamente alle sentenze Cass. 18.1.2018 n. 1182, Cass. 12.4.2018 n. 9087 e Cass. 21.6.2018, n. 16347. L'intervento della Cassazione del Gennaio 2018 si è occupato per la verità della natura prededucibile o meno del compenso ai professionisti. La decisione aveva riconosciuto la prededucazione ex art. 111 l.f. al credito del professionista in quanto l'accordo di ristrutturazione "appartiene agli istituti del diritto concorsuale" e il credito è sorto "in funzione" dell'accesso alla procedura poichè "avutasi l'omologazione, non è necessario verificare la definitiva tenuta del risultato delle prestazioni medesime".

È da osservare però il dato lessicale, dal momento che la nozione di "istituti del diritto concorsuale" non equivale a "procedure concorsuali", e l'art. 111 c. 2. 1. fall. si applica per espressa disposizione normativa solo alle procedure concorsuali e non agli "istituti del diritto concorsuale".

A distanza di pochi mesi, la Cassazione è tornata sull'argomento concludendo che l'accordo di ristrutturazione è una procedura concorsuale⁴². Ebbene, la Cass., 12.4.2018, n. 9087 affronta direttamente la questione affermando che *"la sfera della concorsualità può essere oggi ipostaticamente rappresentata come una serie di cerchi concentrici, caratterizzati dal progressivo aumento dell'autonomia delle parti man mano che ci si allontana dal nucleo (la procedura fallimentare) fino all'orbita più esterna (gli accordi di ristrutturazione dei debiti), passando attraverso le altre procedure di livello intermedio, quali la liquidazione degli imprenditori non fallibili, le amministrazioni straordinarie, le liquidazioni coatte amministrative, il concordato fallimentare, il concordato preventivo, gli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento degli imprenditori non fallibili, gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria. Restano all'esterno di questo perimetro immaginario solo gli atti interni di autonoma riorganizzazione dell'impresa, come i piani attestati di risanamento e gli accordi di natura esclusivamente stragiudiziale che non richiedono*

⁴² Cass., 12.4.2018, n. 9087, in *Fall.*, 2018, 984 con nota di TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una procedura concorsuale: la Cassazione completa il percorso.*

nemmeno un intervento giudiziale di tipo omologatorio"⁴³. In questo "sistema solare" in cui il sole è il fallimento, tutte le procedure "minori" ruotano più o meno vicine al "sole", ma sono comunque procedure concorsuali. Ed è significativo, ma forse anche discutibile, che "gli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento" vengano definiti come procedure concorsuali e che l'accordo di ristrutturazione sia il pianeta più lontano dal sole/fallimento, ma pur sempre un pianeta che ruota intorno al fallimento. Oltre alla disamina lessicale, rimane un dato rilevante. Ammettere che gli accordi rientrino nella sfera applicativa della disciplina concorsuale significa consentire per gli stessi la prededuzione dei crediti sorti in esecuzione della procedura a norma dell'art. 111 della legge fallimentare. La *ratio* appare chiara, e cioè consegnare alla prassi quanti più incentivi possibili all'utilizzo degli accordi di ristrutturazione. Tuttavia, la prededucibilità dei crediti nelle procedure concorsuali viene anticipata da una serie di eventi quali la *cristallizzazione* dei crediti, l'apertura giudiziale, la nomina di organi preposti al controllo. Tutto questo non è ravvisabile negli accordi di ristrutturazione, nei quali rimane centrale la volontà delle parti nella determinazione delle modalità di risoluzione della crisi. Appare dunque una forzatura l'accostamento in tal senso dell'istituto con le procedure concorsuali. L'orientamento *processual-pubblicista*, nonostante ben argomentato in dottrina, si presenta dunque poco condivisibile, poiché la caratteristica esclusiva e predominante negli accordi rimane la sovranità della volontà delle parti, la quale non viene compromessa né limitata da nessun comma relativo all'istituto, rimanendo così fedele alla *ratio* perseguita dal legislatore. Alla luce della definizione di procedura concorsuale, appare chiaro come negli accordi di ristrutturazione l'autonomia dell'imprenditore e dei creditori non sia in alcun modo ridotta.

⁴³ Cass., 25.1.2018, n. 1895, in *Fall.*, 2018, 286.

1.4 Effetti per i creditori estranei all'accordo di ristrutturazione dei debiti art. 182-bis

L' art. 1372 del Codice Civile stabilisce al primo comma *che* “ *Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge*”. Continua poi al secondo comma del medesimo articolo: “ *Il contratto non produce effetti rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*”.

Dal secondo comma di tale disposizione normativa, si può desumere il c.d. *principio di relatività* il quale afferma che il contratto è produttivo di effetti soltanto tra le parti coinvolte, e non nei confronti di terzi. A questa regola generale, tuttavia, il legislatore pone un'eccezione, prevedendo che nella legge sia possibile ravvisare dei casi in cui alcuni contratti possono avere efficacia anche rispetto ai terzi. Partendo da questa prima considerazione, e ritenendo pacifico che il diritto concorsuale affonda le proprie radici nel diritto commerciale e in quello privato, è opportuno ragionare sulla presenza o meno, nella disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, delle eccezioni menzionate nell'art. 1372 c.c., con la conseguente possibilità di estensione degli effetti dell'accordo anche ai creditori estranei allo stesso, ovvero le esternalità che su di essi si producono in seguito alla conclusione dell'accordo. È agevole sottolineare, in questo primo momento, come in realtà nel nostro ordinamento non sia mai stato contemplato – o almeno fino alla riforma di cui al d.l. n. 83/2015 – il meccanismo del *cram down*⁴⁴, ovvero l'imposizione anche ai creditori dissenzienti di un accordo, a cui risulta favorevole almeno una classe di creditori, a condizione che non ricevano un trattamento inferiore a quanto potrebbero ricevere in caso di liquidazione. Si osserva dunque come, a differenza di altri ordinamenti stranieri, nel nostro sistema giuridico l'accordo individuato all'art. 182-bis l.f. non presenta un carattere collettivo, non vincolando i creditori estranei all'esecuzione dell'accordo. La scelta del legislatore, dunque, risulta improntata al pieno rispetto del principio di *relatività* circa gli effetti prodotti dal contratto.

⁴⁴ Il meccanismo del *cram down* è disciplinato nel *Chapter 11 of Bankruptcy Code*, relativo alla procedura di *Reorganization* del diritto statunitense.

Dall'analisi dell'articolo 182-*bis* è possibile desumere l'esistenza di due tipologie di effetti ravvisabili all'interno di un accordo di ristrutturazione dei debiti: una prima componente di effetti viene definita *negoziale*, poiché in pieno accoglimento del principio di cui all'art. 1372 c.c., vengono ad esistenza soltanto con il consenso delle parti, segnatamente debitore e creditori aderenti, e tra essi si esauriscono. Inoltre, tali effetti non sono subordinati all'omologa dell'accordo da parte del Tribunale, poiché derivanti dalla stipula di specifici contratti, dunque regolamentati dalle norme di diritto privato. La seconda componente di effetti che sorgono da un accordo di ristrutturazione dei debiti viene invece definita *legale*, in quanto scaturiti unicamente dal procedimento di omologazione da parte del Tribunale, e capaci di estendere la propria efficacia *erga omnes* soltanto nel momento in cui vi è la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese. Gli effetti *legali* dunque, si producono anche e soprattutto a carico dei creditori non aderenti all'accordo. Di seguito verranno esposti i principali effetti che vengono prodotti nei riguardi dei creditori estranei, avendo cura di identificarne la *ratio* sottostante e le principali criticità in dottrina.

Il primo comma dell' art. 182-*bis* recita: “*L' imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all' art. 161, l' omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti [...] unitamente ad una relazione redatta da un professionista [...] sull' attuabilità dell' accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l' integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini: a) entro centoventi giorni dall' omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell' omologazione.*” Dalla disamina di questo primo comma si evidenzia la prima esternalità che si produce in capo al creditore estraneo all'accordo, ossia l'obbligo per il debitore di predisporre un piano che garantisca il pagamento integrale del credito non aderente. Sarà il professionista attestatore a garantire poi l'idoneità dell'accordo in tal senso. Sempre proseguendo nell'analisi testuale del primo comma, si osserva come il legislatore consenta al debitore una moratoria nel pagamento integrale di tali crediti, entro limiti temporali definiti *ex lege*. Innanzitutto, è bene chiarire

in tal senso che ampiezza il legislatore intenda dare al significato di creditore *estraneo*, con tale definizione intendendo tutti quei creditori che, nella fase negoziale dell'accordo, o perché dissenzienti, o perché non presi in considerazione dal debitore, non vi hanno preso parte⁴⁵. La norma poi specifica che la proposta deve in ogni caso assicurare “*l'integrale pagamento*” dei crediti non compresi nell'accordo. Nella sua versione originaria del 2005, il primo comma dell'art. 182-*bis* in realtà indicava un pagamento che fosse “*regolare*”, creando non pochi problemi in giurisprudenza nell'esatta interpretazione del termine *regolare*. Parte minoritaria della dottrina riteneva che tale termine non si riferisse al pagamento puntuale dei crediti, quanto più ad un pagamento che avvenisse secondo “*le regole del concorso*”, ovvero secondo le previsioni dell'accordo già accettato dai creditori aderenti, e successivamente all'eventuale pagamento di crediti assistiti da prelazione⁴⁶. Tale ipotesi andava dunque a prevedere tre classi di creditori da soddisfare all'interno dell'accordo, ovvero i creditori aderenti, quelli estranei privilegiati e i non aderenti chirografari. Chiarito però nella prassi che, in virtù della previsione di trattamento differenziato tra i creditori, la disciplina degli accordi di ristrutturazione non distingue tra creditori privilegiati, chirografari o prededucibili⁴⁷, appare evidente come tale ipotesi interpretativa non possa avere adeguato seguito. Altra tesi sosteneva invece che il termine *regolare* intendesse che il trattamento riservato ai creditori estranei dovesse essere il medesimo sottoposto ai creditori aderenti. In altri termini, le condizioni di falcidia del credito o di pagamento in percentuale dei creditori aderenti dovevano essere applicate specularmente ai creditori estranei. Tale ipotesi, però, era argomentata con rilievo dal fatto che il pagamento integrale dei creditori estranei avrebbe comportato degli oneri talmente gravosi per il debitore, che questi difficilmente

⁴⁵ Zanichelli V., *I concordati giudiziali*, cit., 607, in Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, 306

⁴⁶ Pezzano A., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis legge fallimentare: una occasione da non perdere*, in *Diritto Fallimentare*, 2006, 674

⁴⁷ Fabiani M., *L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, 898

avrebbe concluso l'accordo pregiudicandone l'attuabilità⁴⁸. Ma a prescindere dal rilevante tenore letterale della norma, appare chiaro come una siffatta ipotesi avrebbe completamente violato le disposizioni dell'art. 1372 c.c., prevedendo che l'accordo concluso con i creditori aderenti vincolasse gli estranei⁴⁹. Alla luce di tali considerazioni, l'opinione largamente più diffusa⁵⁰ era quella per cui per “*regolare pagamento*” si intendesse “*esatto adempimento*”, ovvero un pagamento totale e alla scadenza pattuita, e secondo quanto stabilito nel titolo costitutivo dell'obbligazione. Con l'osservazione che in caso di debiti scaduti il pagamento dovesse essere immediato.

L'intervento correttivo d.l. 83/2012 convertito nella legge n.134 del 2012 ha modificato la disciplina del presupposto di cui all'art. 182-*bis* comma 1, con un'impostazione che peraltro è stata mantenuta nelle modifiche successive. Partendo dunque dal dato lessicale, si evidenzia come la modifica del 2012 ha comportato il passaggio dal *regolare* all'*integrale* pagamento dei creditori estranei. Ciò lascia dunque intendere che il pagamento non potrà mai essere in alcun modo inferiore rispetto al diritto vantato dal creditore non aderente. Di ben più ampia portata è invece la modifica che ha riguardato il profilo della scadenza del pagamento integrale dei creditori estranei, identificato in 120 giorni dall'omologazione per i crediti scaduti, e di altri 120 giorni dalla scadenza per i crediti non ancora scaduti. Combinando le disposizioni ne deriva dunque che i creditori estranei hanno diritto a ricevere il pagamento integrale del loro credito, ma con un ritardo tollerato fino a quattro mesi. Si tratta, a ben vedere, di una *moratoria legale* che il legislatore ha inteso porre in essere negli accordi, riuscendo così a coniugare le esigenze di soddisfacimento del credito estraneo all'accordo, e una più forte incentivazione all'utilizzo dello strumento in capo al debitore. Prendendo in considerazione quanto appena esposto, si ravvisa come in realtà tale nuovo regime non modifica, nella sostanza,

⁴⁸ Girone L., *L'accordo di ristrutturazione a seguito del Decreto correttivo: la lettura retrospettiva di un provvedimento antecedente rivela che le modifiche introdotte dalla novella non sono meramente formali*, cit., 628 in Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, 306.

⁴⁹ Cosa che invece avviene nel concordato preventivo, dove la volontà della maggioranza vincola la minoranza; e che inoltre avviene negli accordi ex art. 182-*septies* l.f. in tema di accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari

⁵⁰ Fabiani M., *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182-*bis* l.f.*, in Foro, 2006, 2564

il principio sopra indicato secondo cui i creditori non aderenti all'accordo hanno diritto all'identica prestazione che a loro spetta secondo il titolo del credito stesso e secondo la legge. L'unico "sacrificio"⁵¹ a loro imposto è quello di dover subire un eventuale dilazione nel pagamento.

L'unico dubbio che si profila è quello relativo al decorso legale degli interessi previsti nel caso in cui il pagamento di un credito esigibile venga posticipato nel tempo a seguito della dilazione nel pagamento dei creditori estranei, ovvero su quale sorte subiscano tali interessi. È da osservare come la disciplina dell'istituto, mentre fissa i termini di dilazione, non prevede alcuna regola di sospensione del decorso degli interessi. Appare evidente la differenza con il concordato preventivo, atteso che l'art. 169 l.f. richiama precisamente l'art. 55 l.f. in tema di sospensione del corso degli interessi legali o convenzionali in caso di dichiarazione di fallimento, ovvero che i debiti si considerano scaduti alla data di fallimento. Non pare ragionevole basarsi, però, sull'assunto che l'inapplicabilità dell'art. 55 l.f. agli accordi sia dovuta al fatto che derivando la dilazione di pagamento *ex lege*, sia conseguentemente agevole ritenere gli interessi non dovuti al creditore estraneo. Secondo altra impostazione, la fattispecie sarebbe riconducibile ad un'ipotesi di *pactum de non petendo ad tempus*, con l'assunzione da parte del creditore estraneo dell'impegno a non richiedere l'adempimento, per un lasso di tempo; ciò produrrebbe l'effetto di differire l'esigibilità della pretesa, sostanziandosi nella fissazione di un nuovo termine, ossia in una proroga dello stesso: venuta meno dunque l'esigibilità, anche il decorso degli interessi dovrebbe ritenersi bloccato. Tuttavia, è da sottolineare che, per definizione, il *pactum de non petendo* risulta essere un patto che deriva da un accordo tra le parti, dunque non produttivo di effetti nei confronti dei creditori estranei. In entrambe le due soluzioni proposte, risulta in ogni caso una situazione di ulteriore svantaggio nei confronti del creditore estraneo, che oltre a vedersi *ex lege* rimodulato lo scadenziario del proprio credito, dovrà altresì rinunciare ai propri interessi legittimi. Riprendendo l'analisi circa la possibile derogabilità dell'art. 1372 c.c. all'interno della disciplina degli accordi di ristrutturazione in materia di estensione degli effetti del

⁵¹Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, cit., 314.

contratto fuori dal perimetro delle parti convenute, non sembra⁵² doversi ravvisare una deroga al *principio di relatività*, se non in tema di dilazione del pagamento e conseguente alterazione del corso degli interessi, che però non può rappresentare motivo di incostituzionalità⁵³, poiché non fa venir meno l'obbligo in capo al debitore del pagamento per intero del credito originariamente assunto.

Procedendo nell'analisi degli effetti che si producono in capo ai creditori estranei all'accordo di ristrutturazione *ex art. 182 bis*, un profilo che risulta degno di nota riguarda il divieto di azione esecutiva e cautelare sul patrimonio del debitore. La *ratio* di una tale disposizione rimanda alla più generale necessità di protezione del patrimonio del debitore, impedendo che si possano verificare eventi pregiudizievoli ai fini della ristrutturazione debitoria e quindi al superamento della crisi. Il terzo comma dell'art. 182 *bis* recita: *“Dalla data di pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, né acquisire titoli di prelazione se non concordati. Si applica l'art. 168 secondo comma”*⁵⁴. La norma citata richiama espressamente l'art. 168 l.f. : *“Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese e le decadenze non si verificano”*. Innanzitutto, occorre rilevare che tale divieto in capo ai creditori acquista efficacia dal momento della pubblicazione nel registro delle imprese, a norma dell'art. 182-*bis* comma 2, e che ha una durata ben specificata di sessanta giorni; per il concordato preventivo, invece, il disposto dell'art. 168 chiarisce che tale indisponibilità deve considerarsi efficace dalla data di pubblicazione del concordato fino a quella di omologazione dello stesso. Le disposizioni di cui all'art. 182 *bis* comma 3 vengono definite *ombrello protettivo*, nella misura in cui risultano essere una tutela per il debitore stesso impedendo che si possano verificare azioni tali da pregiudicare l'omologazione e le prospettive di riuscita dell'accordo, ed un incentivo all'utilizzo dell'istituto. Tuttavia, tale protezione produce delle esternalità nei confronti dei creditori

⁵² Trentini C., *ibidem*.

⁵³ come ravvisato da Ambrosini S., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, cit., 1140.

⁵⁴ Art. 182 *bis* comma 1 legge fallimentare

in generale. In tal senso, considerando il profilo soggettivo della disposizione, si osserva come il legislatore non effettua nessuna discrimina tra creditori aderenti e estranei⁵⁵, ponendo in capo ad entrambe le tipologie di creditori il divieto di azione. Riprendendo il concetto di esternalità in capo ai creditori non aderenti, dunque, appare evidente che tale protezione produca due effetti. Da un lato vi sarà un'esternalità di tipo negativo, che si sostanzia nell'inibizione di qualsiasi azione esecutiva, cautelare⁵⁶, o di acquisto di prelazione, ovvero di una forte limitazione agli ordinari mezzi di tutela delle ragioni dei creditori; dall'altro lato troveremo un'esternalità di tipo positivo, posto che la protezione del patrimonio del debitore si traduce in una tutela dei beni posti a garanzia dell'integrale pagamento dei creditori estranei, ovvero dell'esecuzione dell'accordo stesso.

Va ricordato che la disciplina degli accordi di ristrutturazione secondo la promulgazione originaria del 2005, lasciava esposto alle aggressioni il patrimonio del debitore, dal momento che non era previsto nessun impedimento alle azioni esecutive e cautelari, che potevano iniziare o proseguire tanto i creditori estranei quanto quelli aderenti, qualora nella pattuizione dell'accordo non fosse stato specificato diversamente. A questa situazione ha posto rimedio la disciplina dettata dal decreto *correttivo* del 2007, che ha segnatamente previsto il nuovo dettato di cui all'art. 182 *bis* comma 3, ovvero che dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, e per i successivi sessanta giorni sono vietate azioni, da parte dei creditori, di tipo esecutivo o cautelativo. Tale divieto si estende a tutti i creditori, sia aderenti che estranei all'accordo, anteriori alla data di pubblicazione nel registro delle imprese. La durata del divieto è stata ritenuta da più di un autore eccessivamente breve⁵⁷. Appare però evidente come il legislatore sia stato mosso dall'esigenza di allineare tale disposizione al principio fondante dell'istituto degli accordi di ristrutturazione, ovvero snellezza e rapidità nell'esecuzione delle procedure. È

⁵⁵ Ferro M., *Commento all'art. 182 bis*, in *La legge fallimentare: commentario teorico e pratico*, cit., 2530 in Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, 367

⁵⁶ Laddove per azioni esecutive si intendono tutte quelle azioni che consentono di ottenere attraverso l'espropriazione forzata dei beni del debitore, il soddisfacimento del proprio credito. Per azioni cautelari invece si intendono quegli atti con i quali si ostruisce la disponibilità degli stessi attraverso sequestro o qualunque altra azione volta a raggiungere lo scopo predetto.

⁵⁷ Zanichelli V., *I concordati giudiziali*, 614 in Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, 369]

inoltre vero che, rappresentando tale protezione una limitazione al diritto costituzionale di azione, trascorsi i sessanta giorni il provvedimento cessa di diritto senza necessità di alcun provvedimento da parte dell'autorità, e senza alcuna possibilità di proroga⁵⁸.

La formulazione dell'art. 182-*bis* comma 3 come previsto dal decreto *correttivo* del 2007 però, fu bersaglio di forti critiche in dottrina quanto nella prassi, poiché non prevedeva la protezione del patrimonio del debitore nella fase precedente alla pubblicazione dell'accordo presso il registro delle imprese, con il pericolo che in tale fase i creditori attaccassero lo stesso rendendolo inconsistente ai fini della ristrutturazione debitoria. La disciplina sopra esposta, dunque, è stata nuovamente modificata attraverso il d.l. 78/2010. Con tale intervento il legislatore ha esteso l'efficacia del divieto di azioni esecutive e cautelari al periodo delle trattative funzionali al raggiungimento dell'accordo. In tal senso la stessa relazione illustrativa al d.l. 78/2010 spiegava: *“la prassi applicativa evidenzia come momento cruciale e critico anche quello delle trattative, nel corso delle quali è parimenti importante eliminare eventuali azioni di disturbo e consentire alle parti in trattativa di fotografare con certezza i beni patrimoniali dell'impresa per determinare le misure concretamente realizzabili per la ristrutturazione dei debiti”*.

Si evince come, dal punto di vista dei creditori estranei all'accordo, tale novità rappresentava un'estensione delle esternalità negative dovute al blocco delle azioni esecutive, nella misura in cui il divieto risultava (e risulta) operante anche, e soprattutto, nella fase propedeutica alla definizione del piano, Sotto l'aspetto procedurale l'art. 182-*bis* l.f. comma 5 chiarisce che:

“ Il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al terzo comma può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di cui al presente articolo, depositando presso il tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 la documentazione di cui all'articolo 161, primo e secondo comma, lettere a), b), c) e d) e una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell' imprenditore [...] attestante che sulla proposta sono in corso

⁵⁸ Ferro M., *Commento all'art. 182-bis*, in *La legge fallimentare: commentario teorico e pratico*, 2531, in Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, 369.

trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. L'istanza di sospensione di cui al presente comma è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché' del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione.” Successivamente il comma 7 dell'art. 182-bis chiarisce che: “ *Il tribunale, verificata la completezza della documentazione depositata, fissa con decreto l'udienza entro il termine di trenta giorni dal deposito dell'istanza di cui al sesto comma, disponendo la comunicazione ai creditori della documentazione stessa. Nel corso dell'udienza, [...], dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati assegnando il termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista a norma del primo comma. Il decreto del precedente periodo è reclamabile a norma del quinto comma in quanto applicabile”*. Viene dunque delegata al debitore la possibilità di richiedere l'estensione, attraverso la presentazione di tutta la documentazione necessaria a norma dello stesso articolo, della protezione del proprio patrimonio altrimenti operante dal momento dell'iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese. Il tribunale, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza ha il compito di valutare la correttezza formale e sostanziale e dunque con decreto motivato disporre il blocco preventivo delle azioni esecutive e cautelari. Da tale decreto ricorre il termine di sessanta giorni per il deposito dell'accordo a norma dell'art. 182-bis comma 1 l.f.. Altra novità importante che il decreto 78/2010 introduce nella disciplina è il divieto di acquisto di titoli di prelazione che non siano concordati, nella fase negoziale. Per pervenire alla disciplina attualmente in vigore bisognerà attendere il decreto *crescita* del 2012, che riconfermando quanto inserito con il decreto 78/2010, estende il divieto di acquisto di titoli di prelazione anche nella fase di omologazione, ovvero successivamente alla data di pubblicazione. Tale

innovazione di fatto amplia ulteriormente le esternalità negative che l'*ombrello protettivo* del debitore impone al creditore estraneo all'accordo, che con la disciplina attuale si trova a non poter esperire azioni esecutive e cautelative certamente nella fase successiva alla pubblicazione, e su istanza del debitore e previo decreto del Tribunale, anche nella fase precedente, ovvero a non poter acquisire titoli di prelazione in entrambe le fasi della procedura.

Un ultimo aspetto che rimane degno di nota all'interno dell'analisi degli effetti per i creditori estranei all'accordo di ristrutturazione dei debiti riguarda la prededucibilità dei crediti e la revocatoria fallimentare. Il concetto di *prededuzione* si riferisce alla "sottrazione, detrazione, accantonamento e deduzione di qualcosa prima di ogni altra"⁵⁹. È agevole comprendere come tale diritto risulti essere un enorme vantaggio all'interno delle procedure concorsuali, nella misura in cui ogni creditore cerca il soddisfacimento del proprio credito. La prededucibilità dei crediti è indicata all'art. 111 della legge fallimentare. Segnatamente all'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, si rileva come la funzione principale che il legislatore consegna allo strumento sia quella di garantire la continuità aziendale. In tal senso il legislatore prevede una serie di disposizioni, indicate negli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* volte ad agevolare la prosecuzione dell'attività aziendale, se funzionale ad una migliore soddisfazione dei creditori. Attraverso le previsioni di tali articoli, è stata introdotta una disciplina organica dei finanziamenti alle imprese in crisi che prevede la possibilità di erogare una finanza "*protetta*" che consenta di godere, nell'eventuale successivo fallimento, di un trattamento preferenziale rispetto agli altri crediti, in quanto appunto retti da prededucibilità. Ciò che il legislatore pone in essere, è l'affiancamento di una particolare aspettativa di soddisfazione di tali crediti da finanziamento che non siano stati ancora rimborsati, in un'eventuale procedura successiva di fallimento, all'esenzione da revocatoria che la legge riserva ai pagamenti effettuati in esecuzione di un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 67, comma 3, lettera e) l.f..

⁵⁹ Patti A., *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 e art. 182 quater l.fall.*, 1341.

I due citati articoli forniscono una elencazione delle tipologie di finanziamenti che possono beneficiare dell'esenzione da revocatoria ovvero della prededuzione. In particolare la legge, all'art. 182 *quater*, fa riferimento ai finanziamenti posti in essere in esecuzione dell'accordo ed a quelli *funzionali* alla presentazione della domanda di omologazione dell'accordo stesso. A questi l'art. 182- *quinqües* aggiunge i finanziamenti *interinali*, ovvero effettuati in costanza di procedura e i finanziamenti *in via d'urgenza* funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale. La particolarità dei finanziamenti di cui all'art. 182-*quinqües* risiede nel fatto che, a differenza dei finanziamenti funzionali, che sono prededucibili *ex lege*, questi ultimi acquistano la prededucibilità solo su dichiarazione del Tribunale che ne autorizza l'erogazione in seguito a domanda del debitore.

Compresa la finalità del legislatore nell'individuazione di una disciplina sì rilevante all'interno del procedimento degli accordi di ristrutturazione, ovvero consentire la prosecuzione dell'attività d'impresa anche attraverso la *protezione* dei finanziamenti erogati all'impresa in crisi, resta da comprendere come questo possa incidere sul diritto dei creditori estranei all'accordo. Posto che la revocatoria fallimentare è uno strumento che permette di dichiarare l'inefficacia degli atti compiuti dal debitore prima della dichiarazione di fallimento, al fine del pieno recupero dell'attivo, e che i finanziamenti di cui agli artt. 182-*quater* e 182-*quinqües* divengono prededucibili, ovvero rimborsabili a priori rispetto agli altri crediti, si ravvisa come dalla combinazione di queste due disposizioni nasce una tra le più gravose esternalità per i creditori estranei⁶⁰. Tale effetto negativo si sostanzia nel fatto che, qualora l'accordo imposto al creditore estraneo abbia esito negativo, e dunque si apra il successivo fallimento, gli stessi creditori non aderenti per effetto dell'esenzione da revocatoria di tali finanziamenti, si ritroveranno a concorrere per un patrimonio notevolmente ridotto. Inoltre, per effetto della prededucibilità

⁶⁰ Restuccia D., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra autonomia privata e controllo nell'interesse dei terzi*, in *Il diritto degli Affari*, 2011, 124.

accordata agli stessi, i creditori estranei dovranno subire un ordine di priorità legali sovvertito rispetto alla situazione originaria.

L'analisi condotta fino ad ora ha permesso di identificare quelli che sono gli effetti che un accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis* produce nei confronti dei creditori estranei allo stesso. Seppur con una dilazione di pagamento forzata *ex lege*, agli stessi viene comunque riconosciuto il pagamento integrale del proprio credito. La dottrina rimane pacifica nel ritenere che il *principio di relatività* di cui all'art. 1372 c.c. venga rispettato dalle disposizioni degli articoli 182- *bis* e seguenti, la cui disciplina esclude che l'accordo concluso tra le parti pregiudichi, salvo che per gli effetti sopra esaminati, soggetti estranei allo stesso⁶¹. Nel seguito della trattazione vedremo invece come tale regola viene totalmente sovvertita negli accordi *speciali* di cui all'art. 182-*septies* ove il principio è esattamente quello opposto, per specifica deroga, di quanto previsto all'art. 1372 c.c.. Questo a conferma che, al di fuori di tale specifica tipologia di accordo, ovvero di specifica deroga al *principio di relatività*, il contratto non può produrre effetti nei confronti di terzi.

⁶¹ Fabiani M., *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182-bis l.fall*, cit., 2567.

CAPITOLO II

ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI CON INTERMEDIARI FINANZIARI E CONVENZIONI DI MORATORIA

II.1 Gli accordi di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari

Il decreto legge n. 83 del 27 giugno 2015, convertito con modificazioni nella legge n. 132 del 6 agosto 2015, ha introdotto all'interno della Legge Fallimentare, oltre ad altre novelle, il nuovo articolo 182-*septies*, rubricato “*Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*”. Tale norma si configura come un'integrazione della disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis* l.f.. Viene infatti introdotto l'istituto degli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari e la convenzione di moratoria. Tale novità rappresenta un tentativo del legislatore di superare l'*empasse* creato all'interno degli accordi dalla diversità di interessi che investe in modo particolare e netto il ceto creditorio bancario. I primi quattro commi disciplinano il *subgenus* degli accordi con intermediari finanziari, per cui l'art.182-*septies* comma 1 l.f. recita: “*Quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, la disciplina di cui all'art. 182-bis, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, è integrata dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto. Restano fermi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari*”. Nel seguito della trattazione si analizzeranno i punti salienti della normativa e le relative criticità; è tuttavia opportuno sottolineare l'importanza di tale comma, il quale oltre a classificare l'istituto come *species* degli accordi ordinari, richiamandone l'applicabilità della disciplina di cui all'art.182-*bis*, pone lo strumento quale deroga eccezionale agli

articoli 1372 e 1411 c.c., di fatto ammettendo l'estensione degli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti allo stesso.

L'art. 182-septies comma 2 prosegue: *“L'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis può individuare una o più categorie tra i creditori di cui al primo comma che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei. In tal caso, con il ricorso di cui al primo comma di tale articolo, il debitore può chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, quando tutti i creditori della categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria. Una banca o un intermediario finanziario può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria”*. La disciplina generale di cui all'art. 182-bis viene integrata dalla possibilità per il debitore di identificare delle categorie in cui inserire i creditori finanziari al fine di consentire l'estensione degli effetti ai creditori estranei all'interno della categoria stessa. Tuttavia, il legislatore aggiunge delle disposizioni ben precise per consentire tale estensione. In primo luogo, è necessario che i creditori finanziari nella medesima categoria siano accomunati da posizione giuridica e interessi economici omogenei. La norma prevede, inoltre, la possibilità per un creditore finanziario di poter essere inserito in più di una categoria. In secondo luogo, la richiesta di estensione degli effetti è subordinata alla necessaria comunicazione, da parte del debitore, dell'avvio delle trattative a tutti gli interessati. Infine, il legislatore inserisce un limite numerico definito, predisponendo che in ogni caso deve risultare una percentuale di creditori finanziari aderenti all'accordo non inferiore al 75% dei crediti della categoria considerata. Solo in presenza di tali condizioni è possibile richiedere al Tribunale l'estensione degli effetti ai creditori non aderenti all'accordo.

Ulteriormente il comma 3: *“Ai fini di cui al precedente comma non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese”*. In tal

senso il legislatore opera al fine di evitare che alcuni creditori bancari possano avvantaggiarsi della recente acquisizione di privilegi ipotecari a discapito di altri creditori, magari profittando di asimmetrie informative sullo stato di crisi dell'impresa. Infine, il quarto comma dell'art. 182-*septies* conclude la parte riservata agli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari: *“Il debitore, oltre agli adempimenti pubblicitari già previsti, deve notificare il ricorso e la documentazione di cui al primo comma dell'art. 182-bis alle banche e agli intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo. Per costoro il termine per proporre l'opposizione di cui al quarto comma del medesimo articolo decorre dalla data della notificazione del ricorso. Il tribunale procede all'omologazione previo accertamento, avvalendosi ove occorra di un ausiliario, che le trattative si siano svolte in buona fede e che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo: a) abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti; b) abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative; c) possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili”*. È posto a carico del debitore un secondo obbligo di informativa, essendo richiesto allo stesso di fornire le adeguate documentazioni e informare i creditori bancari per i quali richiede l'estensione degli effetti. Da tale momento decorre dunque il termine per tali creditori di proporre opposizione. Il tribunale viene investito della verifica e accertamento della documentazione, della corretta formazione delle categorie di creditori, della possibilità di soddisfacimento degli estranei a cui viene esteso l'accordo, in misura superiore o almeno uguale, rispetto ad altre alternative valutate concretamente attuabili, ovvero la procedura di concordato preventivo o addirittura il fallimento. Per espletare tale incarico è prevista la facoltà, per il tribunale stesso, di nominare un ausiliario. Risulta ostico comprendere la natura *“innominata”* di tale ausiliario.

Nel seguito si analizzeranno nel dettaglio le varie particolarità che compongono gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari, ponendo particolare enfasi sulla prospettiva del ceto creditorio, e sulla novità assoluta dell'estensione degli effetti di un contratto tra le parti ai terzi estranei. Successivamente verrà presa in considerazione anche l'ulteriore novità introdotta dal decreto legge n. 83 del 27 giugno 2015, ovvero la regolamentazione dello strumento delle convenzioni di moratoria, disciplinate al comma quinto e sesto dell'art. 182 *septies* della legge fallimentare.

II.1.1. L'art. 182-septies come *species* della disciplina generale e esigenze da soddisfare

Il d.l. n.83 del 27 giugno 2017, convertito con la legge n. 132/2015, ha costituito uno degli ultimi interventi legislativi in materia di diritto fallimentare. Oltre alle marcate modifiche alla disciplina del concordato preventivo, che in alcuni punti ha costituito una sorta di inversione di tendenza rispetto alla stratificazione normativa avviata negli anni precedenti⁶², risulta di enorme rilievo l'introduzione, attraverso il nuovo art. 182 *septies*, degli accordi e delle convenzioni di moratoria conclusi tra il debitore e i creditori rappresentati da banche o intermediari finanziari.

Più precisamente, tali nuove norme prevedono che gli effetti di accordi finalizzati al superamento della crisi d'impresa, qualora stipulati con una maggioranza qualificata di banche o intermediari, si estendano divenendo obbligatori anche per i creditori finanziari non aderenti. Dalla lettura del dato normativo, si evince come l'intervento legislativo sia rimasto confinato all'ambito dei creditori qualificati quali banche, agevolmente riconducibili agli istituti di credito di cui all'albo *ex art.* 13 del d.lgs. 385/1993, e agli intermediari finanziari di cui agli artt. 106 e 107 dello stesso.

La novella ha dunque regolamentato un istituto già in uso nella prassi, ovvero le convenzioni di moratoria; dall'altro ha inserito una nuova tipologia di accordo di ristrutturazione che integra e affianca quello generale disciplinato *ex art.* 182-*bis*. In tal senso, la nuova disposizione viene recepita quale *species* dell'art. 182-*bis*, tanto che al comma 1 dell'art. 182-*septies* viene chiarito che “[...] la disciplina di cui all'art. 182-*bis*, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, è integrata dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto.[...]”. Posto che l'accesso a tale disciplina è soggetta a limitazioni in seno ai presupposti per l'applicabilità della normativa stessa, appare evidente che il richiamo all'art. 182-*bis* riconosce la stretta connessione che tra i due strumenti intercorre, e nello specifico di dipendenza degli accordi con creditori

⁶² Jorio A., *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in Giur.Comm, fascicolo 1, 2016, 15

finanziari dalla disciplina ordinaria. Tuttavia, l'elemento che più di ogni altro porta a differenziare l'accordo *speciale* da quello ordinario, è la particolarità della disciplina per ciò che riguarda il trattamento riservato agli stessi creditori finanziari, per cui il raggiungimento di accordi con almeno il 75% dei creditori comporta l'estensione degli effetti anche ai creditori finanziari non aderenti. La dipendenza dall'art. 182 *bis*, occorre rilevare, si sostanzia nel fatto che l'estensione degli effetti dell'accordo riguarda esclusivamente i creditori bancari e finanziari, ma non tutti gli altri creditori, ai quali continua ad applicarsi la regola generale degli accordi ordinari⁶³.

Passando all'analisi delle necessità che hanno portato il legislatore all'introduzione di una disciplina *ad hoc* per tale tipologia di crediti, è intuitivo comprendere come la *ratio* debba risiedere in primo luogo nella volontà di superamento del problema, verificato nella prassi, del dissenso strategico del creditore finanziario. Di fatto, una motivazione per cui gli accordi sin dalla loro nascita hanno registrato un sottoutilizzo, è sempre risultata essere il fatto che alcune banche, potendo far leva sul fatto che la conclusione dell'accordo *ex art. 182 bis* richiede il consenso di ciascun creditore sulla cui posizione si vuole andare a incidere, possono opporsi opportunisticamente contando sul fatto che gli altri creditori siano disponibili a fare delle speciali concessioni. L'introduzione dell'art. 182 *septies* limita del tutto questa eventualità, predisponendo, a determinate condizioni, l'estensione degli effetti del contratto ai creditori finanziari non aderenti. Del resto in tale direzione si muove la stessa Relazione illustrativa al d.l. 83/2015, per cui tale normativa da un lato mantiene l'impostazione contrattuale propria degli accordi, mentre dall'altro consente *“la possibilità di un'estensione degli accordi stragiudiziali anche agli intermediari finanziari non aderenti, per il salvataggio dell'impresa ancora sana ma colpita dalla crisi”*⁶⁴. La seconda motivazione è di carattere economico, e risulta rilevante proprio se posti nella prospettiva degli istituti di credito e finanziari. L'apertura di una procedura stragiudiziale impone, per gli stessi, l'iscrizione in bilancio dei crediti verso l'azienda colpita dal dissesto come crediti deteriorati. Tale iscrizione comporta un accantonamento in bilancio

⁶³ Bombardelli A., commento all'art.182-*septies*, in AA.VV, *La nuova riforma del diritto concorsuale*, cit., 305, in Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, 474

⁶⁴ Relazione illustrativa al d.l. 83/2015, p.12

che, oltre a comportare una notevole spesa per l'istituto stesso, risulta essere una possibile causa di dissesto capace di incidere profondamente sull'economia reale.

Tornando ad analizzare il rapporto che intercorre tra la disciplina indicata all'art. 182 *septies* e quella generale degli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 bis*, appare chiara la forte dipendenza degli accordi con creditori finanziari da quelli *ordinari*. Come già specificato, tale rapporto è rinvenibile nello stesso tenore letterale del primo comma dell'art. 182 *septies*, dove viene specificata l'integrazione necessaria della disciplina con quella *ex art. 182 bis* della legge fallimentare. Considerando il modo nel quale sono delineati i due istituti, sembrerebbe che il legislatore abbia voluto prevedere un utilizzo congiunto degli stessi qualora, oltre alle condizioni indicate all'art. 182 *bis*, ci si trovi in presenza di passività dell'impresa nei confronti di banche ed intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo. Appare chiaro che potrebbe non risultare necessario un utilizzo combinato di entrambi gli strumenti, poiché ad esempio in mancanza del presupposto della consistenza dell'indebitamento finanziario, non troverebbe applicazione l'art. 182 *septies* ma solo la disciplina ordinaria⁶⁵. Va inoltre rilevato che le differenze operative tra gli accordi ordinari e quelli indicati dall'art. 182 *septies* l.f., non sono di tipo sostanziale. Quella che risulta essere la netta differenziazione è infatti unicamente la possibilità di estendere l'efficacia dell'accordo anche ai creditori finanziari dissenzienti, a condizione che vi abbia aderito almeno il 75% della categoria. In tal senso il problema risulta essere relativo alla possibilità di considerare la maggioranza appena citata comprensiva della maggioranza del 60% dell'intera massa passiva caratterizzante la fattispecie di cui all'art. 182 *bis*, con particolare riferimento alla posizione dei creditori finanziari di fatto non aderenti all'accordo ma che verrebbero considerati tali *ex lege*. In realtà, a ben vedere, il problema si pone solo nell'ipotesi che all'accordo *ex art. 182 septies* abbia aderito almeno il 75% dei creditori finanziari. Infatti, in diversa ipotesi non si rinviene nella legge altra maggioranza se non quella del 60% dei crediti, che quindi si pone come condizione

⁶⁵ Varrotti L., *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, 2016,4

imprescindibile anche per gli accordi *ex art. 182 septies*. Ne consegue che il primo accordo da dover formalizzare è quello con banche ed intermediari finanziari, che nella prospettiva dell'operatività del suo meccanismo, potrebbe conseguire la maggioranza del 75% comprensiva anche di quella minore del 60% prevista per gli accordi ordinari. In tale ottica, dunque, non sembra dubbio che, una volta raggiunto l'accordo *ex art. 182 septies* e prima della sua omologazione, nel calcolo della maggioranza per la successiva formalizzazione dell'accordo ordinario potrà tenersi conto di quella già conseguita per l'accordo *ex art. 182 septies* della legge fallimentare.

II.1.2 Le deroghe agli artt. 1372 e 1411 del codice civile

Quella che risulta essere la novità più importante apportata dal legislatore con l'introduzione dell'art. 182 *septies* è indubbiamente l'estensione degli effetti che si rileva in capo alle banche e intermediari finanziari non aderenti all'accordo, in presenza delle condizioni previste dall'articolo e di presupposti specifici quali l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici dei creditori finanziari verso i quali si chiede l'estensione forzata dell'accordo, nonché la prevalenza del debito bancario rispetto all'intera esposizione debitoria; ancora, specifici presupposti sono indicati dal legislatore circa la completezza informativa sulla situazione patrimoniale ed economica dell'azienda in crisi, la trasparenza e la buona fede nella conduzione delle trattative, nonché la convenienza per i creditori, verso i quali viene richiesta l'estensione, dell'accordo rispetto ad eventuali alternative concretamente praticabili⁶⁶.

Tali disposizioni, oltre a rappresentare un'importante novità in tema di accordi di ristrutturazione del debito, assumono un profilo di rilievo se posti in relazione con gli artt. 1372 e 1411 del c.c. circa l'efficacia relativa dei contratti. L'art. 1372 c.c. stabilisce che: *“il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge”*. Viene dunque espressa con chiarezza quella che è intrinsecamente l'efficacia del contratto. L'art. 1411 c.c. ulteriormente, disciplina uno dei casi citati nell'art. 1372 c.c., ovvero il contratto a favore del terzo, recitando che *“È valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse. Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione. Questa però può essere revocata o modificata dallo stipulante, finché il terzo non abbia dichiarato [...] di volerne profittare[...]*”. In sostanza la disciplina prevede che il

⁶⁶ Bianca M., *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in Dir. Fall. 2015, 529

contratto a favore di un terzo deve risultare favorevole allo stesso, e che lo stesso dichiararsi di volerne profittare⁶⁷.

Sulla base di quanto appena esposto, appare chiara la discrepanza che si crea tra la disciplina del Codice Civile e quanto indicato dall'art. 182 *septies*, attraverso il quale l'accordo stipulato tra debitore, banche e intermediari finanziari vincola necessariamente anche quegli istituti che non hanno aderito all'accordo. Nello specifico, la norma parla di "deroga" degli articoli del c.c. da parte delle disposizioni contenute nei commi dell'art. 182 *septies*⁶⁸. In virtù di tale deroga, appare chiaro come il comma 1 dell'art. 182 *septies* si pone necessariamente come norma eccezionale rispetto a quanto espresso dagli artt. 1372 e 1411 del c.c., posto che l'accordo vincola anche coloro che non vi abbiano aderito. L'eccezione è ravvisabile senza dubbio, poiché se si parte dal presupposto che gli accordi di ristrutturazione dei debiti risultano essere, seppur con varie sfaccettature, una particolare tipologia di contratto, è chiaro che le norme ad esso dedicate siano proprio quelle inserite nel Codice Civile. Se così è, oltre al soddisfacimento del principio di relatività, l'accordo di ristrutturazione dei debiti in alcun modo avrebbe potuto vincolare in maniera coercitiva terzi soggetti estranei e oltretutto non favorevoli allo stesso. Mentre tutto questo è strettamente ravvisabile nella disciplina generale degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis*, in cui l'accordo stesso vincola necessariamente soltanto le parti, riservando l'integrale pagamento del debito nei confronti dei creditori estranei, non può dirsi lo stesso per la disciplina speciale di cui all'art. 182 *septies*, nel quale "eccezionalmente" i creditori, estrazione del ceto creditorio bancario e di intermediazione finanziaria non aderenti all'accordo dovranno comunque "subirne" gli effetti.

In tale ottica, il superamento del principio di non vincolatività dell'accordo per i creditori non aderenti di cui all'art. 182 *bis* in favore del principio maggioritario potrebbe dunque

⁶⁷ D'Attorre G., *La nuova mini-riforma della legge fallimentare, Aggiornamento alla legge 30 giugno 2016, n.119, Torino 2016*, 300

⁶⁸ Inzitari B., *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in *Corr. e Impr.*, 2015, 3

determinare un'apparente contaminazione del modello dell'accordo con quello concordatario⁶⁹. In accoglimento della tesi *processual-pubblicistica* infatti, l'estensione degli effetti dell'accordo in deroga agli articoli del codice civile, risulta essere un tentativo di introduzione nel modello disciplinato dall'art. 182 *septies* del citato principio maggioritario, cardine concettuale della procedura di concordato preventivo. In tal senso si è mossa parte della dottrina con il supporto della giurisprudenza, come espresso dal Tribunale di Forlì ed evidenziato nella prima parte del presente elaborato, secondo cui *“pare condivisibile la tesi [...] per cui il legislatore abbia voluto perseguire il disegno di rendere gli accordi con intermediari finanziari, piuttosto che contratti, ulteriori procedure concorsuali di stampo negoziale da affiancarsi ai concordati. La formazione delle categorie, con la necessità che tutti i creditori in esse ricompresi siano informati dell'avvio delle trattative, siano messi in condizione di parteciparvi in buona fede e raggiungano un consenso del 75%, può essere considerata come una sorta di procedimento di voto in forma minore, nel cui ambito gli incontri per lo svolgimento delle trattative costituiscono una deformalizzata assemblea, mentre la partecipazione agli stessi e l'adesione costituiscono una forma semplificata di suffragio”*⁷⁰. Se tale osservazione fosse presa per vera, non si potrebbe parlare di deroga al principio di relatività, poiché non si tratta di estendere gli effetti del contratto o di concludere un accordo a favore del creditore non aderente, ma si tratterebbe di una semplice modalità di applicazione del principio maggioritario, che il legislatore è libero di introdurre qualora vi sia un gruppo di soggetti aventi interessi comuni; in questo caso la previsione che la volontà dei più prevale a fronte della volontà della minoranza, sembrerebbe del tutto in linea con i principi cardine dell'ordinamento⁷¹. Venendo meno l'espressione di un voto dei creditori in applicazione del principio maggioritario -come nel concordato preventivo-, l'effetto di vincolare i non aderenti all'accordo in deroga ai principi del codice civile

⁶⁹ D'Attore G., *La nuova mini-riforma della legge fallimentare, Aggiornamento alla legge 30 giugno 2016*, 119, Torino 2016, 300

⁷⁰ Tribunale di Forlì, 5 maggio 2016, in *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 15392, 5 luglio 2016

⁷¹ Varotti L., *Articolo 182 septies, Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzioni di moratoria*, in *Il Caso.it*, 9

diventerebbe dunque giustificabile solo nel momento in cui ciascun creditore è chiamato ad esprimere la sua volontà in un contesto di omogeneità e comunanza di condizioni ed intenti. Secondo tale tesi dunque le deroghe agli articoli 1372 e 1411 del c.c. non avrebbero nessun fondamento se non quello di introduzione del principio maggioritario negli accordi di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari e dunque rendere gli stessi riconducibili all'alveo delle procedure concorsuali e in particolare del concordato preventivo. Tuttavia, la tesi a sostegno dell'acquisita natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione *speciali*, risulta essere confutabile in più punti. Innanzitutto, è agevole sottolineare l'abrogazione, in sede di conversione della legge 83/2015, dell'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 182 *septies*, circa la considerazione dei creditori finanziari verso i quali si richiede l'estensione degli effetti, come aderenti all'accordo al fine del raggiungimento della percentuale del 60% di adesioni. Qualora tale disposizione non fosse stata eliminata, è indubbio che il combinato disposto della deroga di cui all'art. 182 *septies* comma 1 e tale ultimo periodo del comma 2, avrebbe potuto essere considerato come un'ulteriore modalità di inserimento del principio maggioritario all'interno della disciplina degli accordi. La volontà del legislatore di abrogare tale disposizione risulta essere una chiara espressione dell'intento dello stesso di mantenere una impostazione contrattuale e negoziale dell'istituto.

In secondo luogo, si osserva come sia proprio la deroga al principio consensualistico introdotto dal primo comma a divenire la principale confutazione alla tesi concorsuale. La nuova disposizione specifica che la disciplina di cui all'art. 182 *septies* opera "*in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile*". Il forte richiamo a regole civilistiche in tema di relatività del contratto, potrebbero in realtà costituire un notevole elemento letterale a favore della natura contrattuale degli accordi. Infatti, con tale specificazione, il legislatore ha voluto chiarire che l'eccezionale estensione degli effetti anche nei confronti dei creditori estranei all'accordo, non permette in alcun modo l'inserimento dell'istituto nella compagine delle procedure concorsuali, ma anzi ribadisce la struttura contrattuale derogando agli effetti tipici del rapporto contrattuale in presenza di determinati

presupposti regolati *ex lege*⁷². A rigore di logica, qualora il legislatore avesse voluto muoversi in senso contrario, appare chiaro che il riferimento sopra citato sarebbe risultato eccessivo e di difficile comprensione. La deroga invece risulta sensata proprio se si assume come punto di partenza la natura contrattuale degli accordi di cui all'art. 182 *septies*.

Osservando infine la *ratio legis* che ha ispirato il legislatore nell'inserimento di una tale novità in tema di accordi di ristrutturazione, si può osservare come questa sia riconducibile alla necessità di estendere la platea di utilizzatori dell'istituto, e ancor di più il perseguimento con ogni mezzo del superamento della crisi d'impresa. L'art. 1411 del codice civile esprime una possibilità, ovvero che un contratto possa esprimere i propri effetti nei confronti dei terzi; al contrario l'art. 1372 c.c. esprime un obbligo. Appare chiaro che un conto è derogare ad una facoltà espressa dalla legge, ed un altro conto è derogare ad un principio obbligatorio dell'ordinamento. Proprio su tale punto risiede il senso di tale novità, ossia la chiara dimostrazione dell'intento del legislatore di considerare il superamento della crisi d'impresa come bene preminente e da ottenere a qualunque costo. E tale costo, a seconda dei casi, può riguardare sotto determinate condizioni, anche il sacrificio del diritto dei terzi⁷³.

⁷² Appio C.L., *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182 septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in *ilCaso.it*, 29 dicembre 2015, 6

⁷³ Nisivoccia N., *Il Nuovo articolo 182 septies: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2015, 1181

II.1.3 Analisi dei requisiti necessari per richiedere l'estensione degli effetti e il principio maggioritario nella raccolta del consenso dei creditori

Partendo dall'assunto, più volte chiarito nel corso della trattazione, che la disciplina dettata dall'art. 182 *septies* risulta essere una *species* eccezionale del più generale istituto degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis*, è necessario ora addentrarsi nell'analisi strutturale delle disposizioni in essa contenute. La necessità del superamento della complessità delle trattative in sede di accordi con istituti finanziari, ha portato il legislatore all'integrazione della disciplina originaria degli stessi con un modello, quello proposto dall'art. 182 *septies*, fortemente innovativo; tanto da introdurre la deroga -più volte citata- al principio di efficacia relativa dei contratti e la conseguente estensione degli effetti nei confronti dei creditori non aderenti all'accordo. Su tali basi concettuali, appare chiaro che la volontà del legislatore è stata quella di identificare dei chiari presupposti, ovvero dei requisiti necessari, affinché possa delinarsi la fattispecie dell'accordo con banche o intermediari finanziari e dunque si possa richiedere l'estensione degli effetti ai creditori estranei. Il primo comma dell'art. 182 *septies* chiarisce il presupposto formale di accesso alla disciplina, ossia l'indebitamento dell'azienda. Tuttavia, la norma non si ferma qui, poiché stabilisce che di tale indebitamento almeno la metà deve sussistere nei confronti di banche e intermediari finanziari⁷⁴. Il primo comma parla di *indebitamento complessivo*, e ciò ha posto il problema -come del resto è avvenuto in sede di introduzione dell'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis*- della considerazione o meno dei crediti contestati dallo stesso debitore nel computo ai fini del raggiungimento della soglia del 60%. In realtà la risposta data dalla giurisprudenza dovrebbe ritenersi la medesima anche in questa casistica: i crediti che il debitore contesta non possono essere ricompresi nel computo generale a meno che le contestazioni risultino palesemente insensate e volte ad ostacolare la riuscita dell'accordo⁷⁵. Per poi fornire un maggiore impulso alla norma, il

⁷⁴ Per intermediari finanziari si intendono i c.d. intermediari *vigilati* di cui all'art. 106 del Testo Unico Bancario

⁷⁵ In tal senso Tribunale di Bologna 17 Novembre 2011, in *IlCaso.it*, 12 Dicembre 2011

legislatore ha chiarito che per *indebitamento* debbano ritenersi le obbligazioni pecuniarie, tra cui anche gli strumenti finanziari di partecipazione, che seppur considerate una forma di capitale sono rappresentativi di un debito pregresso, dunque assimilabili all'indebitamento complessivo.

Procedendo nell'analisi, nel silenzio delle nuove disposizioni, ed essendo l'art. 182 *septies* integrativo del generale art. 182 *bis*, risulta evidente che rimane necessaria la soglia dell'adesione del 60% dei creditori per poter procedere al ricorso per l'omologazione dell'accordo, e dunque all'estensione degli effetti dello stesso. Una volta che tale vincolo è rispettato, a norma del secondo comma dell'art. 182 *septies*, il debitore deve necessariamente identificare delle categorie tra i creditori finanziari, e successivamente raggiungere il 75% di adesione all'accordo in ognuna di esse per poter richiedere l'estensione ai non aderenti. Il criterio di suddivisione in categorie risulta essere quello della posizione giuridica dei creditori finanziari e dell'omogeneità degli interessi economici. Tale presupposto sostanziale risulta essere cruciale per il funzionamento dell'istituto. Infatti, la necessità che la categoria ricomprenda un assoluto grado di omogeneità di posizione giuridica dei partecipanti, comporta che la stessa rifletta in maniera compiuta la struttura giuridica delle fonti finanziarie bancarie dell'azienda in crisi. In riferimento invece all'omogeneità degli interessi economici, tale disposizione investe il tema delle garanzie collaterali. Appare infatti chiaro che non è possibile trattare in egual modo un creditore non coperto da alcuna garanzia ed uno stesso creditore che dispone di diverse garanzie a copertura del proprio credito, e che dunque potrebbe meglio accettare un deterioramento dello stesso.

Una volta che il debitore ha formato le categorie di creditori finanziari, e che ha raggiunto la percentuale minima di adesione del 75% in ognuna di esse, a norma del secondo comma dell'art. 182 *septies* può richiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori finanziari non aderenti. A tal proposito è opportuno riflettere se sia necessario considerare come creditori finanziari estranei solamente coloro che abbiano manifestato espressamente il proprio dissenso oppure tutti coloro che in qualche modo siano rimasti estranei all'accordo. In linea generale potrebbe risultare un quesito di facile risoluzione,

posto che risulta assai difficile che i creditori finanziari rimangano indifferenti davanti ad una proposta di ristrutturazione del proprio credito. Tuttavia, se si procede ad una comparazione della norma con le modifiche introdotte dallo stesso d.l. n. 83/2015 alla disciplina del concordato preventivo, appare chiaro che la questione non rimane di scarso interesse. La c.d. *miniriforma* del 2015 ha infatti soppresso, in sede di computo della maggioranza per l'approvazione del concordato, l'istituto del silenzio-assenso recuperando il metodo del consenso esplicito. Così, negli accordi di ristrutturazione, se si ritenesse corretta l'interpretazione per cui è possibile considerare come non aderenti soltanto quei creditori che hanno manifestato in modo esplicito il proprio dissenso, sarebbe poi lecito domandarsi se possa ritenersi la mancata esternazione di disaccordo come implicito assenso anche ai fini del raggiungimento della soglia del 75% necessaria per poter richiedere l'estensione degli effetti. Al contrario, se si desse adito all'ipotesi che configura i creditori estranei alle trattative -o che comunque non hanno espresso la loro volontà in merito alla proposta-, come non aderenti ad essa, automaticamente essi non potrebbero essere in alcun modo considerabili nel computo per il raggiungimento della soglia necessaria *ex lege* ai fini dell'estensione. La tesi più sostenuta in dottrina però ritiene che, in assenza di chiare disposizioni che rimandino all'applicabilità del principio del silenzio-assenso, in alcun modo è possibile considerare i creditori finanziari astenuti come implicitamente aderenti all'accordo⁷⁶.

Un'ulteriore condizione affinché il debitore possa richiedere l'estensione degli effetti dell'accordo è rappresentata dall'obbligo di informazione dell'avvio delle trattative a carico del debitore nei confronti dei creditori finanziari. Innanzitutto, è utile rilevare che tale presupposto è di notevole rilevanza, poiché la stessa corretta conduzione delle trattative è uno degli elementi posti al vaglio del Tribunale ai fini dell'omologazione. In secondo luogo, è utile rilevare che tale obbligo è indicato solo nella fase di avvio delle trattative, e non per l'esito delle stesse. Tale discrepanza potrebbe generare una situazione nella quale i creditori, una volta avvisati dell'avvio, rimangano poi all'oscuro dell'

⁷⁶ Appio C.L., *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art 182 septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in IlCaso.it, 29 dicembre 2015

effettivo contenuto finale dell'accordo fino alla notifica dello stesso. In tal senso è però necessario rilevare che il dovere di informazione in capo al debitore non si traduce in alcun modo in un obbligo di partecipazione per i creditori. Ciò che conta, dunque, è che i creditori siano stati messi a conoscenza delle intenzioni del debitore e in condizione di poter partecipare alle trattative, rimanendo comunque liberi di non prendervi parte.

Un ulteriore approfondimento merita il riferimento contenuto nel secondo comma dell'art. 182 *septies* circa la "buona fede", ed in particolare se essa sia riferibile al debitore ovvero ai creditori⁷⁷. Considerando il tenore letterale della norma, il richiamo dovrebbe essere riferibile ai creditori, seppur tale conclusione rimarrebbe del tutto illogica poiché non rilevante ai fini dell'omologazione dell'accordo. Diversamente, se si considera la *buona fede* in capo al debitore, è possibile convergere su un senso logico del richiamo operato dal legislatore. Infatti, questa considerazione si potrebbe ritenere sensata laddove il debitore non si sia solo limitato ad effettuare una comunicazione formale e sostanzialmente burocratica, ma abbia poi quantomeno illustrato i caratteri essenziali della proposta di risanamento⁷⁸. La buona fede si tradurrebbe dunque in una predisposizione delle trattative, da parte del debitore, che consentano quanto più il confronto della proposta da parte dei creditori, ovvero dell'esposizione di controproposte ed osservazione da parte di questi ultimi.

In linea generale, dunque, è necessaria una esplicita informazione già in fase iniziale di negoziazione, circa l'efficacia e la portata dell'accordo.

Ancora, una ulteriore condizione necessaria per l'estensione dell'efficacia dell'accordo alle banche e agli intermediari finanziari non aderenti ad esso, riguarda il grado di soddisfacimento degli stessi previsto dalla proposta. L'art. 182 *septies* comma 4, lettera c), chiarisce che il Tribunale procede all'omologazione previo accertamento che i creditori per i quali si richiede l'estensione degli effetti "*possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili*". In sostanza si tratta dell'introduzione del principio della miglior

⁷⁷ Vattermoli D., *Accordi di ristrutturazione e convenzione di moratoria*, 2016, 68

⁷⁸ Lamanna F., *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015 : un primo commento*, 2016, 6

soddisfazione del creditore. Tale valutazione risulta critica poiché la difficoltà è proprio quella di prospettare e individuare scenari alternativi, che potrebbero sostanziarsi nella presentazione di un piano di concordato, ma che verosimilmente potrebbe tradursi nella liquidazione in sede di procedura fallimentare. Sull'analisi di tali alternative verte il controllo del Tribunale in sede di omologazione; nel proseguo della trattazione verrà esaminato dunque il ruolo dell'Autorità giudiziaria.

Infine, lo stesso comma 4 dell'art. 182 *septies* chiarisce un ultimo onere in capo al debitore, ravvisabile nel dovere di *disclosure*, ovvero di totale trasparenza. Tale obbligo si sostanzia nella presentazione, oltre ai vari adempimenti pubblicitari previsti per l'accordo di ristrutturazione ordinario di cui all'art. 182 *bis*, di una notifica del ricorso alla procedura nei confronti dei creditori verso i quali si richiede l'estensione degli effetti dell'accordo, così da permettere eventuali opposizioni. La *ratio* di tale disposizione è ravvisabile nella volontà del legislatore di evitare la formazione di disparità di trattamento tra i creditori estranei e non. Se infatti fosse previsto l'obbligo di notifica a tutti i creditori finanziari, compreso gli aderenti, si creerebbe un'asimmetria e una diversità di trattamento dei creditori finanziari non aderenti rispetto ai creditori non finanziari che hanno sottoscritto l'intesa ai quali, al pari dei vantanti credito di tipo bancario, non è comunque preclusa la possibilità di proporre opposizione. In sostanza, attraverso tale previsione, vengono fornite informazioni ai creditori finanziari non aderenti, che altrimenti non avrebbero modo di reperire, contrariamente a quanto previsto per quei creditori che in qualche modo decidono di partecipare alle trattative.

Tutto quanto fino ad ora esposto compone quelli che possono essere definiti presupposti formali e sostanziali di accesso alla procedura volta all'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti con banche ed intermediari finanziari. Tale estensione, come già chiarito nella trattazione della deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c., potrebbe configurare il tentativo da parte del legislatore di introduzione del principio maggioritario nella disciplina degli accordi, con un conseguente avvicinamento della stessa alla materia concordataria. A ben vedere, invece, la norma pone regole assai lontane da quelle che regolano l'istituto del concordato preventivo. Questo è ravvisabile sia in tema di controllo

da parte del Tribunale e raccolta dei consensi, sia per il computo delle maggioranze. Per quanto concerne il primo punto è utile ricordare che nella disciplina di cui all'art. 182 *septies*, il controllo del Tribunale rimane relegato alla fase successiva al raggiungimento dell'accordo -come peraltro accade negli accordi *ordinari*- poiché necessario è il raggiungimento della considerevole percentuale del 60% dei consensi nel ceto creditorio. Non sono poi dettate regole stringenti per la raccolta dei consensi, poiché l'unico obbligo rimane appunto quello di comunicazione in capo al debitore dell'avvio delle trattative ai creditori, mettendoli nella condizione di potervi partecipare. Tuttavia, tale *partecipazione informata* dei creditori, anche se in astratto può essere assimilata al concetto di adunanza dei creditori presente nella procedura concordataria, sconta in realtà un doppio limite; in primo luogo è limitativo dal punto di vista soggettivo, poiché riservata ai soli creditori bancari e finanziari; in seconda analisi dal punto di vista operativo risulta essere completo appannaggio del debitore, che ne detta modalità e tempistiche. Nella procedura di concordato preventivo, invece, gli effetti vincolanti per i creditori estranei, si producono soltanto dopo un controllo da parte dell'organo giudiziale, in ordine alla ricorrenza dei presupposti per l'ammissione alla procedura e sulla regolarità della formazione delle classi, e dunque ad un procedimento presidiato da un organo con funzioni gestorie, quali il giudice delegato ed il commissario giudiziale⁷⁹. Per quanto concerne invece il computo delle maggioranze, è poi ravvisabile un'ulteriore differenza con il concordato preventivo. In quest'ultima procedura, infatti, l'accordo deve essere approvato dalla maggioranza dei crediti ammessi al voto e, ove sia stata prevista la divisione in classi, anche nella maggioranza di queste. In tale caso l'estensione degli effetti del concordato ai creditori non aderenti avviene in maniera automatica con l'omologazione ai sensi dell'art. 184 della legge fallimentare. Negli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari, invece, l'estensione nei confronti dei creditori finanziari non aderenti facenti parte della categoria, può essere richiesto dal debitore, in presenza della convergenza di volontà da parte del 75% dei crediti della categoria. Da tale considerazione si può trarre

⁷⁹ Appio C.L., *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art 182 septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in IlCaso.it, 29 dicembre 2015.

la conclusione che nell'istituto delineato dall'art. 182 *septies* manca un procedimento vero e proprio che regolamenti la raccolta dei consensi dei creditori, poiché il debitore non ha un obbligo di convocazione di un'assemblea creditoria, che nel nostro ordinamento è e rimane un presupposto irrinunciabile per l'esplicazione del principio maggioritario⁸⁰.

⁸⁰ Inzitari B., *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in `Corr. e Impr., 2015, 523

II.1.4 La suddivisione dei creditori in categorie e principali criticità

La necessità di rendere gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari produttivi di effetti in maniera estesa anche ai creditori non aderenti, è stata soddisfatta dal legislatore mediante la previsione di una specifica modalità operativa di analisi dei consensi e dei dissensi, individuabile nella possibilità di suddivisione dei creditori finanziari in categorie secondo il criterio della omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici. Partendo dal dato normativo, il secondo comma dell'art. 182 *septies* recita: *“l'accordo di ristrutturazione [...] può individuare una o più categorie tra i creditori [...] che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei. In tal caso [...] il creditore può richiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, quando [...] i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria. Una banca o un intermediario finanziario può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria.*

Operando inizialmente una disamina letterale della disposizione citata, risulta opportuno soffermarsi sull'analisi della scelta lessicale del legislatore, il quale ha preferito utilizzare il termine *“categorie”* rispetto alle *“classi”* previste per la suddivisione dei creditori nella procedura di concordato preventivo. Tale scelta ha suscitato dubbi in dottrina ancora una volta afferibili al problema se ricondurre gli accordi di ristrutturazione nell'alveo delle procedure concorsuali o meno. Per i sostenitori della tesi *processual-pubblicistica* appare chiaro che la nozione di *categoria* è del tutto assimilabile a quella di *classe* utilizzata nel concordato preventivo⁸¹. Di differente pensiero risulta essere chi continua a sostenere l'autonomia contrattuale degli accordi di ristrutturazione. In particolare, seppure la suddivisione in categorie può senz'altro far riferimento alle classi concordatarie quantomeno per i principi applicativi, appare indubbio che una tale distinzione letterale non può essere casuale. Ed infatti, la scelta deve intendersi come l'espressione della

⁸¹Varotti L., *Articolo 182-septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, p.6, in Trentini C., *Piano attestato di risanamento ed accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, p 479

volontà del legislatore di creare un'ulteriore differenziazione rispetto al concordato, dimostrando la non sovrapponibilità dei due istituti⁸². A supporto di tale tesi, risulta evidente che diversamente da quanto previsto nella procedura di concordato preventivo di cui all'art. 160 l.f., negli accordi la suddivisione in categorie non riguarda la totalità del ceto creditorio, ma solamente coloro che sono investiti della qualifica di banche, ovvero di intermediari finanziari; atteso ovviamente che solo per questi il debitore può richiedere l'estensione degli effetti.

Un ulteriore dato letterale della norma, su cui occorre soffermarsi, è quello per cui vi è la possibilità di individuare “*una o più categorie*” di creditori. Risulta essere un evidente errore di tecnica legislativa, posto che a rigore di logica la possibilità che venga individuata una sola classe di creditori non si sposa affatto con la previsione di trattamenti differenti che sono alla base degli accordi stessi. Se infatti si ritiene che per categoria debba intendersi un insieme di soggetti omogenei per interessi e posizione giuridica, e tale suddivisione si giustifica nell'attribuzione ai vari componenti di tali categorie di trattamenti differenti, allora appare chiaro che la costituzione di un'unica classe rimane insensata poiché non avrebbe senso creare una classe di creditori che tra di loro non possono avere trattamenti diversi. L'errore risulta essere di tipo concettuale: non è la diversità di trattamento che giustifica la differenza di posizioni giuridiche e interessi, ma l'esatto contrario. Le diverse posizioni giuridiche comportano dei trattamenti differenti, e in tal senso la formazione di categorie è necessariamente plurima, poiché altrimenti non ci sarebbe giustificazione alla disparità di trattamento dei vari creditori. In tal senso appare evidente come il legislatore ha introdotto la necessità di individuazione di categorie di creditori in quanto l'ha ritenuta condizione sufficiente affinché negli accordi di ristrutturazione possa considerarsi superata la regola generale dell'efficacia *inter partes* dei contratti a norma dell'art. 1372 c.c.. Ulteriormente si osserva come tale suddivisione rappresenta la modalità scelta dal legislatore per evitare che l'estensione degli effetti ai creditori non aderenti possa comportare pregiudizio in seguito ad una

⁸² Appio C.L., *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182 septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, p. 12

sostanziale diversità di trattamento⁸³. Se infatti si ipotizzasse che l'estensione dell'accordo a tutti i creditori finanziari potesse avvenire sulla base del semplice principio maggioritario, e che dunque l'intesa sia produttiva di effetti estesi successivamente al raggiungimento della maggioranza delle adesioni, emergerebbe una chiara violazione del principio di uguaglianza; questo è evidente, dal momento in cui a situazioni diverse fosse riservato il medesimo trattamento. Potrebbe ipotizzarsi, ad esempio, una situazione in cui una banca chirografaria si trovi a subire una rimodulazione del proprio credito identico a quello riservato ad una banca vantante un titolo di garanzia, ricavandone pregiudizio nella misura in cui il credito della prima non è assistito da alcuna garanzia. Per evitare tutto questo, le disposizioni contenute nell'art. 182 *septies* prevedono che l'estensione degli effetti ai creditori estranei può avvenire solo in condizioni di omogeneità. Da qui, è possibile ricavare la regola per cui di fronte al dissenso di una o più banche, il diritto di queste ultime di mantenere un trattamento da non aderente, con conseguente soddisfacimento integrale, può venire meno solamente se vi sia stata l'adesione all'accordo da parte della maggioranza del 75% degli altri creditori finanziari appartenenti alla medesima categoria omogenea. Ulteriormente, la considerazione dell'individuazione di categorie di creditori negli accordi come strumento contrattuale capace di derogare al principio dell'unanimità dei consensi, consente di spiegare perché la norma, pur richiamando gli stessi criteri di omogeneità del concordato preventivo, non abbia specificato che un trattamento differenziato può essere previsto solamente fra i creditori appartenenti a classi diverse. È chiaro infatti che una tale precisazione avrebbe avuto l'unico fine di ripristinare il principio della *par condicio creditorum*. Ed è altrettanto chiaro che tale principio è fortemente derogato dalla suddivisione in categorie. Qualora fosse stata inserita tale precisazione, è evidente come questa sarebbe risultata eccessiva, poiché il principio di parità di trattamento non è, e non può essere, presente negli accordi di ristrutturazione dei debiti⁸⁴. E tale conclusione non può che essere

⁸³ Inzitari B., *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, 522

⁸⁴ Appio C.L., *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182 septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, 13.

un'ulteriore argomentazione a favore della natura contrattuale degli accordi, posto che in esse la *par condicio creditorum*, propria delle procedure concorsuali, non opera.

Un'altra questione interessante da sottolineare in tema di suddivisione in categorie dei creditori finanziari, risulta essere l'utilizzo da parte del legislatore del verbo "*potere*" nel secondo comma dell'art. 182 *septies*. Tale utilizzo, oltre a rilevare dal punto di vista concettuale, ovvero se considerare la suddivisione una facoltà del debitore piuttosto che un obbligo, è rilevante in termini letterali. Così come formulato, infatti, parrebbe che la suddivisione in categorie sarebbe una facoltà che il debitore può esercitare in ogni tipologia di accordi *ex art. 182 bis*, e dunque anche in presenza di accordi di ristrutturazione ordinari. Tuttavia, se il senso della suddivisione in categorie è proprio quello di applicare un trattamento differente agli appartenenti alle diverse categorie, ed estendere tale trattamento ai non aderenti, appare chiaro che tale disposizione può trovare applicazione soltanto negli accordi individuati dall'art. 182 *septies* e non anche tra quelli ordinari; infatti solo negli accordi con banche e intermediari finanziari è possibile estendere il trattamento riservato agli aderenti anche ai non aderenti.

Ritornando alla criticità dell'identificazione obbligatoria o facoltativa delle categorie di creditori, la previsione che l'omogeneità di interessi e posizione giuridica costituisca uno degli irrinunciabili presupposti affinché il Tribunale possa concedere l'omologazione, conduce alla conclusione che la suddivisione in categorie è l'unica opzione ammissibile⁸⁵. Risulta essere dunque un vero e proprio obbligo, seppur assistito dal verbo "*potere*", al quale il debitore deve sottostare per richiedere l'estensione degli effetti ai creditori estranei.

Infine, un'ultima criticità a cui è soggetta la suddivisione in categorie negli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 septies*, risulta essere la mancata definizione dei criteri di omogeneità da seguire. L'estrema discrezionalità così riservata al debitore, potrebbe generare incertezza sull'utilizzo dell'istituto stesso. Infatti, complice l'enorme varietà di possibili interessi in gioco negli accordi, potrebbero generarsi una serie di presentazioni

⁸⁵ Ranalli R., *Speciale Decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, 2, in Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, 482

di opposizioni pressoché infinita. Parimenti potrebbe verificarsi la possibilità opposta che il debitore non sia libero di scegliere la corretta suddivisione in classi perché influenzato da pressioni esercitate da banche di notevoli dimensioni⁸⁶.

⁸⁶ Lamanna F., *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015 : un primo commento*, 2016, 3

II.1.5 Estensione dell'accordo ai creditori estranei allo stesso

Una volta che siano stati rispettati tutti i presupposti ed i vincoli applicativi che il legislatore ha predisposto per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 *septies*, si verifica la piena estensione degli effetti dell'accordo stesso a quei creditori finanziari che, per qualsiasi motivazione, risultano essere dissenzienti. Tale estensione però necessita di essere circoscritta. È infatti vero che il debitore, richiedendo l'omologazione di un accordo con banche o intermediari finanziari, implicitamente ne richieda l'estensione a quei creditori che non siano risultati aderenti ad esso; ma è altrettanto vero che tale estensione può operare solo nei confronti dei creditori estranei ricompresi nelle specifiche categorie, e ancora, solo se in tutte le categorie sia stata raggiunta la percentuale di adesione del 75%.

Appare dunque chiaro che tale percentuale deve essere necessariamente raggiunta in ciascuna categoria, non potendosi ovviamente sommare le percentuali dei creditori aderenti in quanto non è possibile realizzare una compensazione tra differenti categorie. Infatti, se si ammettesse tale possibilità, non sarebbe raro trovarsi di fronte a situazioni in cui i creditori finanziari di una categoria ritengano troppo penalizzante il trattamento loro riservato, che tuttavia rimarrebbe imposto dall'accordo raggiunto in maniera unanime nelle altre categorie⁸⁷.

In merito all'ampiezza di quello che può essere il contenuto di un accordo omologato ai sensi dell'art. 182 *septies*, e che dunque rimane soggetto ad estensione, essa può essere desunta dal dato normativo contenuto nel comma 7 del medesimo articolo, che precisa: “*in nessun caso [...] ai creditori non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. [...]*”. L'accordo di ristrutturazione, seppur con banche o intermediari finanziari, è un contratto e come tale ha forma libera. Può infatti avere qualsiasi oggetto, da quello previsto normativamente della convenzione di moratoria c.d. *stand still*, o anche una moratoria temporanea dei

⁸⁷ Quattrocchio L.M., *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, 2016, 9

crediti nei confronti di una o più banche; o ancora lo stesso accordo può avere portata postergativa e finanche remissiva dei crediti. Tutti questi possibili oggetti dell'accordo, sono suscettibili di essere estesi ai creditori non aderenti qualora intervenga l'omologazione del Tribunale. Tuttavia, e su questo punto insiste il richiamo al comma 7 dell'art. 182 *septies*, il legislatore esclude espressamente dall'oggetto dell'accordo la possibilità che ai creditori finanziari non aderenti venga imposta l'esecuzione di nuove prestazioni o la concessione di affidamenti o nuovi finanziamenti⁸⁸. Procedendo ad una disamina approfondita delle limitazioni circa l'oggetto estendibile di un accordo con banche e intermediari finanziari, appare evidente che non tutte le pattuizioni sono coercibili. La norma indica quali prestazioni non possono essere imposte ai creditori non aderenti e segnatamente: l'esecuzione di nuove prestazioni⁸⁹, la concessione di nuovi affidamenti, l'erogazione di nuovi finanziamenti e la possibilità di utilizzare finanziamenti esistenti. È ragionevole ritenere che il legislatore abbia inteso negare la coercizione degli affidamenti concessi ed esistenti solo se non utilizzati. Non vi è, infatti, aggravamento dell'esposizione al rischio del creditore nel mantenere gli utilizzi in essere. Quanto fino ad ora esposto, risulta essere una chiara perimetrazione della possibile estensione degli effetti nei confronti dei creditori non aderenti. Ciò ovviamente non risulta essere per i creditori aderenti, verso i quali è possibile richiedere, ad esempio, l'esecuzione di nuove prestazioni nella fase di negoziazione. È infatti rilasciata alla volontà del creditore stesso la possibilità di aderire a tale accordo o meno. Ma in ogni caso, il legislatore chiarisce che in tali casistiche non può esservi nessun obbligo a carico dei creditori finanziari non aderenti.

Chiarito il perimetro entro il quale può operare l'estensione degli effetti di un accordo omologato con creditori finanziari, è opportuno ricordare che gli accordi di ristrutturazione dei debiti con banche ed intermediari finanziari di cui all'art. 182 *septies*, risultano essere un *subgenus* degli accordi ordinari *ex art. 182 bis*. Per tale motivo, con la pubblicazione della domanda di omologa, si producono gli stessi effetti previsti per gli

⁸⁸Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, 488

⁸⁹ *Iaddove non si intendono*, per espressa previsione del legislatore, nuove prestazioni la prosecuzione dei contratti di leasing pendenti

accordi originari; e dunque anche per gli accordi con creditori finanziari si delinea l'inibizione delle azioni esecutive e cautelari e il divieto dell'acquisto di titoli di prelazione non concordati, a norma del comma 3, art. 182 *bis* l.f.⁹⁰

Tuttavia, oltre a tali effetti che parimenti possono essere riscontrati negli accordi *ex art. 182 septies*, il terzo comma dello stesso sancisce che, ai fini dell'estensione degli effetti dell'accordo di ristrutturazione omologato, le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso per l'omologazione, risultano inefficaci. È possibile osservare come tale previsione rispecchi in maniera velata il modello concordatario, posto che anche in esso è prevista la stessa disciplina. Tuttavia, vi è una fondamentale differenza tra le due disposizioni, tali da non invocare ulteriormente lo spettro della natura processuale degli accordi di ristrutturazione. La stessa è rinvenibile nel fatto che mentre nel concordato preventivo la sterilizzazione delle ipoteche giudiziali è rivolta ai creditori anteriori al concordato -peraltro secondo un preciso criterio di retrodatazione degli effetti-, negli accordi di ristrutturazione non è neanche identificabile una distinzione tra i creditori anteriori e successivi alla presentazione del ricorso. La *ratio* di tale disposizione è chiara: la sterilizzazione delle ipoteche iscritte nei novanta giorni antecedenti permette di assegnare alle banche, che in assenza di tale previsione sarebbero privilegiate, il trattamento di creditori chirografari. Ciò produce due ordini di vantaggi. Da un lato infatti, è possibile estendere il trattamento previsto dall'accordo anche ai loro crediti; dall'altro si riesce in tal modo a "liberare" il patrimonio del debitore dall'onere di ulteriori ipoteche, migliorandone la capacità di adempimento ai fini della risoluzione della crisi d'impresa.

⁹⁰ Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, 487

II.1.6 L'attestazione del professionista negli accordi di cui all'art. 182-septies

L'art. 182 *septies* prevede che la disciplina del secondo, terzo e quarto comma sia integrativa di quanto indicato nell'art. 182 *bis* l.f.. Quest'ultimo prevede che l'imprenditore debba depositare la documentazione di cui all'art. 161 l.f. "*unitamente ad una relazione redatta da un professionista, designato dal debitore, [...] sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei*".

Dalla disamina del combinato disposto degli articoli 182 *bis* e 182 *septies* della legge fallimentare, è ragionevole concludere che l'attestazione deve necessariamente provenire da un soggetto professionale, oppure dallo stesso imprenditore in crisi qualora la stessa debba essere presentata per certificare la pendenza di trattative volte alla conclusione di un accordo di ristrutturazione. Per quanto concerne il professionista, questo può trovarsi a dover attestare differenti elementi a seconda delle situazioni e della soluzione che si è deciso di utilizzare per comporre la crisi aziendale. Nello specifico il professionista potrà trovarsi nella situazione di dover analizzare e valutare la veridicità dei dati aziendali, o esprimersi circa la fattibilità e attuabilità dell'accordo -o del piano concordatario posto che tale documentazione è prevista in pari modo anche nella procedura di concordato preventivo-. Infine, tale attestazione può riguardare l'assicurazione che lo stesso accordo di ristrutturazione è idoneo ai fini del pagamento integrale di una parte dei creditori, oppure della funzionalità della proposta alla miglior soddisfazione del ceto creditorio. Addentrandoci nelle specificità riservate agli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari *ex art. 182 septies*, dal testo della norma emerge che le attestazioni necessarie al ricorso per l'omologazione sono quelle circa la veridicità dei dati aziendali, l'attuabilità dell'accordo e infine del pagamento integrale di una parte del ceto creditorio. Non pare invece necessaria l'attestazione sulla corretta formazione delle categorie di creditori finanziari, posto che tale controllo formale è appannaggio esclusivo del Tribunale.

Partendo dalla prima tipologia di attestazione che il professionista è chiamato ad emettere, questa si ravvisa nella veridicità dei dati aziendali. La premessa sostanziale è che per *dati aziendali* si intende il complesso delle informazioni ricavabili dal sistema di archiviazione dell'impresa, ovvero dati economici, ma anche registrazione di fatti, o contratti. È lo stesso Codice Civile che chiarisce quali siano le documentazioni che necessariamente devono essere mantenute e conservate dall'azienda, laddove l'art. 2214 c.c. impone l'obbligo di tenuta delle scritture contabili e di conservazione delle stesse. L'indagine del professionista si muove dunque tra tali informazioni, ed è volta a verificare che quanto sia riportato corrisponda effettivamente al vero. Appare chiaro, alla luce di quanto appena esposto, che non è possibile condurre una verifica corretta laddove l'azienda sia manchevole della documentazione necessaria. Tale ipotesi non risulta essere rara nella prassi degli accordi di ristrutturazione, posto che molto frequentemente le aziende mancano della presentazione dei bilanci o delle corrette scritture contabili. Trattasi evidentemente di un vuoto legislativo, posto che l'art. 18 del d.l. n.600/1973 consente alle imprese individuali e alle società di persone, di mantenere solo le scritture contabili semplificate. Appare chiaro che in un tale scenario, l'attestazione del professionista circa la veridicità dei dati aziendali non può essere svolta in maniera del tutto corretta, e questo risulta essere un primo impedimento al ricorso del debitore per un accordo di ristrutturazione o di un concordato preventivo.

Procedendo con l'osservazione delle altre attestazioni riservate al professionista, si rileva quella riservata all'attuabilità dell'accordo stesso ovvero della sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei. In sostanza è prevista una valutazione sulla reale capacità di adempimento dell'imprenditore che presenta domanda di omologazione di un accordo. Così come per il concordato preventivo, anche negli accordi di ristrutturazione si possono identificare due tipologie di fattibilità: quella economica e quella giuridica. Tuttavia, a differenza di quanto avviene nel concordato preventivo dove la fattibilità economica è riservata alla valutazione del ceto creditorio, negli accordi di ristrutturazione questo non può avvenire. Posto che negli accordi di ristrutturazione dei debiti la verifica è indirizzata a confermare la possibilità di pagamento dei creditori

estranei, e dunque è svolta nell'interesse di tale parte del ceto creditorio, appare chiaro che tale attestazione non può venire dai creditori. Tale impostazione trova poi ulteriore conferma nella disposizione dell'art. 182 *septies* quarto comma, dove il legislatore prevede disposizioni ancora più specifiche sul controllo del Tribunale in sede di omologazione. È infatti previsto che il Tribunale accerti che le trattative siano state svolte secondo il principio di buona fede, e che a tutti i creditori per cui si è richiesta l'estensione degli effetti è stata data facoltà di parteciparvi. Inoltre, gli stessi devono risultare comunque soddisfatti in maniera non inferiore alle alternative concretamente praticabili.

II.1.7 Il ruolo del Tribunale

Una delle differenze sostanziali tra le procedure concorsuali e gli strumenti stragiudiziali di composizione della crisi d'impresa, risulta essere proprio la funzione attribuita all'Autorità giudiziaria. La differenza si sostanzia nella concettualità stessa sottesa alla composizione stragiudiziale della crisi, ovvero la negoziazione contrattuale tra le parti. Appare chiaro che in tale contesto il ruolo del Tribunale è limitato al controllo formale e non sostanziale, e relativamente ai creditori non aderenti, alla convenienza delle proposte emerse dalla negoziazione per le parti coinvolte. Discorso differente è ravvisabile se invece si osserva il ruolo del Tribunale nello svolgimento delle procedure concorsuali. In questo caso l'autorità giudiziaria è non solo responsabile del controllo formale e sostanziale, ma ulteriormente è investita della conduzione dell'intera procedura. E dunque spetterà al giudice la nomina dei vari organi procedurali, ovvero convocare le adunanze e svolgere le dovute analisi preliminari. L'introduzione nel nostro ordinamento degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *septies*, ha peraltro aumentato la presenza del controllo da parte del Tribunale all'interno degli strumenti stragiudiziali, dal momento in cui risulta necessaria una valutazione sul reale soddisfacimento dei creditori non aderenti all'accordo stesso. Ulteriormente, l'individuazione delle categorie di creditori, con conseguente raggiungimento delle percentuali obbligatorie per richiedere l'estensione degli effetti ai non aderenti, ha reso necessario un'ulteriore presenza dell'autorità giudiziaria ai fini dell'omologazione degli accordi. Peraltro, più volte tale aumento di potere del Tribunale, è stato visto in dottrina come chiaro esempio della ritrovata natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione. A parere di chi scrive, però, tale impostazione non può essere presa per vera, posto che ad un maggiore controllo del Tribunale si contrappongono in ogni caso profili -più volte esposti in sede di trattazione- che in alcun modo possono rendere accostabile lo strumento di cui all'art. 182 *bis*, ovvero il *subgenus* di cui all'art. 182 *septies*, alle procedure concorsuali canoniche.

In seguito a questa premessa sostanziale, è possibile ora analizzare il dato normativo contenuto nell'art. 182 *septies* e condurre delle necessarie considerazioni. Il quarto

comma del citato articolo stabilisce che, ai fini dell'omologazione di un accordo di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari, il Tribunale deve verificare che sia stato rispettato il principio di buona fede nello svolgimento delle trattative e che in tal senso sia stata data la possibilità ai creditori di parteciparvi, e che i creditori finanziari ai quali il debitore intende estendere gli effetti dell'accordo abbiano posizione giuridica ed interessi economici omogenei; ulteriormente il Tribunale ha il compito di accertare il ricevimento da parte degli stessi creditori non aderenti, di informazioni aggiornate e complete sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore, sull'accordo e sui suoi effetti. Infine, l'autorità giudiziaria deve verificare un'ulteriore condizione, rappresentata dal fatto che le prospettive di soddisfazione che i creditori finanziari dissenzienti potranno ottenere attraverso l'accordo possano risultare non inferiori rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Appare evidente che il controllo posto in essere da parte del Tribunale in sede di omologazione di un accordo *ex art. 182 septies* non può escludere le altre generali valutazioni attribuite dalla disciplina degli accordi ordinari⁹¹. Dunque, in ogni caso l'autorità giudiziaria dovrà preliminarmente porre in essere dei controlli circa il rispetto dei presupposti per l'accesso, ovvero il raggiungimento delle percentuali stabilite *ex lege*, o ancora la qualificazione e l'indipendenza del professionista attestatore. In tal senso l'introduzione dell'art. 182 *septies* intensifica il controllo preliminare necessario, riservando al Tribunale anche la verifica del raggiungimento della soglia quantitativa della metà del totale crediti necessaria per richiedere l'applicazione della disciplina speciale. Per enfatizzare la maggior articolazione del ruolo del Tribunale negli accordi con banche ed intermediari finanziari rispetto agli accordi ordinari, è senz'altro utile ricordare che in tale ultima ipotesi è preclusa all'Autorità qualsiasi valutazione nel merito, concretizzabile in un controllo di convenienza per i creditori estranei circa l'oggetto dell'accordo.

⁹¹ Appio C.L., *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182 septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, 17.

Analizzando in maniera compiuta quanto disposto dall'art. 182 *septies* l.f., si osserva come una prima verifica viene effettuata sulla reale omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici dei creditori finanziari. La *ratio* di tale disposizione è rinvenibile nell'assenza, all'interno degli accordi, di un' adunanza dei creditori in cui gli stessi possano esprimere il proprio voto. Per tale ragione è evidente che il controllo dovrà avvenire in maniera rigorosa da parte del Tribunale, tenendo conto degli effetti estensivi che si produrrebbero in seguito all'omologazione. In tal senso la criticità risulta essere in merito alla qualità della verifica; ovvero se essa debba intendersi solo in senso formale, o se necessita anche di una valutazione di merito⁹². La dottrina, come la prassi, sembra orientarsi verso la seconda opzione, posto che in riferimento al concordato preventivo tale verifica è invece fondata sul merito -conseguentemente alla reintroduzione della soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari-.

Un successivo controllo che il Tribunale è chiamato a eseguire riguarda il rispetto del principio di buona fede nella conduzione delle trattative, ovvero di una corretta istaurazione di contraddittorio con i creditori, e di una loro adeguata informazione. Dall'analisi letterale si evince che il legislatore pone l'accento non soltanto sull'analisi della tipologia di informazione che viene consegnata ai creditori finanziari non aderenti, ma anche che gli stessi siano stati messi a conoscenza in maniera completa della reale situazione aziendale. Appare chiaro dunque che in caso di opposizione l'onere della prova è senza dubbio a carico del debitore⁹³.

Certamente di più ampia portata risulta essere la valutazione circa la convenienza economica dell'accordo. Risulta infatti una verifica necessaria affinché si possa ritenere rispettata la condizione posta dalla norma stessa, secondo la quale i creditori per i quali si richiede l'estensione degli effetti, devono risultare soddisfatti in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili. In sostanza tale disposizione consente

⁹² Sabatelli E., *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, in *ilCaso.it*, 13 Novembre 2015, 13

⁹³ Appio C.L., *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182 septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, 19

l'introduzione negli accordi di ristrutturazione del principio di origine statunitense del *cram down*, ovvero la verifica fondamentale che i creditori oppositori siano soddisfatti in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili mediante una valutazione che abbia ad oggetto la convenienza economica dell'accordo ed implichi un giudizio relazionale rispetto ad altre soluzioni, siano esse concorsuali o meno⁹⁴.

La disposizione in esame richiama quanto previsto in tema di concordato preventivo dagli artt. 177 comma secondo e 180 comma quarto della legge fallimentare. In tale ipotesi il Tribunale è chiamato a valutare, sia in sede di analisi delle maggioranze, sia in sede di omologazione della proposta, il grado di soddisfacimento che deriverebbe alle classi di creditori dissenzienti dalla proposta, rispetto alle altre alternative. Tuttavia, vi è da sottolineare una sostanziale differenza tra le disposizioni contenute nella disciplina concordataria, e quelle riservate agli accordi *ex art. 182 septies*. Il controllo in quest'ultimo caso riguarda tutti i creditori finanziari non aderenti all'accordo, mentre nell'ipotesi concordataria tale analisi si limita ai creditori appartenenti alle sole classi dissenzienti. In altre parole, mentre nel concordato preventivo l'estensione degli effetti e il carattere vincolante della proposta discendono direttamente dall'applicazione del principio maggioritario, negli accordi di ristrutturazione essa è conseguenza eccezionale di una specifica deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c.. Da qui discende la chiara necessità che gli accordi subiscano un controllo di convenienza che riguardi l'intero ceto creditorio dissenziente. Su tali premesse è facile ritenere che il controllo del Tribunale circa la convenienza economica, a differenza di quanto enunciato per la verifica formale dell'omogeneità di interessi economici e posizione giuridica, necessariamente si traduce in un sindacato di merito⁹⁵. Parte della dottrina non risulta essere in accordo con tale impostazione, sul convincimento che è completa facoltà dei creditori esprimere un parere sulla convenienza dell'accordo; ragione per cui se *in primis* non deriva da loro nessuna

⁹⁴ Quattrocchio L.M., *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in *Il diritto degli affari*, 2015, 14

⁹⁵ Lamanna F., *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015: un primo commento*, 2016, 7

indicazione in merito, non dovrebbe essere compito del Tribunale intervenire in tal senso⁹⁶.

In ultima analisi rileva comprendere a quali alternative concrete faccia riferimento il quarto comma dell'art. 182 *septies*. Dall'osservazione empirica parrebbero ritenersi come alternative concrete la liquidazione giudiziale, ovvero la procedura di espropriazione individuale. Partendo dall'ultima, questa risulta essere un'alternativa del tutto residuale. È infatti praticabile a norma di legge solo se siano già state avviate espropriazioni individuali da terzi e che “*i creditori non aderenti abbiano già spiegato intervento*”⁹⁷. Per quanto concerne invece il concordato preventivo, lo stesso risulta non idoneo a poter divenire un'alternativa praticabile rispetto agli accordi di ristrutturazione. Questo poiché in realtà sono due istituti contrapposti; dunque o vi è un concordato preventivo con le sue specifiche clausole e condizioni, oppure vi è l'accordo con i propri contenuti, e l'uno e l'altro non possono proporsi contestualmente⁹⁸.

Per quanto riguarda la procedura fallimentare, invece, il Tribunale dovrà esaminare in sede di omologazione l'eventuale soddisfazione ricavabile dal fallimento rispetto all'accordo di ristrutturazione. Tale verifica si sostanzia in un raffronto della documentazione presentata dal debitore, posto che alla base dei tre strumenti di risoluzione della crisi d'impresa vi è la medesima richiesta di produzione della documentazione disposta dall'art. 161 l.f.. In tal modo l'autorità sarà in grado di testare l'attendibilità del confronto con le alternative concretamente praticabili rispetto all'accordo proposto dal debitore. Risulta evidente che tale confronto effettivo è difficilmente immaginabile in applicazione di uno strumento quale gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in cui mancano completamente gli organi giudiziali. Per tale motivazione lo stesso quarto comma dell'art. 182 *septies*, prevede la possibilità di nomina

⁹⁶Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, 494

⁹⁷Lamanna F., *Speciale Decreto*, 6, secondo cui se le procedure espropriative individuali “*non siano state avviate da alcuno, sembra confliggere con la necessità di concretezza la mera potenzialità dell'instaurazione del procedimento esecutivo*”, in Bonato F., *L'Art. 182 septies l.fall. e l'accordo di ristrutturazione “a maggioranza, cit. in Il Fall. 8-9/2017, 889*

⁹⁸Lamanna F. *Speciale Decreto*, cit. 6

di un consulente tecnico da parte del Tribunale, ovvero di un ausiliario⁹⁹. Tale figura ricopre un ruolo di assoluto rilievo in tema di valutazione della soddisfazione dei creditori finanziari non aderenti, ovvero nell'indirizzare il controllo del Tribunale in merito alla strutturazione delle categorie¹⁰⁰. L'ottavo comma dell'art. 182 *septies* prevede che tale ausiliario emetta una relazione che, a norma dell'art. 161 quinto comma, è trasmessa al Pubblico Ministero ai fini della eventuale rilevanza penale delle notizie contenute.

⁹⁹ Che peraltro costituisce applicazione della regola generale identificata dall'art. 68 del codice di procedura civile, che recita

¹⁰⁰ Bombardelli, *La nuova riforma del diritto concorsuale*, 2015 Torino, 315

II.1.8 Opposizioni all'omologazione

Un ultimo aspetto che in questa sede è importante rilevare circa gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari, riguarda lo strumento dell'opposizione. Nelle procedure concorsuali tale strumento è utilizzato per portare innanzi al Tribunale il decreto del giudice delegato in tema di insinuazione al passivo, oppure circa la delibera assunta dalla maggioranza dei creditori in caso di concordato preventivo. Nel caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti a norma dell'art. 182 *septies* invece, tale strumento assurge alla funzione di consentire in sede di omologazione l'utilizzo di ulteriori mezzi documentali, come ad esempio la relazione dell'ausiliario eventualmente nominato. Dal punto di vista processuale, l'art. 182 *septies* prevede una sostanziale differenza rispetto a quanto stabilito per gli accordi di ristrutturazione *ordinari*. Nel primo caso infatti il termine di decorrenza per la presentazione dell'opposizione da parte dei creditori finanziari estranei decorre dalla data di notifica del ricorso e della documentazione di cui al primo comma dell'art. 182 *septies*. Nel caso di accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis* tale termine invece decorre dall'iscrizione nel Registro delle Imprese.

II.2 La convenzione di moratoria

Come segnalato nell'introduzione a questo capitolo, l'art. 182 *septies* della legge fallimentare ci consegna due nuovi istituti. Infatti, oltre agli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari, già analizzati in precedenza, il legislatore ha voluto disciplinare, nel medesimo articolo, un ulteriore strumento stragiudiziale di composizione della crisi di impresa. I commi quinto, sesto e settimo dell'art. 182 *septies* l.f. disciplinano infatti le convenzioni di moratoria con banche ed intermediari finanziari. Nel seguito della trattazione verranno analizzate le varie peculiarità della normativa di riferimento. Tuttavia, risulta necessario partire dall'analisi del dato letterale del disposto per comprenderne e delinearne la portata, ovvero il perimetro applicativo. L'art. 182 *septies* l.f. al primo comma recita: *“Quando fra impresa debitrice e una o più banche o intermediari finanziari viene stipulata una convenzione diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari e sia raggiunta la maggioranza di cui al secondo comma, la convenzione di moratoria, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, produce effetti anche nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari non aderenti se questi siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede, e un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d), attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria”*. Dall'osservazione del disposto contenuto nel quinto comma, si evince come è posta facoltà al debitore di stipulare un accordo con le banche e gli intermediari finanziari ai fini di limitare l'esposizione debitoria, in maniera temporanea, e attraverso la modalità della moratoria dei crediti. La peculiarità di tale strumento, che giustifica l'inclusione dello stesso nell'art. 182 *septies* l.f., consiste in ciò che, rispettando determinate condizioni, le banche e gli intermediari non aderenti alla

convenzione possono vedersi imporre, derogando nuovamente agli articoli 1372 e 1411 c.c., il contenuto della stessa, che non hanno sottoscritto¹⁰¹.

Le condizioni alle quali è possibile estendere gli effetti della convenzione stipulata ai creditori finanziari dissenzienti sono indicati nello stesso quinto comma dell'art. 182 *septies* l.f., e si sostanziano nella necessaria individuazione di una categoria di creditori finanziari aventi posizione giuridica ed interessi economici omogenei, nella quale i creditori aderenti alla convenzione siano almeno il 75% dei crediti complessivi della categoria; inoltre è richiesta una relazione di un professionista in possesso dei requisiti citati nell'art. 67 l.f., comma 3, lettera d), riguardante la stessa omogeneità tra i creditori interessati dalla moratoria; infine un'ultima condizione riguarda il dovere di informativa posto in capo al debitore nei confronti dei creditori non aderenti circa l'avvio delle trattative e la predisposizione delle stesse in modo tale da permettere la partecipazione dei creditori dissenzienti secondo il principio di *buona fede*. La legge chiarisce che al ricorrere congiunto di tali condizioni l'estensione degli effetti avviene in maniera automatica. In tal senso, nel momento in cui i creditori finanziari, allo scadere del credito vantato, ne richiedono il soddisfacimento, possono vedersi eccepire dal creditore la moratoria accordata dalla maggioranza dei creditori aderenti, senza alcuna necessità di intervento dell'autorità giudiziaria. In tale contesto però rimangono ferme le disposizioni di cui all'art. 182 *septies* l.f., settimo comma, per cui al pari degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari non è possibile imporre nuove prestazioni a carico dei creditori non aderenti.

Ulteriormente, il sesto comma dell'art. 182 *septies* l.f., predispone una sorta di tutela nei confronti dei creditori finanziari non aderenti alla convenzione, disponendo che “[..] *le banche e gli intermediari finanziari non aderenti alla convenzione possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla comunicazione della convenzione stipulata, accompagnata dalla relazione del professionista [...]. Con l'opposizione, la banca o l'intermediario finanziario può chiedere che la convenzione non produca effetti nei suoi confronti. Il tribunale, con decreto motivato, decide sulle opposizioni, verificando la*

¹⁰¹ Nigro A. e Vattermoli D., *Diritto della crisi d'impresa. Le procedure concorsuali*, 2016, 50.

sussistenza delle condizioni di cui al comma quarto, terzo periodo. Nel termine di quindici giorni dalla comunicazione, il decreto del tribunale è reclamabile alla corte d'appello ai sensi dell'art. 183".

Dall'analisi letterale appare chiaro che in caso di convenzione di moratoria, l'intervento dell'autorità giudiziaria rimane del tutto eventuale, limitata al solo caso che dei creditori non aderenti alla stessa presentino opposizione. Peraltro, tale opposizione si traduce, in questa disposizione, nella richiesta di non estensione degli effetti della moratoria nei confronti dei creditori stessi che hanno richiesto l'intervento del Tribunale. Nel proseguo della trattazione si analizzeranno nello specifico gli accertamenti che il Tribunale investito dall'eventuale opposizione, è chiamato ad operare. Ciò che però è necessario rilevare in questa fase, risulta essere l'autonomia che l'istituto delle convenzioni di moratoria mantengono nei confronti degli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari. È pur vero che, come già chiarito, l'art. 182 *septies* ci consegna due strumenti uniformi, quantomeno dal punto di vista dell'obiettivo perseguito dal legislatore. Tuttavia, restano dei profili che mantengono i due istituti ben distinti, rendendo le convenzioni di moratoria un istituto autonomo -seppur disciplinato unitamente agli accordi di ristrutturazione-. In particolare, a differenza di quanto previsto al primo comma dell'art. 182 *septies* della legge fallimentare per gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari, l'accesso alla convenzione di moratoria non è condizionato dalla prevalenza del debito verso i creditori finanziari rispetto all'indebitamento complessivo dell'impresa in crisi. Ulteriormente, non è previsto che la convenzione rispetti il vincolo percentuale del 60% dei crediti con cui deve essere conclusa la convenzione, requisito invece necessario per poter richiedere l'omologazione di un accordo a norma dell'art. 182 *bis* comma 1.

II.2.1 Gli aspetti generali dell'istituto

Ad avviso di chi scrive, il punto di partenza per l'analisi dello strumento della convenzione di moratoria *ex art. 182 septies*, è di tipo concettuale. L'approccio che risulta necessario per comprendere la *ratio* di tale disposizione risulta quello di considerare la convenzione di moratoria come uno strumento non integrante una modalità di soddisfazione del credito, bensì una semplice dilazione della sua esigibilità.

Su tale premessa è possibile proseguire nell'analisi dettagliata delle nuove disposizioni contenute nell'art. 182 *septies*.

Il d.l. n. 83/2015 ha, in realtà, solamente conferito una sorta di riconoscimento normativo ad uno strumento come la convenzione di moratoria, già in uso nella prassi da tempo¹⁰². La particolarità conferita all'istituto dalla regolamentazione prevista dall'art. 182 *septies* l.f. si sostanzia dunque nella possibilità di rendere la convenzione vincolante nei confronti dei creditori finanziari che non vi abbiano aderito spontaneamente. Questo ovviamente, come per gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari, qualora vengano rispettate delle specifiche disposizioni di legge. La *ratio* che il legislatore ha inteso conferire a tale strumento di composizione della crisi d'impresa risulta essere il consentire un rapido intervento, con la finalità di arginare potenziali comportamenti ostativi da parte di alcuni creditori finanziari, ai fini della futura riuscita del processo di ristrutturazione dei debiti¹⁰³. Tale necessità scaturisce dal fatto che, spesso, parte del ceto creditorio finanziario risulta ostile all'accordo sulla ristrutturazione dell'azienda in crisi. Con tale strumento il legislatore consegna alla prassi aziendale una sorta di *ombrello protettivo* alle aziende, fornendo alle stesse i tempi necessari per elaborare soluzioni alla crisi, fornendo appunto protezione da quei creditori finanziari intenzionati ad aggredirle. Per quanto concerne la natura delle convenzioni di moratoria così come disciplinate all'art. 182 *septies* l.f., numerose interpretazioni hanno convenuto sulla comunanza di caratteristiche riscontrabili tra le stesse e gli accordi di ristrutturazione, come anche tra le

¹⁰² Fabiani M., *Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi*, in *Il Fallimento*, 2014, 965

¹⁰³ Ranalli R., *Speciale Decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, 4

convenzioni e i piani attestati di risanamento¹⁰⁴. Per quanto concerne i caratteri di similarità della convenzione di moratoria con il piano attestato di risanamento, indubbiamente una prima caratteristica risulta essere la mancanza in entrambi i casi di una omologazione necessaria da parte del Tribunale¹⁰⁵. Da questa scaturisce la natura prettamente stragiudiziale di entrambi gli strumenti. Dal lato degli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 septies*, -fermo restando le differenze sostanziali inerenti l'insussistenza dei requisiti percentuali di ammissione del 60% dei crediti e dell'indebitamento complessivo, indicati nel paragrafo precedente-, questi risultano accomunati alla convenzione di moratoria per via dell'eventuale controllo di convenienza che il Tribunale è chiamato ad operare in caso di presentazione di opposizione da parte dei creditori finanziari non aderenti. Inoltre, sia per la convenzione di moratoria, che per l'accordo di ristrutturazione *speciale*, valgono le caratteristiche oggettive dei debiti, ovvero soggettive dei creditori, posto che in entrambi i casi è necessaria la presenza di banche o intermediari finanziari. Tali considerazioni portano a ritenere la convenzione di moratoria come uno strumento a metà fra i due citati istituti. Certamente con entrambi condivide la natura contrattuale, peraltro confermata dal fatto che anche le convenzioni di moratoria operano in deroga agli articoli 1372 e 1411 del Codice Civile.

Anche nel caso della convenzione di moratoria, il legislatore ha ritenuto necessario inserire la possibilità di estendere, a determinate condizioni, gli effetti della convenzione stipulata con parte dei creditori finanziari anche ai restanti creditori dissenzienti. Affinché il contenuto dell'intesa venga esteso forzosamente, è necessario che venga raggiunta la percentuale del 75% di sottoscrizione da parte dei creditori finanziari con interessi economici e posizione giuridica omogenei. Peraltro, la norma non fa specifico ricorso al termine *categoria*, ragion per cui si deve ritenere che operativamente si tratta semplicemente di individuare una sola classe -il legislatore utilizza l'espressione

¹⁰⁴ Lamanna F., *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il Decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015: un primo commento, parte IV: le nuove figure dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e della convenzione di moratoria*, 10, in Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, 494

¹⁰⁵ Tranne che nel caso in cui in pendenza di convenzione di moratoria vi siano creditori finanziari che propongono opposizione al Tribunale. In tal caso sarebbe necessaria l'omologazione.

“*creditori interessati alla moratoria*”- di creditori finanziari. Inoltre, è necessaria una attestazione circa la citata omogeneità, redatta da un professionista in possesso dei requisiti ricavabili dall’art. 67 comma terzo, lettera d) l.f.. Ulteriormente è previsto che sia rispettato da parte del debitore il dovere di informativa ed il principio di buona fede nella conduzione delle trattative, alle quali è richiesto che sia dato modo ai creditori non aderenti di partecipare. Come già chiarito, al ricorrere di queste condizioni l’intesa raggiunta diviene effettiva nei confronti dei creditori finanziari dissenzienti in maniera del tutto automatica. Non necessita dunque un’omologazione come nel caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Tuttavia, agli stessi creditori non aderenti è riservata la tutela dell’opposizione al Tribunale entro trenta giorni dalla notificazione della convenzione. Solo in tale eventualità l’Autorità giudiziaria attiva la procedura di controllo sulla convenzione, andando a verificare il rispetto delle condizioni sopra citate. Una volta che il Tribunale avrà deciso sulle opposizioni, tale decisione potrà essere impugnata entro quindici giorni di fronte alla Corte d’Appello.

Passando all’analisi sostanziale dello strumento in esame, resta ora da interrogarsi sul possibile contenuto della convenzione di moratoria. Facendo un discorso a ritroso, rispetto a quanto analizzato negli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari, è possibile partire dai limiti posti dal legislatore all’ampiezza del contenuto di tale intesa. Come per gli accordi di ristrutturazione, a norma del settimo comma dell’art. 182 *septies*, non è consentito richiedere ai creditori non aderenti l’esecuzione di nuove prestazioni, e neppure l’erogazione di nuovi finanziamenti. Posto tale limite, l’analisi letterale del quinto comma del medesimo articolo non riporta in maniera chiara e specifica quale possa essere l’oggetto di una convenzione di moratoria. Quello che il legislatore si limita a utilizzare è la locuzione “*moratoria temporanea diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*”. Due sono le particolarità che derivano dalla lettura di tale periodo. In primo luogo, si osserva come il legislatore abbia voluto in maniera chiara conferire un carattere temporaneo e provvisorio allo strumento della convenzione di moratoria. Tale carattere temporaneo non avrebbe senso se non letto in maniera combinata con l’effetto primario della convenzione stessa, ovvero una moratoria dei

debiti. Ne risulta in maniera lineare uno strumento che ha la propria intrinseca finalità nella sospensione delle azioni e dei debiti, e del differimento degli stessi¹⁰⁶. Non è dunque possibile, per mezzo di una convenzione, rimodulare i crediti o sospenderne il decorso degli interessi, come peraltro avviene negli accordi di ristrutturazione. Tutto ciò che può essere ricompreso in una convenzione di moratoria è semplicemente una dilazione dei crediti con banche ed intermediari finanziari, ferma restando la possibilità che le parti possano abbinare alla convenzione una riduzione extragiudiziale dei crediti. Da questo punto di vista la convenzione di moratoria è facilmente assimilabile all'effetto protettivo che scaturisce dalla presentazione della proposta di accordo di ristrutturazione, ovvero dalla presentazione del concordato con riserva. La funzione rimane sostanzialmente quella di non peggiorare l'esposizione debitoria dell'azienda in crisi, per un periodo di tempo che seppur breve, consenta l'individuazione in capo al debitore e ai creditori finanziari aderenti, della via più idonea per tentare il risanamento aziendale.

¹⁰⁶ Varrotti L., *Articolo 182 septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, 9, in Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, 495

II.2.2 Le categorie di creditori e l'attestazione del professionista

L'art. 182 *septies* al secondo comma consente la suddivisione in categorie dei creditori finanziari, al fine di consentire la valutazione del tribunale in sede di omologazione degli accordi di ristrutturazione e la conseguente estensione degli effetti ai creditori finanziari estranei. Per ciò che concerne l'istituto della convenzione di moratoria, si osserva come tale facoltà non venga in alcun modo segnalata dal legislatore. Tale mancanza di disposizione porterebbe a ritenere che vi sia una inammissibilità di fondo delle categorie all'interno della convenzione di moratoria¹⁰⁷. In tal senso è opportuna una riflessione. La convenzione di moratoria risulta essere, in ogni caso, un accordo che nasce già autonomo e selettivo, posto che così come disciplinato nell'art. 182 *septies*, intercorre direttamente tra il debitore e i soli creditori di tipo finanziario. Gli accordi di ristrutturazione, disciplinati nello stesso articolo, invece, si inseriscono come parte integrante degli accordi di ristrutturazione ordinari previsti dall'art. 182 *bis* della legge fallimentare. In tale ambito la suddivisione in categorie rimane strettamente necessaria ai fini dell'individuazione e selezione dei creditori di tipo finanziario cui applicare la normativa *speciale* prevista dall'art. 182 *septies*. Tali categorie non risultano dunque necessarie nelle convenzioni di moratoria, data la settorialità già insita nella natura stessa dell'istituto¹⁰⁸.

Parte della dottrina ha invece ritenuto di segnalare che la scelta del legislatore di non prevedere la facoltà di suddivisione in categorie i creditori finanziari, derivi dalla necessità di evitare confusione normativa all'interno dell'art. 182 *septies*, ritenendo magari superfluo ripetere un concetto espresso nel medesimo, ma comunque riferibile ad un altro strumento quali gli accordi. In ogni caso, a parere di chi scrive, il fatto che non sia necessaria, al contrario degli accordi, una suddivisione in categorie all'interno della convenzione di moratoria, non ne decreta l'inammissibilità per il processo di omologazione. Se non altro perché, secondo il tenore letterale della norma, tale facoltà

¹⁰⁷ Varrotti L., *Articolo 182 septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, 11, in Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, 497.

¹⁰⁸ Lamanna F., *Le classi/categorie nell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e nella convenzione di moratoria*, in *Il Fallimentarista*, 7 gennaio 2016,1

non è espressamente esclusa. In secondo luogo, è sicuramente ravvisabile nella prassi una situazione nella quale potrebbero essere concluse convenzioni con differenti modalità di moratoria. In tal caso risulta fortemente consigliata una suddivisione in categorie, quantomeno per permettere il controllo del professionista attestatore. In tale evenienza però, appare chiaro che la percentuale del 75% dei creditori aderenti necessaria per l'estensione automatica degli effetti dovrà essere riferita ad ogni singola categoria.

In ogni caso il tema delle categorie dei creditori finanziari è strettamente collegato con la tematica dell'attestazione necessaria da parte del professionista circa l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici dei creditori finanziari. Tale attestazione, come più volte esplicitato, risulta essere uno dei requisiti fondamentali per poter consentire l'estensione automatica degli effetti della convenzione. Confrontando la disciplina degli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 septies* con quella della convenzione di moratoria inserita nel medesimo articolo, appare chiaro che in tema di verifica dell'omogeneità i due istituti differiscono, nella misura in cui mentre negli accordi di ristrutturazione tale controllo è demandato al Tribunale, nella convenzione di moratoria è il professionista che è chiamato ad attuarlo. In prima battuta ci si potrebbe interrogare sul perché tale verifica sia stata demandata ad un professionista, creando così una nuova specifica attestazione riservata unicamente alle convenzioni di moratoria. La *ratio* di tale disposizione è sicuramente ravvisabile nel fatto che negli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 septies*, il controllo circa l'omogeneità spetta in ogni caso al Tribunale poiché parte integrante del procedimento di omologazione. Nella convenzione di moratoria, invece, mancando una verifica giurisdizionale obbligatoria, tale attestazione verificante risulta essere comunque un forte strumento di tutela per i creditori finanziari non aderenti alla convenzione e per i quali è prevista l'estensione degli effetti. Ragione per cui, nella previsione per cui sarebbe impensabile richiedere il coinvolgimento del Tribunale unicamente per la valutazione dell'omogeneità di posizione giuridica e interessi economici, bene ha fatto il legislatore a prevedere l'intervento del professionista attestatore¹⁰⁹. Professionista

¹⁰⁹ Lamanna F., *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il Decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015: un primo commento*

attestatore, è bene ricordarlo, che a differenza dell'ausiliario che eventualmente può essere nominato dal Tribunale per espletare i controlli negli accordi di ristrutturazione dei debiti con banche ed intermediari finanziari, deve necessariamente rispettare i requisiti stabiliti dall'art. 67, comma terzo, lettera d), come specificato nel quinto comma dell'art. 182 *septies* della legge fallimentare.

Infine, un ultimo profilo degno di nota risulta essere l'eventualità che uno o più creditori proponano opposizione al Tribunale. Considerati i presupposti di estensione degli effetti, è chiaro che tale opposizione probabilmente si basa sul medesimo controllo di omogeneità effettuato dal professionista attestatore. In tale evenienza il Tribunale è chiamato a verificare nuovamente tale requisito, generando così un doppio controllo in sede di convenzione di moratoria.

II.2.3. L'efficacia della convenzione di moratoria verso i creditori dissenzienti e l'opposizione degli stessi

Una volta che abbia adempiuto le condizioni indicate dal quinto comma dell'art. 182 *septies*, e tentato di coinvolgere nelle trattative tutti i creditori finanziari presumibili destinatari degli effetti della convenzione di moratoria, il debitore può “legittimamente disinteressarsi”¹¹⁰ di quanti non si siano dimostrati intenzionati a partecipare alla negoziazione dell'accordo e proseguire la trattativa con la sola maggioranza - qualificata- delle banche. Tuttavia, poichè l'accordo espande i propri effetti verso i creditori non aderenti dal momento in cui quest'ultimi riceveranno la comunicazione dell'accordo, accompagnato dalla relazione del professionista, risulta essere un onere del debitore inviare a ciascun creditore finanziario, rimasto estraneo alla negoziazione, la sopramenzionata documentazione. Un simile adempimento si rivela tanto più importante in ragione del fatto che, dal momento della ricezione, non solo si attiva concretamente il meccanismo di estensione coattiva degli effetti dell'accordo, ma decorre altresì il termine di trenta giorni, indicato dal sesto comma dell'art. 182 *septies*, per proporre opposizione, avverso al vincolo negoziale a cui i creditori dissenzienti sono stati involontariamente costretti. “La comunicazione, quindi, vale sia quale *dies a quo* per proporre opposizione, sia quale momento a partire dal quale si producono effetti verso i terzi”¹¹¹.

Al fine di garantire ai creditori finanziari non aderenti un consapevole esercizio del diritto di opposizione, risulta necessario rammentare che gli stessi sono vincolati ad un accordo che impone loro di rinunciare -seppur temporaneamente- alla riscossione del credito vantato nei confronti dell'imprenditore in crisi. Laddove il creditore dissenziente intende presentare opposizione, ciò che risulta in concreto è una pronuncia, non certo di invalidità della convenzione nel suo complesso -posto che la norma non richiede l'unanimità dei consensi-, ma di inefficacia dell'accordo nei suoi confronti, in modo che possa tornare nella posizione di intraprendere verso il debitore tutte le iniziative che ritiene necessarie

¹¹⁰ Aiello M., *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, 2016, 33

¹¹¹ Fabiani M., *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., 1276

ai fini della riscossione del proprio credito. L'opposizione, quindi, riguarda soltanto la posizione del creditore dissenziente e, di conseguenza, in caso di accoglimento della stessa, la convenzione risulta inefficace¹¹² esclusivamente nei suoi confronti, mentre rimane valida nei confronti dei creditori finanziari aderenti.

Tuttavia, l'accertata impossibilità di estendere la convenzione ai creditori finanziari in accoglimento dell'opposizione, può avere riscontri sulle posizioni dei creditori aderenti, considerando che gli stessi potrebbero aver prestato il proprio consenso sul presupposto che la convenzione ex art. 182 *septies* sarebbe stata in grado di vincolare anche tutti gli altri creditori nei confronti dell'imprenditore in crisi. In questi casi, sarebbe opportuno per i creditori aderenti *“introdurre accorgimenti contrattuali che caduchino la convenzione, nel caso di mancata estensione dell'accordo alle banche non aderenti omogenee”*¹¹³, giacché altrimenti sarebbero gravati dell'onere di sopportare condizioni differenti dalle originarie, in ragione delle quali avevano prestato il loro consenso.

Dall'osservazione delle già discusse scelte legislative, è possibile osservare come da questo punto di vista il giudizio di opposizione persegua, in realtà, due finalità. Da un lato, quella di escludere che gli effetti della moratoria si estendano verso i creditori che non abbiano posizione giuridica ed interessi economici omogenei, rispetto a quelli degli stessi aderenti, tutelando così il loro interesse a non essere vincolati dall'accordo; dall'altro, quella di accertare che il rifiuto, manifestato dai creditori finanziari non aderenti, non sia stato esercitato in maniera ostruzionistica e con l'unico intento di provocare un ingiustificato sacrificio in capo al debitore e ai creditori aderenti. In sostanza, ciò che il Tribunale è chiamato a verificare, è che l'utilizzo della tutela prevista dall'opposizione alla convenzione di moratoria non diventi un abuso ingiustificato. Appare chiaro che, nei casi in cui il creditore estraneo presenta opposizione nonostante la rispondenza della convenzione ai requisiti legali, il Tribunale deve rigettare la stessa,

¹¹² Ranalli R., *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182 septies*, cit., 901, ritiene che *“non può non osservarsi che l'accoglimento della richiesta del creditore opponente comporta, di fatto, il consolidamento del suo effetto, prima del passaggio in giudicato, al punto che, se dal diniego dell'estensione dovesse derivare una situazione di insolvenza, anche solo prospettica, il debitore dovrebbe prontamente attivare i provvedimenti del caso”*

¹¹³ Ranalli R., *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182 septies*, cit., 901

al fine di evitare che l'accordo approvato dalla maggioranza dei creditori finanziari, sia pregiudicato anche da uno soltanto dei creditori non aderenti.

Infine, un ulteriore tema rilevante circa l'opposizione all'estensione automatica degli effetti di una convenzione *ex art. 182 septies*, risulta essere l'eventuale sospensione degli effetti dell'intesa. Poiché gli effetti della moratoria, verso i creditori rimasti estranei alla negoziazione, si producono, come si è detto, dal momento della comunicazione dell'accordo, unitamente all'attestazione del professionista, è da comprendere se l'opposizione presentata al Tribunale sia idonea a determinare la sospensione degli effetti. In assenza di alcuna disposizione espressa in tal senso ed al fine di trovare un corretto bilanciamento tra gli interessi degli aderenti -ad estendere gli effetti della convenzione a tutti i creditori finanziari- e quelli degli estranei -a rimanere tali rispetto all'accordo-, si è sostenuto che non fosse pienamente rispondente alla natura provvisoria della convenzione ipotizzarne una sospensione automatica degli effetti, ferma restando la possibilità dell'opponente di chiederla in via cautelare, in sede di opposizione¹¹⁴.

¹¹⁴ Fabiani M., *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., 1280

II.2.4 Il controllo del Tribunale

Una volta che la convenzione è stata conclusa, è necessario che il debitore dia comunicazione ai creditori non aderenti. Tale comunicazione, a norma del sesto comma dell'art. 182 *septies*, può avvenire in due modalità differenti. È infatti previsto che essa sia inviata a mezzo lettera raccomandata, ovvero tramite Posta Elettronica Certificata. In entrambi i precedenti casi, il legislatore chiarisce che tale comunicazione deve essere accompagnata dalla relazione del professionista attestatore di cui si è discusso nei paragrafi precedenti. Dal momento della ricezione di tale comunicazione, decorre il termine utile di trenta giorni entro i quali i creditori non aderenti alla convenzione possono proporre al Tribunale una specifica opposizione contro la stessa. La stessa Autorità giudiziaria avrà il compito di decidere sull'opposizione, andando a verificare il rispetto dei criteri formali e sostanziali di accesso alla procedura. Dunque, necessariamente il Tribunale dovrà, in caso di opposizione, controllare il raggiungimento dell'accordo di convenzione con il 75% del totale dei crediti finanziari e conseguentemente il rispetto dei termini fissati per l'informativa ai creditori e della disponibilità alle trattative; nuovamente, dovrà verificare l'esistenza della relazione del professionista, ossia che lo stesso rivesta i requisiti identificati dall'art. 67 terzo comma, lettera d), l.f.¹¹⁵. In ogni caso il Tribunale esprimerà la propria decisione con decreto motivato, che potrà poi nuovamente essere impugnato entro quindici giorni di fronte alla Corte d'Appello, come previsto dall'art. 183 l.f..¹¹⁶

Il procedimento attraverso il quale il Tribunale decide in tema di opposizione dei creditori è di tipo camerale, come risulta per gli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis* l.f..

In merito ai controlli che il Tribunale investito dell'opposizione è chiamato a svolgere, ancora una volta è degno di nota quello circa la convenienza dello strumento in esame rispetto alle alternative concretamente praticabili. Rispetto alle complessità già

¹¹⁵ Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, 497

¹¹⁶ Bombardelli A., *commento all'art. 182 septies*, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, Torino, 2015, 309, cit. in Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, 497

riscontrate in tema di convenienza negli accordi di ristrutturazione dei debiti con banche ed intermediari finanziari, nel caso delle convenzioni di moratoria l'oggetto dell'opposizione è costituito da un'intesa le cui finalità rispetto al ceto creditorio non sono di certo soddisfattive, bensì di gestione provvisoria della crisi mediante l'inesigibilità del credito¹¹⁷. In tal senso risulta dunque assai difficile comprendere come sia possibile valutare alternative concretamente più soddisfacenti per i creditori, dal momento che la contropartita non è affatto soddisfacente. In tal senso si potrebbe ipotizzare, richiamando la tesi di parte della dottrina circa la pluralità dei possibili oggetti di una convenzione di moratoria¹¹⁸, che nel predisporre in capo al Tribunale tale tipo di controllo il legislatore avesse in mente un tipo di accordo non soltanto di pura e semplice dilazione dei crediti, bensì altri tipi di concessioni, tali da consentire un confronto in merito al soddisfacimento creditorio.

¹¹⁷ Quattrocchio L.M., *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria*, 2016, 20

¹¹⁸ Varrotti L., *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari- attestazione del professionista, opposizione del creditore, controllo del Tribunale e opera dell'ausiliario*, 2016, 23

II.2.5 Il carattere provvisorio della moratoria

Ad avviso di chi scrive, una ulteriore disamina è necessaria circa il tema della provvisorieta riservata alla convenzione di moratoria, ovvero al corollario di tematiche che investono il problema dell'estensione degli effetti ai creditori finanziari non aderenti. Il quinto comma dell'art. 182 *septies* è volto sostanzialmente a regolare pattiziamente tra debitore e creditori finanziari l'inadempimento degli obblighi di pagamento derivanti dalle convenzioni originarie. Tale funzione, come già espresso, vuole sia dar tempo all'impresa per un maggior respiro finanziario in grado di far superare crisi di liquidità non gravi, sia consegnare alla stessa un periodo di tempo necessario a indirizzare e proporre un piano di ristrutturazione adeguato. In entrambi i casi, la connotazione della disciplina è data dalla provvisorieta degli effetti, specificata nella stessa norma per cui la moratoria può essere solamente temporanea¹¹⁹.

Appare chiaro che, essendo gli accordi di moratoria funzionali alla scelta della miglior soluzione tra quelle previste nella legge fallimentare, per superare lo stato di crisi, essi siano destinati ad operare in un orizzonte temporale, tutto sommato, breve. Parte della dottrina ritiene che la durata massima dell'accordo sia predeterminabile e, in particolare, ipotizza che laddove la convenzione non sia di per sé sola in grado di rimuovere lo stato di crisi, essa debba essere pari a non più di novanta giorni, "*termine entro il quale l'art. 168 della legge fallimentare rende inefficaci le ipoteche giudiziali iscritte prima della presentazione di un ricorso per concordato preventivo*"¹²⁰.

Un ulteriore parere in dottrina, invece, ritiene che l'orizzonte massimo di *stand still* non potrebbe superare i centoottanta giorni¹²¹. Naturalmente discorso diverso dovrebbe essere fatto quando la stessa convenzione di moratoria non è chiamata a preludere ad un accordo di ristrutturazione o ad un concordato preventivo, ma piuttosto a risolvere una lieve crisi di liquidità. In tali ultime casistiche l'accezione di *temporaneità* non potrà che dipendere

¹¹⁹ Lamanna F., *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il Decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015: un primo commento*

¹²⁰ Ranalli R., *La convenzione di moratoria di cui all' art. 182 septies*, cit. 889

¹²¹ Fabiani M. *Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi*, in *Il Fallimento*, 2014,969

dai singoli casi e dalle pattuizioni che accompagnano la moratoria. Infatti, in generale l'orientamento maggioritario¹²², che risulta essere più convincente, ritiene che non sia opportuno ancorare la durata massima delle convenzioni, stipulate a norma dell'art. 182 *septies*, a termini prestabiliti, dovendosi tener conto a tal fine delle caratteristiche proprie della specifica situazione di crisi che l'accordo si prefigge di regolare. Questa soluzione sembra risultare più compatibile con lo spirito con cui si ritiene sia stata scritta la disciplina di cui all' art. 182 *septies*, espressivo della volontà del legislatore di dettare una disciplina non invasiva e volta a lasciare un certo margine di flessibilità agli operatori. Di conseguenza, le parti partecipanti all'accordo risultano avere il potere di determinare la durata della convenzione, posto che un termine, manifestamente sproporzionato, potrà costituire motivo di opposizione per i creditori recalcitranti¹²³. Peraltro, le probabilità che l' opposizione dei non aderenti sia accolta aumenteranno, in quei casi in cui l'eccessiva durata della convenzione proposta sia idonea a produrre effetti irreversibili nei confronti del creditore finanziario dissenziente. Evidentemente, quindi, la flessibilità, accordata alle parti, dovrà essere adeguatamente calibrata con gli effetti che la convenzione sarà in grado di produrre nella sfera dei creditori finanziari, comunque vincolati.

È opportuno precisare che la durata, necessariamente provvisoria, della convenzione di moratoria non impedisce che in essa sia previsto, a carico del debitore, il dovere di adempiere al pagamento dei debiti scaduti o da scadere nella pendenza dell'accordo, purché ciò non determini l'integrale soddisfazione della prestazione dovuta. Diversamente, infatti, si trasformerebbe uno strumento dichiaratamente provvisorio in un istituto con finalità diverse, pur sempre lecito, ma -in ragione del suo carattere di definitività- assoggettato ad un diverso regime¹²⁴.

Infine, occorre osservare come la norma nulla disponga circa la durata delle negoziazioni, necessarie per addivenire ad un accordo con la maggioranza dei creditori finanziari. Secondo alcuni autori¹²⁵, sarebbe stato opportuno stabilire che, dall'apertura del tavolo

¹²² Fabiani M. *Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi*, in *Il Fallimento*, 2014,1273

¹²³ Aiello M., *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, 2016

¹²⁴ Aiello M., *ibidem*

¹²⁵ Fabiani M. *Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi*, in *Il Fallimento*, 2014,1273

della crisi alla chiusura dell'accordo, non si oltrepassasse un determinato periodo di tempo e ciò per la semplice ragione che nell'osservanza del codice di autodisciplina, le banche, che partecipano alle trattative, si vengono a trovare in una situazione di moratoria di fatto, viste le regole di comportamento prescritte. Tale osservazione presenta però due ordini di criticità. Da un lato, perché, se si è concordi nel ritenere che l'intenzione del legislatore, nella stesura dell'art. 182 *septies*, sia stata quella di dettare una disciplina non invasiva e che, di conseguenza, si sia volutamente ommesso di prevedere un termine massimo per la durata della moratoria medesima, appare logico ritenere che la predeterminazione di un arco temporale definito, per lo svolgimento delle trattative, sarebbe risultata poco compatibile con lo spirito che è stato seguito nella stesura della norma. Dall'altro lato perché, se è vero che in passato la negoziazione dell'intesa si sia rivelata lunga e difficoltosa, appare chiaro che il meccanismo di estensione coattiva degli effetti dell'accordo, tratto caratterizzante della nuova disciplina, sia stato introdotto proprio per superare i ritardi, conseguenti ai comportamenti ostruzionistici che i creditori minori erano soliti tenere durante il corso delle trattative. Esso dovrebbe risultare uno strumento di per sé solo idoneo a ridurre i tempi della contrattazione, a prescindere dalla previsione di un termine preciso.

In definitiva pare ragionevole ritenere che, in assenza di specifici riferimenti normativi, la durata della convenzione di moratoria sia legata alla funzione e allo scopo dello strumento stesso.

II.2.6 Considerazioni circa l'oggetto della convenzione: tra *pactum de non petendo* e *standstill agreement*

Come più volte ribadito, la finalità ultima della convenzione di moratoria è quella di mantenere invariata l'esposizione debitoria dell'imprenditore in crisi, per un periodo di tempo concordemente definito con i creditori finanziari aderenti. In tale periodo previsto dall'intesa, il debitore avrà la possibilità di raccogliere tutte le informazioni necessarie per redigere e presentare, allo scadere del termine pattuito dalle parti, un piano di risanamento, un accordo di ristrutturazione o una proposta di concordato, salvo che il dissesto sia divenuto, nel frattempo, tanto grave da imporre l'accesso alla procedura fallimentare. In assenza di una simile convenzione, invece, ogni banca potrebbe agire, individualmente, per la riscossione del proprio credito aumentando così il rischio di apertura della procedura fallimentare. Va da sé che un simile esito andrebbe a svantaggio non solo dell'impresa, ma anche dei creditori finanziari, i cui crediti subirebbero le falcidie tipiche delle procedure concorsuali.

In ragione della sua finalità, quale quella di evitare che lo stato di crisi sfoci in un più grave dissesto, il contenuto delle convenzioni di moratoria consiste, di regola, in una serie di obbligazioni a contenuto negativo in base alle quali le banche e gli intermediari finanziari si impegnano nei confronti dell'impresa a non compiere alcuna azione volta ad ottenere il pagamento di quanto previsto nei contratti originari¹²⁶, e nei confronti degli altri creditori finanziari, a non compiere alcun atto che possa compromettere il regolare svolgimento della convenzione stessa; normalmente, come risulta dalla prassi, l'impresa si obbliga a non porre in essere atti di straordinaria amministrazione, come ad esempio concedere garanzie a favore di alcune banche o contrarre nuovi finanziamenti, costituire nuove società o acquisire partecipazioni in società terze. Tuttavia queste azioni poste in essere dalle imprese non risultano dalla disciplina, che nulla prevede in capo alle stesse.

¹²⁶ Fabiani M., *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, 1272

A prescindere dall'articolazione più o meno complessa, che ciascun accordo di moratoria potrà assumere in concreto, il filo conduttore sarà comunque sempre lo stesso: far sì che vi sia una dilazione che consenta il risanamento. Proprio per questo, la dottrina maggioritaria ritiene che il contenuto delle convenzioni di moratoria sia riconducibile all'istituto, di origine romanistica, del *pactum de non petendo*. Questa tipologia di accordi è tipicamente finalizzata a privare il creditore del potere di esigere la prestazione dovutagli, nei termini originariamente pattuiti, escludendo la possibilità di intraprendere iniziative giudiziali e concedendo al debitore una dilazione nei termini del debito scaduto o in scadenza. Sin dalle origini dell'istituto, l'inesigibilità della pretesa creditoria può essere declinata in modi diversi, dovendo distinguersi tra: *pactum de non petendo in perpetuum*, che si ha nel momento in cui il creditore si impegna a non esigere più la prestazione; *pactum de non petendo ad tempus*, se l'accordo vincola il creditore a non pretendere l'adempimento prima dello scadere del termine pattuito con il debitore; *pactum de non petendo in personam*, possibile con riferimento alle obbligazioni soggettivamente complesse e volto ad imporre al creditore il divieto di esigere la prestazione, con riferimento ad una persona determinata, rimanendo il credito esigibile nei confronti degli altri condebitori; *pactum de non petendo in rem*, da concludersi sempre nell'ambito delle obbligazioni soggettivamente complesse e diretto ad escludere il potere del creditore di ottenere l'adempimento della prestazione, con riferimento a tutti i contraenti. Poiché l'art. 182 *septies* dispone che la convenzione sia “*diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, attraverso una moratoria temporanea dei crediti*”, è evidente che la tipologia di *pactum*, che desta, ai fini della presente analisi, maggiore interesse, sia quella del *pactum de non petendo ad tempus*.

Appare chiaro come il contenuto della convenzione di moratoria non solo è generalmente riconducibile a quello del *pactum de non petendo*¹²⁷, ma in esso si esaurirebbe, dovendo escludersi la possibilità che alla fattispecie normativa, di cui all'art. 182 *septies*, possano essere associati i c.d. *standstill agreement*. Tale assunto si basa essenzialmente sulla disposizione contenuta nel già enunciato settimo comma della norma in esame, ove si

¹²⁷ Quattrocchio L.M., *L' accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, 17

stabilisce il divieto di imporre ai creditori vincolati, ancorché dissenzienti, delle nuove prestazioni. Se si osserva il tenore letterale della norma infatti: *“In nessun caso [...], ai creditori non aderenti possono essere imposti l’esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l’erogazione di nuovi finanziamenti”*. Se simili adempimenti non possono essere estesi alla minoranza dissenziente, è difficile ipotizzare che il contenuto della convenzione della moratoria vada oltre quanto generalmente riconducibile al *pactum de non petendo*, ovvero sia la mera dilazione del credito; secondo ipotesi opposte¹²⁸, invece, la convenzione di moratoria realizza *“un fenomeno di più ampia circonferenza rispetto al semplice pactum de non petendo, da cui ripete solo la vocazione processuale, sul piano della provvisoria paralisi della tutela giudiziaria per coloro (e solo per coloro) che partecipano alla convenzione”*. In particolare, è stato sostenuto che il contenuto delle convenzioni in esame non necessariamente dovrebbe rimanere circoscritto solamente alla temporanea inesigibilità dei debiti scaduti o prossimi alla scadenza, ma ben potrebbe ricomprendere l’impegno delle banche a far utilizzare le linee di credito disponibili quantomeno per la parte già utilizzata, e, quindi, prevedere la regolazione delle modalità di accesso al finanziamento bancario.

A svolgere un ruolo da spartiacque tra l’uno e l’altro orientamento è il significato che si intende attribuire alla locuzione prevista nel settimo comma, relativa al *“mantenimento della possibilità di utilizzare gli affidamenti esistenti”*. Le criticità maggiori, in tale ambito, si pongono per le linee di credito autoliquidanti. L’orientamento maggioritario, infatti, ritiene opportuno dare una lettura strettamente letterale al disposto normativo ed esclude che alle banche dissenzienti possa essere imposto l’obbligo di rimettere a disposizione del cliente-debitore i versamenti effettuati a loro favore da parte dei terzi per la parte della linea di credito utilizzata. Nessuna violazione della convenzione di moratoria sarebbe loro contestabile in questi casi: la banca, infatti, nulla chiederebbe all’imprenditore in crisi, ma si limiterebbe ad ottenere da un terzo quanto originariamente le era dovuto. Proprio in ragione di ciò, il primo orientamento ritiene che la convenzione

¹²⁸ Fabiani M., *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, 1271

di moratoria si esaurisca in un *pactum de non petendo*. Diversamente, l'orientamento minoritario propone una lettura volta a garantire maggiore effettività alle convenzioni concluse, sostenendo che siano incoercibili solo le prestazioni relative al mantenimento della parte inutilizzata della linea di credito, potendo i creditori dissenzienti essere obbligati a “consentire il normale smobilizzo e il simmetrico riutilizzo”¹²⁹, nei limiti dell'affidamento utilizzato. Di conseguenza, si nega che le convenzioni possano esaurirsi in un mero *pactum de non petendo*, dovendo essere pattuite, altresì, le modalità di riutilizzo.

¹²⁹ Fabiani M., *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, 1271

CAPITOLO III
CENNI DI ANALISI COMPARATISTICA E PROSPETTIVE FUTURE CIRCA
L'ESPANSIONE DEGLI EFFETTI DEGLI ACCORDI DI
RISTRUTTURAZIONE

III.1 La risoluzione negoziale della crisi nel panorama internazionale

Alla luce di quanto fino ad ora esposto nel corso della trattazione, risulta utile delineare e contestualizzare quanto osservato circa l'approccio negoziale alla risoluzione della crisi aziendale. Ciò che da sempre ha costituito un forte elemento di differenziazione tra la gestione privatistica dell'insolvenza e l'affidamento a procedure più o meno disciplinate e mantenute sotto il controllo dell'Autorità giudiziaria, risulta essere proprio l'assenza di specifiche previsioni legislative. Alla rigidità procedurale insita nel fallimento, si contrappongono modalità di risoluzione della crisi fondamentalmente basate su contratti, che presuppongono quindi una negoziazione tra le parti. Se dunque un primo punto di forza della gestione negoziale delle situazioni di crisi delle imprese risulta essere la flessibilità e adattabilità alle contingenze -dovuta alla stessa natura contrattuale-, indubbiamente non da meno risulta essere la notevole riduzione dell'esborso economico delle parti. L'apertura di una procedura fallimentare, o in generale di una procedura concorsuale, infatti, genera dei costi rilevanti dal momento che è richiesta l'attivazione di una serie di organi procedurali e di una attenta produzione documentale che in termini economici si traducono in un esborso considerevole di denaro. La gestione privatistica dell'insolvenza, al contrario, limita tale esborso posto che l'identificazione della modalità più idonea al superamento della crisi emerge unicamente dalla negoziazione tra il debitore e i creditori. Il Tribunale sarà poi chiamato a verificare la regolarità formale, e in parte sostanziale, ai fini della maggior tutela degli interessi creditori, del debitore e degli interessi pubblici. È indubbio infatti che non può esservi soluzione alla crisi che esuli completamente dal controllo da parte dell'Autorità giudiziaria. Di converso, però, appare chiaro che l'utilizzo sempre più frequente di strumenti stragiudiziali per la regolazione

della crisi ha portato, come già evidenziato, a parlare di *degiurisdizionalizzazione* del diritto concorsuale¹³⁰. Tale accezione rimane idonea se si osserva come il legislatore abbia inteso incentivare l'utilizzo di soluzioni negoziate prevedendo una disciplina scarna dal punto di vista procedimentale, e senza vincoli di alcuna sorta all'autonomia delle parti nella formazione dell'accordo -o convenzione, o piano- volto alla ristrutturazione delle aziende in crisi nel rispetto degli interessi creditori e dei terzi.

Il riconoscimento normativo che il legislatore ha conferito negli anni alle soluzioni stragiudiziali delle crisi d'impresa, procede di pari passo con la necessità dello stesso di rimodulare il diritto fallimentare in funzione del salvataggio delle aziende in crisi e la conservazione dei complessi produttivi. Come già evidenziato all'inizio della trattazione, l'impronta che il legislatore italiano ha conferito alle procedure concorsuali è stata -fino alla riforma del 2015- di tipo affittivo. Una azienda che si trova in dissesto finanziario deve essere eliminata dal tessuto economico per evitare che tale dissesto venga esteso alle altre aziende.

In direzione diametralmente opposta viaggiano le misure negoziali di risoluzione della crisi, posto che le stesse si fondano sulla necessità di un risanamento aziendale in ottica di continuità dei processi produttivi in capo all'azienda colpita da crisi. In tale contesto appare chiaro come risulta di fondamentale importanza individuare e circoscrivere anticipatamente la crisi dell'azienda, per consentire una rapida risoluzione ed evitare un aggravamento delle condizioni generali dell'impresa stessa e del tessuto economico. In tale ottica il legislatore italiano ha inteso incentivare l'utilizzo delle soluzioni stragiudiziali nella convinzione che tali strumenti risultino idonei a consentire una rapida emersione della crisi d'impresa e, complice il carattere di flessibilità degli stessi, una rapida individuazione delle possibili soluzioni. Ulteriormente, con le modifiche intervenute ad opera della legge n. 83 del 2015, il legislatore ha inteso incentivare l'utilizzo delle soluzioni stragiudiziali alla crisi, e segnatamente gli accordi di ristrutturazione dei debiti oggetto del presente elaborato, attraverso la previsione

¹³⁰ Ambrosini S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2008, 157

dell'estensione degli effetti verso i creditori estranei allo stesso, nel caso in cui l'indebitamento sia prevalentemente nei confronti dei creditori finanziari. Nel proseguo della trattazione si analizzeranno le prospettive future di estensione degli effetti a tutti i creditori, seppur non qualificati come banche o intermediari finanziari, così come risulta dall'emanando Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge delega n. 155/2017.

Per ciò che rileva, è interessante osservare come in realtà la previsione dell'estensione degli effetti di un accordo di ristrutturazione omologato ai creditori che non sono aderenti allo stesso, non risulta una novità legislativa, o almeno non nel panorama internazionale. Infatti, è già da tempo applicata in altri ordinamenti europei la disciplina di accordi operativi e vincolanti anche in assenza dell'unanime consenso del ceto creditorio¹³¹. Ciò che il legislatore italiano ha operato, attraverso l'introduzione del citato art. 182 *septies* l.f. risulta essere un sostanziale passo in avanti nell'ottica di un allineamento della disciplina concorsuale nazionale a quelle che sono le specificità degli altri ordinamenti europei e transoceanici, in un auspicabile contesto di omogeneità delle disposizioni in tema di gestione della crisi d'impresa. Per raggiungere tale obiettivo non è mancato l'intervento dell'Unione europea, che a più riprese ha incentivato l'utilizzo di strumenti di regolazione che siano uniformi e volti alla ristrutturazione delle aziende, e non alla loro liquidazione. Degna di nota risulta in tal senso la Raccomandazione della Commissione europea del 12 Marzo 2014, sulle cui basi concettuali poggia la "miniriforma delle procedure concorsuali" del 2015, che incentivava l'adozione di un piano di ristrutturazione anche con la partecipazione soltanto di determinati creditori, ovvero di determinati tipi o classi di creditori; e conseguentemente il piano di ristrutturazione adottato all'unanimità dai creditori interessati diviene vincolante per la totalità di tali creditori. Nei paragrafi successivi verranno analizzate le specificità dei vari ordinamenti internazionali in ottica di risoluzione stragiudiziale della crisi d'impresa, ponendo il focus sulle discipline assimilabili agli strumenti evidenziati dall'art. 182 *septies* della legge

¹³¹ Quattrocchio L.M., *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in *Diritto ed economia dell'impresa*, 1/2016

fallimentare italiana. Successivamente si procederà ad una analisi delle prospettive future del nostro ordinamento così come risulta dallo schema di decreto legislativo presentato al Senato il 14 Novembre 2018 in attuazione della Legge delega n. 155 del 2017, recante il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'Insolvenza che con tutta probabilità costituirà un ulteriore passo avanti verso l'armonizzazione dei vari ordinamenti europei.

III.1.1 L'esperienza francese

Come già accennato, l'idea di estendere l'efficacia di un accordo anche in assenza di consenso unanime all'interno del ceto creditorio, non è affatto nuova e tantomeno di origine italiana.

Indubbiamente, nel panorama internazionale, la Francia risulta essere il paese più attento alla regolazione del diritto delle aziende in crisi e all'emersione anticipata della stessa, tanto da divenire fonte per la stesura della Raccomandazione UE del 2014. Come è pacifico ritenere, il diritto fallimentare francese ha subito una forte rimodulazione nel corso degli anni, cercando di adattarsi alle contingenze sociali ed economiche del paese. Tale sviluppo ha portato il legislatore francese ad abbandonare una concezione radicata sulla salvaguardia dell'impresa ad ogni costo, anche a discapito degli interessi del ceto creditorio -e con una forte presenza dell'Autorità giudiziaria in corso di procedura- ad una impostazione più incentrata sulla valorizzazione di accordi posti in essere tra debitore e creditore, in grado di risolvere sul nascere le situazioni di insolvenza. Su tali premesse il legislatore francese ha recepito nel 2010 l'istituto della *sauvegarde accélérée*, e nel 2014 ha inserito nell'ordinamento lo strumento della *sauvegarde financière accélérée*. Entrambi gli strumenti afferiscono alla procedura di *Sauvegarde de droit commun*, inserita nel *Code de Commerce* francese con la legge L-845 del 26 Luglio 2005. Al pari degli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari, i quali costituiscono un *subgenus* degli accordi *ex art. 182 bis* della Legge Fallimentare, anche la *sauvegarde financière accélérée* costituisce una variante della *sauvegarde accélérée*. Risulta necessario fare delle dovute premesse al fine del confronto dello strumento francese con gli accordi *ex art. 182 septies*. A differenza del nostro ordinamento, le procedure comprese nella *sauvegarde de droit commun*¹³² operano in una fase necessariamente antecedente all'insolvenza¹³³ vera e propria. Ciò vuol dire che il debitore che ha intenzione di accedere a tali procedure non deve necessariamente trovarsi in una

¹³² Oltre alla *sauvegarde financière accélérée* si annoverano il *redressement judiciaire* e la *liquidation judiciaire*

¹³³ Che il legislatore francese definisce come "l'impossibilità del debitore di far fronte al passivo esigibile con l'attivo disponibile"

situazione di insolvenza formale, ma basterà che si profili la possibilità futura che senza una adeguata ristrutturazione aziendale lo stesso non sarà più in grado di adempiere alle proprie obbligazioni. Tale condizione deve essere necessariamente provata dal debitore che intende accedere alla *sauvegarde*, e in quanto tale verrà sottoposta al vaglio del Tribunale. Una volta che l'Autorità giudiziaria ha verificato i presupposti di ammissione alla procedura, viene disposto dalla stessa un periodo di osservazione dell'impresa nel suo complesso. Tale osservazione, ad opera di esperti nominati dal Tribunale, ha una durata temporale di sei mesi e innesca meccanismi di protezione simili a quelli posti in essere nella procedura di accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis*. Dunque, in tale periodo vengono sospese le azioni esecutive e cautelari avviate su iniziativa dei creditori, e soprattutto vengono concordate delle modalità di risoluzione della crisi con la finalità di garantire la prosecuzione dell'attività d'impresa. A differenza di quanto fin qui esposto circa la procedura relativa alla *sauvegarde de droit commun*, quella relativa alla *sauvegarde accélérée* si differenzia innanzitutto per la durata temporale del periodo di osservazione, che è ridotto a sei mesi. In secondo luogo, mentre nella *sauvegarde* ordinaria il piano di risanamento viene elaborato e approvato nel periodo di osservazione da parte del Tribunale, nella procedura accelerata il piano che deve essere approvato risulta essere quello già redatto in sede di *conciliation*. In tal senso appaiono necessarie delle precisazioni. La procedura di *sauvegarde accélérée* si innesta necessariamente su quella della *conciliation* prevista dalla normativa francese. Con quest'ultimo strumento, l'imprenditore che volge in situazione di insolvenza temporanea può richiedere l'intervento di un soggetto indicato dal Tribunale, il *conciliateur*, il quale assiste il debitore nella predisposizione di un piano di salvataggio aziendale. Tale piano viene poi sottoposto all'attenzione dei creditori, al fine dell'ottenimento delle dovute maggioranze. Qualora il piano ottenga la maggioranza dei due terzi, ma non l'unanimità dei consensi, il debitore può richiedere l'accesso alla procedura di *sauvegarde accélérée* la quale permette, al pari di quanto previsto per gli accordi di cui all'art. 182 *septies* della Legge Fallimentare, di forzare l'adesione della minoranza dissenziente ai fini della realizzazione del piano già approvato a maggioranza in sede di *conciliation*. A fronte di quanto fin qui

esposto, risulta chiara la *ratio* di una minore durata del periodo di osservazione di tre mesi, a fronte dei sei mesi previsti nella *sauvegarde* ordinaria, posto che non vi è necessità di redazione di un piano di risanamento, che risulta essere il medesimo già approvato in sede di *conciliation*. Il Tribunale è dunque chiamato a valutare la domanda di ammissione del debitore alla procedura di *sauvegarde accélérée*, osservando la relazione del *conciliateur* e verificando il raggiungimento delle maggioranze previste. Nel periodo di tre mesi è dunque chiamato ad esprimere il proprio parere circa *le plan de sauvegarde*, al fine di una maggior tutela dei creditori dissenzienti in sede di *conciliation*. I presupposti di accesso a tale procedura sono in parte simili a quanto previsto nel nostro ordinamento. Innanzitutto occorre che il debitore sia qualificato come grande impresa¹³⁴, e che versi in stato di insolvenza. Tale condizione non deve essere però superiore ai quarantacinque giorni. Infine è necessario che il debitore abbia provveduto alla formazione di classi di creditori, per poter consentire un'agevole valutazione da parte dell'Autorità giudiziaria. Al pari di quanto previsto nella disciplina italiana circa gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari *ex art. 182 septies*, l'ordinamento francese ha predisposto, come già accennato, una variante alla *sauvegarde accélérée*, riservata unicamente alle casistiche in cui i creditori sono rappresentati da banche o intermediari finanziari. La procedura definita *sauvegarde financière accélérée*, ha una durata temporale minore rispetto alla *sauvegarde accélérée*, ossia di un mese. Differiscono inoltre anche i presupposti soggettivi di ammissione alla stessa, poiché il debitore deve risultare una grande impresa e dunque rispettare il vincolo numerico di dipendenti non inferiore ai centocinquanta e un fatturato annuo di almeno venti milioni di euro. Una volta presentata la domanda di ammissione, il Tribunale procede in tempi rapidi all'analisi del *plan de sauvegarde*, e conseguentemente procede all'estensione forzata degli effetti dello stesso nei confronti di quei creditori finanziari che in sede di *conciliation* hanno espresso parere contrario al piano. Di conseguenza, la maggioranza dei due terzi prevista per

¹³⁴ Nel diritto francese la qualifica di "grande impresa" è riservata a quelle aziende che impiegano più di venti dipendenti, che redigono il bilancio in forma consolidata, e che abbiano un volume di fatturato almeno pari a tre milioni di euro netti annui.

l'approvazione del piano, deve necessariamente essere riferita ai creditori finanziari coinvolti nel piano stesso.

Dall'osservazione di tale disciplina, appaiono evidenti le similitudini con quanto previsto per gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari previsti nella Legge Fallimentare italiana. L'estensione degli effetti ai creditori dissenzienti all'accordo risulta necessario ai fini del risanamento aziendale. Anche nel caso francese il legislatore ha previsto l'estensione solo nel caso in cui vi sia una suddivisione in classi, in cui venga raggiunta una maggioranza dei due terzi.

Delle differenze sono tuttavia riscontrabili in più punti. Innanzitutto è bene ricordare che l'estensione coattiva dell'efficacia di un accordo di ristrutturazione *ex art. 182 septies* è riservata solo ed unicamente all'eventualità in cui la maggioranza dei creditori è di tipo finanziario. Solo in questo caso è possibile derogare al *principio di relatività* dell'efficacia dei contratti ed estendere gli effetti ai creditori finanziari dissenzienti. L'ordinamento francese prevede invece l'estensione degli effetti non solo nel caso in cui vi sia una presenza maggiore di creditori finanziari, ma anche nel caso in cui vi siano creditori di altro tipo. Ovvero, è possibile estendere un accordo alla minoranza dei creditori ogni qualvolta venga approvata dai due terzi dei creditori un *plan de sauvegarde* all'interno di una procedura di *conciliation*. Questo non risulta possibile secondo la normativa italiana, posto che gli accordi *ex art. 182 bis l.f.* non possono in alcun modo essere estesi nei confronti di creditori non aderenti allo stesso. Nel seguito della trattazione si andranno ad osservare più attentamente i progetti di riforma del legislatore italiano in tal senso.

Continuando con l'analisi delle differenze tra lo strumento italiano e quello francese, si può osservare come la disciplina *ex art. 182 septies* differisca quanto ai presupposti soggettivi, posto che il debitore in stato di insolvenza non deve necessariamente rispettare i limiti dimensionali previsti nella disciplina della *sauvegarde financière accélérée*. Inoltre, osservando lo strumento della *sauvegarde* è possibile ravvisare una forte presenza del Tribunale, nella misura in cui oltre alla fase decisoria dello stesso, il debitore è tenuto

ad adempiere a svariati obblighi pubblicitari che rendono lo strumento stesso meno contrattuale e molto più simile ad una procedura strutturata.

III.1.2. Lo “Scheme of Arrangement”

Lo *Scheme of Arrangement* viene considerato come principale fonte di ispirazione per le novità in materia di estensione degli effetti degli accordi e delle convenzioni poste in essere con l'introduzione dell'art. 182 *septies* all'interno della Legge Fallimentare¹³⁵.

Lo stesso risulta essere un istituto di diritto inglese, in vigore in tutti i paesi afferenti al *common law*, disciplinato nel *Companies Act* in vigore dal 2009 in Inghilterra e Galles. Tale istituto peraltro non è qualificabile come una vera e propria procedura d'insolvenza, posto che non è previsto il presupposto dello stato di insolvenza per l'ammissione alla stessa. Lo *Scheme of Arrangement* risulta dunque essere nulla di più che un accordo che interviene tra una società e i suoi creditori. In tal senso, è opportuno precisare che, non essendo previsto il presupposto di insolvenza, per società si intendano quelle *company* che possono essere liquidate a norma dell'*Insolvency Act* del 1986. Non è dunque necessario che la stessa sia in fase di liquidazione, o che sia già sciolta, ma semplicemente che nell'eventualità che si renda necessario, la società possa essere sottoposta a liquidazione. Inoltre, occorre ricordare che nel diritto inglese, l'accezione di *creditore* assume una connotazione molto più ampia. Ragione per cui, in tale categoria rientrano non soltanto coloro che vantano una pretesa economica esigibile nel presente, ma anche i creditori futuri e condizionati.

Per quanto concerne invece il contenuto, esso non è previsto dalla normativa inglese. Tale strumento è stato sempre più frequentemente utilizzato in sede di accordi transfrontalieri, dunque adattandosi di volta in volta alle contingenze legate a procedimenti di fusione, scissione o riorganizzazione interna delle società. L'unico vincolo posto in essere dalla normativa inglese è che tali accordi prevedano necessariamente un mutuo scambio tra le parti. Non sono dunque assimilabili a tale categoria tutti quei piani che prevedono una semplice rinuncia ad una pretesa. Indubbiamente però, ciò che caratterizza tale istituto, e che lo rende del tutto simile a quanto disciplinato *ex art. 182 septies*, risulta essere la possibilità di estensione degli effetti alla minoranza dissenziente dei creditori, qualora

¹³⁵ Quattrocchio L.M., *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, 2016, 2

venga rispettato un doppio sistema di maggioranza. Nello specifico, in primo luogo lo *scheme* deve essere approvato dalla maggioranza semplice dei creditori. Successivamente il parere favorevole deve derivare dal 75% del totale dei crediti interessati dalla procedura. Dunque, la percentuale deve essere necessariamente riferita a quei creditori che in qualche modo rientrano nella sfera di applicabilità dello *scheme* stesso, ragion per cui non risulta necessario richiedere il parere di coloro i quali non vengono toccati in alcun modo dall'accordo. Tale previsione risulta uno dei vantaggi più evidenti dello *Scheme of Arrangement*, posto che è possibile per la società rimodulare l'accordo in base alla scelta su quali creditori inserire nello stesso, ai fini del raggiungimento delle percentuali necessarie. Dall'altro lato, e in maniera del tutto simile a quanto previsto per gli accordi *ex art. 182 septies* della Legge Fallimentare, è necessaria una suddivisione in classi dei creditori, e in ogni caso l'estensione che deriva successivamente è limitata alla sola classe di riferimento. Ciò vuol dire che per ottenere l'estensione degli effetti, è necessario che non vi siano pareri sfavorevoli in misura maggiore al 25% in ogni classe di creditori.

In ogni caso il procedimento per giungere all'estensione di uno *Scheme of Arrangement* si articola in più fasi, di fatto differenziandosi da quanto previsto per gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari previsti nella Legge Fallimentare. In primo luogo è previsto che la società-debitrice presenti al Tribunale un'istanza per la convocazione di un'assemblea dei creditori interessati, affinché gli stessi possano valutarlo e successivamente votarlo. Tale fase risulta fortemente distante dalla normativa prevista per gli accordi *ex art. 182 septies*, visto che nel nostro ordinamento non è prevista nessuna assemblea.

Successivamente alla votazione favorevole, qualora questa risulti in tutte le classi, lo *scheme* viene sottoposto al vaglio del Tribunale per l'autorizzazione da parte del giudice. Per quanto riguarda la disciplina dettata dall'art. 182 *septies* della Legge Fallimentare, il controllo da parte del Tribunale risulta essere meramente formale, e dunque di verifica dei presupposti e della corretta formazione delle categorie. Nel caso dello *Scheme of Arrangement* invece, il controllo del Tribunale risulta essere anche di tipo sostanziale,

nella misura in cui il giudice può non autorizzare l'esecuzione dello *scheme* anche se sono state raggiunte le dovute maggioranze. Questo in virtù del fatto che l'ordinamento inglese cerca di riconoscere alla minoranza dissenziente un maggior grado di tutela.

Qualora invece intervenga l'autorizzazione da parte del Tribunale, l'omologazione dello *scheme* viene depositato e gli effetti divengono vincolanti per i creditori dissenzienti e consenzienti.

Se da un lato è possibile rinvenire il forte vantaggio dello *Scheme of Arrangement* nella facoltà di estensione degli effetti, e dunque nella possibilità che possa avvenire una ristrutturazione anche in presenza di creditori dissenzienti, dall'altro è possibile comunque osservare delle criticità. In particolare, è utile ricordare che tale strumento non permette una moratoria delle pretese creditorie, tantomeno nel corso della procedura per l'estensione degli effetti. Di conseguenza, in tale lasso di tempo, ogni creditore può esperire azioni esecutive individuali contro il creditore, a volte pregiudicando l'intero esito della ristrutturazione.

Infine, è agevole ricordare che nel caso dello *Scheme of Arrangement* non viene fatta alcuna distinzione tra i creditori finanziari e non, ragione per cui si può ritenere che nel diritto inglese, conseguentemente al rispetto delle condizioni stabilite *ex lege*, l'estensione degli effetti può avvenire in ogni caso.

III.1.3 La Reorganisation del Nord America

Come appena sopra osservato, lo *Scheme of Arrangement* di diritto inglese non permette nessun meccanismo di moratoria dei crediti, o sospensione delle azioni esecutive da parte dei singoli creditori. L'esatto opposto risulta invece alla base della procedura di *Reorganisation* prevista nel diritto statunitense e canadese, dove attraverso il meccanismo dell'*automatic stay* in sede di avvio di procedura, l'Autorità giudiziaria sospende tutte le azioni esecutive avviate dai creditori fino all'omologazione del piano.

La *Reorganisation* americana risulta essere la base su cui si sono sviluppati tutti i modelli legislativi di riforma delle procedure concorsuali nei vari ordinamenti europei. Questo perché il modello statunitense risulta essere un'efficace via ibrida tra le soluzioni privatistiche e quelle processuali, nella misura in cui consente una ristrutturazione dei debiti preventivamente negoziata con i creditori.

Tale strumento, che si contrappone alla *Liquidation* prevista nel *Chapter 7*, è disciplinato nel *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* del 1978. Analogamente a quanto previsto dagli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis* della Legge Fallimentare, la *Reorganisation* ha lo scopo di evitare la dissoluzione dell'impresa e la riorganizzazione della struttura economica e finanziaria attraverso la continuità aziendale.

Il *Chapter 11*, peraltro, prevede l'accesso alla procedura anche alle aziende che non versano in stato di insolvenza, con lo scopo di riorganizzare l'assetto aziendale per prevenire situazioni future di insolvenza. Questo meccanismo risulta essere un altro punto difforme rispetto alla disciplina del nostro ordinamento, posto che l'accesso agli accordi di ristrutturazione dei debiti presuppone lo stato di crisi del debitore. Proceduralmente il debitore, e gli stessi creditori, presentano istanza di ammissione alla *Reorganisation* al Tribunale, il quale una volta esaminata la documentazione emette un provvedimento di avvio della procedura. Tale provvedimento, come già esplicitato, innesca il meccanismo dell'*automatic stay*, sul quale il nostro legislatore ha fondato, tra le altre cose, l'introduzione delle convenzioni di moratoria e degli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 septies*, che produce la sospensione di tutte le azioni esecutive avviate dai creditori

in attesa dell'eventuale omologazione dell'accordo. In questa fase il debitore potrà essere autorizzato dal Tribunale ad accedere a nuova finanza, ma soprattutto dovrà, entro una tempistica relativamente breve, redigere un piano e sottoporlo all'approvazione del ceto creditorio. Quest'ultimo deve essere necessariamente suddiviso in classi, al fine di nominare un comitato di creditori in ciascuna di esse, con funzioni di controllo sull'operato del debitore, il quale mantiene la gestione dell'azienda. In tal senso è evidente come tale procedura si ponga nel mezzo tra la disciplina degli accordi di ristrutturazione, con la quale condivide la conservazione della gestione da parte del debitore e un'impostazione inizialmente negoziale, e quella dettata all'art. 160 l.f. del concordato preventivo, attraverso una forte presenza dell'autorità giudiziaria e la previsione dell'identificazione di un comitato di creditori per ogni classe. Per quanto concerne il piano che deve essere sottoposto all'approvazione dei creditori, esso deve contenere tutte le informazioni necessarie per comprendere le azioni predisposte dal debitore per superare la crisi. L'oggetto può essere di svariato tipo, e dunque prevedere dilazioni di pagamento, transazioni o reperimento di nuova finanza. Oltre al piano, il debitore è tenuto a presentare un *disclosure statement*, ovvero una relazione in cui precisa termini e modalità di applicazione del piano stesso. Tale documentazione è dunque sottoposta al controllo da parte del Tribunale, il quale verificata la regolarità, richiede ai creditori di esprimere il proprio parere in merito al piano proposto dal debitore. La votazione avviene per classi, e il piano si ritiene approvato qualora in ogni classe si verifichi una doppia maggioranza: i due terzi del valore nominale dei crediti e la maggioranza *pro capite* dei creditori. Una volta che il piano è stato approvato dai creditori secondo il sistema di maggioranze appena esposto, interviene il processo di *confirmation* del Tribunale, ovvero l'omologazione. Il controllo dell'autorità giudiziaria risulta essere non soltanto di tipo formale, ma soprattutto di tipo sostanziale, posto che viene analizzata la fattibilità dello stesso, la buona fede del debitore e che il piano sia "*in the best interest of creditors*", ovvero che il trattamento riservato ai creditori non sia inferiore a quello che gli stessi riceverebbero in caso di *Liquidation*, il c.d. *cram down*.

L'omologazione del piano prevede tre tipologie di effetti. Da un lato si assiste al termine del meccanismo dell'*automatic stay*, in quanto i beni cessano di essere nelle disponibilità del debitore, per rimanere sotto il controllo del Tribunale. Tale punto porta a ritenere la procedura di *Reorganisation* difforme dagli accordi *ex art. 182 bis*, nella misura in cui in alcun modo negli stessi è prevista una così forte presenza dell'autorità giudiziaria. Un secondo effetto che scaturisce dall'omologazione del piano, è l'esdebitazione per il debitore, che a questo punto ha la facoltà di riorganizzare l'azienda con una situazione finanziaria completamente risanata. Anche tale punto risulta in completa antitesi con quanto previsto dagli accordi di ristrutturazione dei debiti disciplinati nella Legge Fallimentare. Il debitore che decide di sottoporre all'approvazione dei creditori un accordo di ristrutturazione non può in alcun modo vedersi annullare i propri debiti *ex lege*. Infine, e non per minore importanza, l'omologazione rende vincolante per tutti i creditori il piano di riorganizzazione, sia consenzienti che dissenzienti. Per ciò che rileva in questa trattazione, tale effetto risulta essere uno dei più importanti, poiché su tali basi si sono ispirati gli ordinamenti europei e di converso il legislatore italiano in sede di introduzione degli strumenti di cui all'art. 182 *septies* della Legge Fallimentare. Come per lo *Scheme of Arrangement*, anche nel caso della *Reorganisation* l'estensione degli effetti dell'accordo è applicata a tutte le tipologie di creditori, e non soltanto ai creditori finanziari, come nel caso della disciplina *ex art. 182 septies*.

In ogni caso, la disciplina dettata dal *Chapter 11*, dopo questa analisi, risulta effettivamente una procedura di tipo ibrido. Ad una prima osservazione, risulterebbe in realtà uno strumento molto più affine al concordato preventivo disciplinato dal nostro ordinamento, piuttosto che agli accordi di ristrutturazione dei debiti. Basti pensare in tal senso alla preventiva fase di ammissione alla procedura da parte del Tribunale, o alla vigilanza dello stesso durante la fase di votazione e di omologazione, o ancora l'esdebitazione che si produce. Tuttavia, in tale contesto, il legislatore statunitense ha comunque previsto una modalità per cui il debitore, prima della presentazione dell'istanza iniziale al Tribunale, deve necessariamente predisporre il piano di riorganizzazione e

negoziarlo con i propri creditori. Questo carattere fortemente negoziale della *Reorganisation* porta a ritenere la stessa una procedura necessariamente ibrida.

Ciò che comunque rileva ai fini di questa trattazione, risulta essere l'estensione degli effetti del piano omologato dal Tribunale nei confronti di tutti i creditori, seppur dissenzienti. Come già espresso, tale punto risulta essere precursore dell'introduzione di vari modelli legislativi all'interno degli ordinamenti europei. Il legislatore italiano ha recepito tale meccanismo applicativo con la citata introduzione dell'art. 182 *septies*, ossia degli accordi di ristrutturazione dei debiti con banche ed intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria. Tuttavia, appare chiaro come il nostro legislatore abbia voluto recepire tali tendenze normative in maniera non del tutto completa, laddove la previsione di estensione degli effetti non risulta nei confronti della totalità dei creditori, ma soltanto di quelli c.d. finanziari. La tendenza del nostro legislatore, tuttavia, porta a ritenere che le modifiche successive alla *miniriforma* del 2015 potranno uniformare il diritto fallimentare, per la parte spettante alle procedure stragiudiziali di risoluzione della crisi, ai modelli europei, e ancor più a quello statunitense.

III.2 Dalla Raccomandazione n.135/2014 ai lavori della Commissione Rordorf: un punto di svolta.

La Commissione europea ha approvato, il 12 marzo 2014, una Raccomandazione con un chiaro obiettivo: assicurare l'introduzione da parte degli Stati membri di una disciplina quanto più uniforme in materia di insolvenza. Appariva chiaro che per fare ciò era necessaria una maggiore coerenza tra i vari quadri nazionali, al fine di appianare le divergenze che ostacolavano la ristrutturazione precoce di imprese sane ma in difficoltà finanziaria. La duplice finalità della Raccomandazione n. 135/2014 risultava dunque quella di istituire un quadro giuridico quanto più uniforme per gli Stati membri al fine di consentire una ristrutturazione preventiva e efficace delle imprese, e contemporaneamente di dare alle stesse una seconda opportunità. Per fare ciò era necessario che gli Stati membri predisponessero delle normative atte a prevenire in maniera tempestiva l'insolvenza, con strumenti quanto più conformi a quelli utilizzati dagli altri Stati¹³⁶.

Più specificatamente, nella logica di previsione di uniformità delle discipline nazionali in tema di prevenzione della crisi, la Raccomandazione enunciava nel *“quadro di ristrutturazione preventiva”* la previsione di concedere al debitore l'accesso ad un insieme di norme che gli consentisse di ristrutturare la propria impresa al fine di evitare l'insolvenza. È importante precisare che per ristrutturazione la Commissione europea ha inteso un processo da avviare necessariamente in fase precoce, ovvero nell'esatto momento in cui si individuano gli indizi di una probabile futura insolvenza, anche se *“per evitare potenziali rischi di abuso della procedura sarà necessario che le difficoltà finanziarie del debitore comportino con tutta probabilità l'insolvenza del debitore e che il piano di ristrutturazione sia tale da impedire l'insolvenza e garantire la redditività dell'impresa”*¹³⁷. In sostanza il legislatore europeo ha chiarito che la ristrutturazione non

¹³⁶ Raccomandazione n. 135/2014, Commissione Europea, *Un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza*, 2014, in www.ilcaso.it

¹³⁷ Considerando n. 8 alla Raccomandazione n. 135/2014, Commissione Europea

deve costituire un alibi per abusare delle regole di favore attribuibili all'ammissione alle procedure, ma deve essere inteso come uno strumento preventivo¹³⁸.

Per quanto concerne invece l'obiettivo della Raccomandazione di concedere una seconda opportunità agli imprenditori, la stessa stabiliva la necessità di porre un limite agli effetti negativi derivanti dalla dichiarazione di fallimento a carico del debitore, ai fini di concedere all'imprenditore una seconda possibilità potendo beneficiare della liberazione integrale dei debiti oggetto della procedura dopo un periodo di tempo massimo di tre anni¹³⁹. Anche in tale caso la Raccomandazione procedeva a chiarire che per evitare abusi nell'utilizzo di tale beneficio gli Stati membri erano chiamati ad adottare disposizioni per evitare che gli imprenditori aggirassero la norma in mala fede.

La Commissione europea, in sede di approvazione della Raccomandazione n. 135/2014, aveva altresì previsto che a distanza di diciotto mesi sarebbe tornata nuovamente sulla stessa, per valutarne l'efficacia applicativa ed eventualmente proporre modifiche per il raggiungimento degli obiettivi esposti. In tal senso, nel maggio 2015, il Parlamento ed il Consiglio europeo emanarono il Regolamento n. 848/2015 relativo alle procedure di insolvenza. Tale Regolamento può essere dunque considerato come una evoluzione della Raccomandazione 135/2014, nonché abrogativo e sostitutivo del precedente Regolamento n. 1346/2000, secondo la tecnica legislativa comunitaria della rifusione.

Con tale Regolamento l'Unione Europea intendeva ribadire quanto espresso in sede di emanazione della Raccomandazione n. 135/2014 e ulteriormente cercare di allineare le varie discipline fallimentari europee all'approccio contenuto nel *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* degli Stati Uniti¹⁴⁰. Nello specifico, il processo di riforma europeo del diritto della crisi d'impresa prendeva due differenti direzioni: da un lato l'ulteriore ricerca di armonizzazione tra gli Stati membri, con una specifica richiesta di inserimento nei vari ordinamenti di procedure volte quanto più al risanamento delle imprese piuttosto che alla liquidazione; dall'altro lato la predisposizione di norme volte a soddisfare il principio del

¹³⁸ Panzani L., *L'insolvenza in Europa: uno sguardo d'insieme*, in *Fall.*, 2015, 1022

¹³⁹ Panzani L., *L'insolvenza in Europa: uno sguardo d'insieme*, in *Fall.*, 2015, 1023

¹⁴⁰ De Cesari P., *Il regolamento 848/2015 e il nuovo approccio europeo alla crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2015, 1028

“*mutuo riconoscimento*”, ovvero una serie di disposizioni atte a consentire che le decisioni giudiziarie di altri paesi sortiscano i propri effetti anche nel proprio ordinamento. In questa nuova prospettiva, le finalità del Regolamento n. 848/2015, in piena coerenza con quanto affermato dalla Raccomandazione n. 135/2014, divenivano in maniera prioritaria la prosecuzione dell’attività d’impresa anche grazie all’introduzione di procedure volte a tutelare e salvaguardare le imprese in stato precoce di insolvenza. Dal punto di vista concettuale, sia la Raccomandazione del 2014 che il successivo Regolamento n.848, nonché le normative adottate dai vari Paesi membri in attuazione, risultano essere un chiaro punto di svolta nella concezione del diritto fallimentare, che dunque passa dalla liquidazione del patrimonio del debitore come fine principale delle procedure concorsuali, alla strada del risanamento aziendale in ottica preventiva e di mantenimento dei complessi produttivi.

Quanto fino ad ora esposto risulta necessario per comprendere come e verso quale direzione si è mosso, e si sta muovendo, il legislatore italiano nella ridefinizione dei principi cardine del diritto fallimentare nazionale, e come lo stesso abbia inteso recepire le disposizioni dettate dall’Unione Europea.

Dopo più di settanta anni dall’entrata in vigore del Regio Decreto n. 267 del 16 marzo 1942, nel nostro ordinamento ha preso il via un consistente progetto di riforma della normativa fallimentare, con l’obiettivo di introduzione di una disciplina organica ed unitaria per la regolazione del fenomeno dell’insolvenza. Sotto la forte spinta dettata dall’introduzione della citata Raccomandazione n. 135/2014, il 28 gennaio 2015 è iniziato l’iter di riforma con l’istituzione, ad opera del Ministero della Giustizia, della Commissione per l’elaborazione di proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali, c.d. Commissione Rordorf. L’incarico era fondamentalmente quello di razionalizzare, semplificare e uniformare i procedimenti previsti nella legge fallimentare; individuare misure idonee ad incentivare l’emersione precoce della crisi e infine di riordinare la disciplina del sovraindebitamento. Appariva chiaro come tale compito affidato alla Commissione, seppur complesso, non poteva essere ulteriormente rinviato. È da rilevare infatti, che già nel 2001 il legislatore

aveva istituito una Commissione, c.d. Commissione Trevisanato, con il compito di provvedere all'elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo all'emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi. Il punto focale del lavoro di tale commissione, era quello di disciplinare delle nuove procedure di allerta della crisi d'impresa e della composizione assistita della stessa. Appariva però evidente che tale compito risultava complesso, nella misura in cui era necessario trovare un corretto bilanciamento tra gli interessi contrapposti del mondo imprenditoriale e giurisprudenziale. Infatti, con il parere sfavorevole di molti che hanno ritenuto tali interventi un'indebita ingerenza nella libertà di iniziativa economica, il lavoro della Commissione Trevisanato venne archiviato, e con esso la possibilità di introdurre nel nostro ordinamento strumenti di intervento nella fase embrionale della crisi.

Inoltre, le modifiche che nel corso degli anni erano intervenute sul Regio Decreto 267/1942, seppur mosse dalla necessità di adattamento della disciplina alle mutevoli esigenze della realtà economica, da un lato avevano *“accentuato lo scarto tra le disposizioni riformate e quelle rimaste invariate, che ancora risentono di un'impostazione nata in un contesto temporale e politico ben lontano dall'attuale”*¹⁴¹ e dall'altro avevano generato non poche incertezze interpretative e difficoltà applicative, anche e soprattutto perché realizzati sotto la spinta della decretazione d'urgenza, risentendo inevitabilmente di *“un certo grado di approssimazione nella formulazione tecnica [...] e inoltre il continuo mutamento del dato normativo ha reso problematico il formarsi di indirizzi giurisprudenziali consolidati e stabili, accentuando l'incertezza del diritto, favorendo il moltiplicarsi delle controversie ed, in definitiva, rallentando il corso delle procedure concorsuali”*¹⁴².

Da qui dunque la nomina della Commissione Rordorf, che doveva assolvere al preciso compito di individuare strumenti diretti a favorire l'emersione anticipata della crisi delle

¹⁴¹ *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, Commissione per elaborare proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali, 2015, 3

¹⁴² *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, Commissione per elaborare proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali, 2015, 3

imprese, una maggiore incentivazione dell'utilizzo del concordato preventivo in ottica di continuità e conservazione dell'impresa, cercando di ridurre i notevoli costi delle varie procedure¹⁴³. Il tentativo da parte del legislatore era quello di attuare, dopo anni rispetto alla normativa precedente, un approccio organico di riforma attraverso un nuovo Testo unico dell'insolvenza. Alla base di tale necessità vi è una chiara premessa di fondo: una azienda con problemi rischia di trascinare nel dissesto anche altre entità collegate continuando a contrarre obbligazioni che non potrà soddisfare. Affrontare tempestivamente i casi di crisi aziendale consente di limitare le perdite del tessuto economico, a livello imprenditoriale e finanziario, nonché dal punto di vista occupazionale. È peraltro utile rilevare che immediatamente dopo l'istituzione della commissione, e senza attendere la conclusione dei lavori da parte della stessa, è stato introdotto il d.l. n.83/2015 che ulteriormente incideva sul diritto concorsuale. Parimenti a livello europeo veniva introdotto nel maggio 2015 il citato Regolamento n. 848 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere.

Dopo un prolungato *iter* parlamentare, a distanza di tre anni dall'emanazione del decreto di nomina della Commissione Rordorf, il Senato nella seduta dell'11 ottobre 2017 ha approvato la legge delega n. 155 per la riforma della disciplina delle procedure concorsuali. L'art. 1 della legge 155/2017 prevedeva un termine di dodici mesi entro il quale il Governo era delegato ad adottare dei decreti d'attuazione delle disposizioni contenute negli articoli successivi. Nel seguito della trattazione verranno esaminati i tratti salienti che derivano dallo schema di decreto delegato trasmesso dal Governo al Parlamento in data 14 novembre 2018 in attuazione della legge n. 155/2017, recante il nuovo *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*.

¹⁴³ Decreto del Ministero della Giustizia, 28 Gennaio 2015, in *fallimentiesocietà.it*

III.3 Dalla legge n. 155/2017 allo schema decreto legislativo del 14 Novembre 2018: il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Come sopra chiarito, sotto la spinta europea, e di una necessaria rivisitazione di una legge ormai divenuta assai anacronistica, nel gennaio del 2015 il legislatore italiano istituiva la Commissione Rordorf per la riforma organica delle procedure concorsuali. Dopo un farraginoso percorso parlamentare, a distanza di tre anni dalla nomina, nell' ottobre 2017 veniva approvata la legge n. 155/2017 recante le nuove disposizioni in materia di diritto fallimentare. Con tale legge veniva conferito al Governo un termine di dodici mesi per poter predisporre dei decreti legislativi in attuazione delle stessa.

Nel rispetto dei termini indicati, l'8 novembre 2018 è stato approvato dal Consiglio dei Ministri e successivamente trasmesso in data 14 novembre 2018 al Parlamento per l'esame delle commissioni e l'approvazione finale, lo schema di decreto delegato sulla riforma del diritto fallimentare in attuazione della legge delega n. 155/2017, recante il nuovo *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*. L'iter legislativo è in dirittura di arrivo, laddove il testo è ora all'esame del Parlamento per il parere delle Commissioni. Peraltro, a indicare la larga condivisione che riscuote tale nuovo Codice, risulta necessario segnalare quanto trasmesso in data 12 dicembre 2018 dal Consiglio di Stato al Ministero della Giustizia: “[...] un formale apprezzamento per il lavoro svolto, che ha richiesto, per la mole della normativa da coordinare e razionalizzare e la delicatezza della materia, uno sforzo intellettuale ed esegetico non indifferente”¹⁴⁴.

Prima di soffermarsi in maniera più puntuale su quanto è oggetto del presente elaborato, ovvero sugli accordi di ristrutturazione, e come varia la disciplina alla luce della recente riforma, è necessario ora compiere una panoramica generale delle modifiche apportate all'intero *corpus* normativo della disciplina concorsuale, per comprendere la direzione intrapresa dal nostro legislatore. Risulta necessario rilevare che pur essendo in fase finale di approvazione, tale Codice potrebbe essere suscettibile di lievi modifiche in accoglimento di eventuali pareri espressi dalle Commissioni parlamentari. Ad ogni modo

¹⁴⁴ Parere del Consiglio di Stato n. 2854/2018 del 12 Dicembre 2018

questo non dovrebbe in alcun modo cambiare quella che è l'impostazione generale della riforma.

Sulla scia di quanto sostenuto dalla commissione Rordorf, lo schema di decreto legislativo presentato al Parlamento poggia su una convinzione di fondo: " *Le modifiche normative che si sono succedute negli ultimi tempi e soprattutto quella attuata con il decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 hanno ampiamente modificato la normativa di base costituita dal regio decreto 19 marzo 1942, n. 267, ma nel contempo hanno accentuato il divario tra le disposizioni riformate e quelle rimaste invariate, che risentono ancora di un'impostazione nata in un contesto temporale e politico ben lontano dall'attuale. Inoltre, la frequenza degli interventi normativi, di natura episodica ed emergenziale, intervenendo su disposizioni della legge fallimentare modificate da poco, ha generato rilevanti difficoltà applicative e la formazione di indirizzi giurisprudenziali non consolidati, con un incremento delle controversie pendenti e il rallentamento notevole dei tempi di definizione delle procedure concorsuali. Di qui l'esigenza, largamente avvertita da tutti gli studiosi e dagli operatori del settore, di una riforma organica della materia che riconduca a linearità l'intero sistema normativo.*¹⁴⁵" Se dunque da un lato il legislatore ha inteso la riforma come una rivisitazione generale di una legge oramai "martoriata" da continue decretazioni d'urgenza che hanno finito di renderla ancora più distante dal contesto economico e sociale, dall'altro la stessa risultava necessaria per uniformare il diritto concorsuale italiano con quello degli altri Stati europei, come specifica lo stesso legislatore: "*L'evidenziata esigenza di una risistemazione complessiva della materia concorsuale è oggi resa ancor più impellente dalle sollecitazioni provenienti dall'Unione europea*"¹⁴⁶.

Chiarite le motivazioni di fondo che hanno spinto il legislatore ad operare questo vasto procedimento di riforma, risulta ora necessario comprendere quali sono le novità introdotte, e in che modo queste andranno a modificare l'impianto normativo.

¹⁴⁵ Relazione illustrativa al decreto delegato 14 Novembre 2018

¹⁴⁶ Laddove il chiaro riferimento è innanzitutto alla Raccomandazione 135/2014, e in secondo luogo al Regolamento n. 848/2015, nonché il principio del *Model Law* elaborato dalla Commissione delle Nazioni Unite in tema di insolvenza

Il nuovo Codice, così come predisposto consta di 390 articoli, suddivisi in quattro parti. Nella seconda sono contenute delle modifiche al Codice Civile, non rilevanti ai fini del presente elaborato. La terza parte relativa a modifiche al d.l. numero 122/2005; mentre la quarta parte è riservata alle disposizioni finali e transitorie. Per ciò che rileva ai fini della trattazione, è indubbio che la prima parte del novellato Codice risulta essere la più importante, poiché disciplina il nuovo impianto concorsuale. Essa è suddivisa in dieci Titoli che vanno dalle *Disposizioni Generali*¹⁴⁷ alle *Procedure di allerta e di composizione della crisi*¹⁴⁸ passando poi per gli *Strumenti di regolazione della crisi*¹⁴⁹, *La Liquidazione giudiziale*¹⁵⁰, *la Liquidazione Coatta Amministrativa*¹⁵¹ fino ad arrivare alle *Disposizioni per l'attuazione del codice della crisi e dell'insolvenza, norme di coordinamento e disciplina transitoria*¹⁵².

Innanzitutto è utile analizzare l'evoluzione lessicale, per cui si assiste al passaggio dal termine “fallimento” a quello di “liquidazione giudiziale”. Tale scelta risulta in realtà in linea con la prassi consolidata nei principali ordinamenti europei del *civil law*. La *ratio* di tale scelta è indicata dallo stesso legislatore, che nella Relazione illustrativa al decreto legislativo del 14 Novembre 2018 chiarisce che risulta una modifica “*volta ad evitare l'aura di negatività e di discredito, anche personale, che storicamente a quella parola si accompagna. E' vero, infatti, che anche un diverso approccio lessicale può meglio esprimere una nuova cultura del superamento dell'insolvenza, vista come evenienza fisiologica nel ciclo vitale di un'impresa da prevenire ed eventualmente regolare al meglio.*”

La stessa procedura di liquidazione giudiziale, trattata nel Titolo V del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, risulta in parte modificata. In particolare, seppur non stravolta nei caratteri fondamentali, si osserva come sia, rispetto al fallimento, una procedura più snella e soprattutto più rapida. Vengono modificati i presupposti soggettivi

¹⁴⁷ Titolo I, artt.1-11 CCI

¹⁴⁸ Titolo II, artt. 12-25 CCI

¹⁴⁹ Titolo IV, artt. 56-120 CCI

¹⁵⁰ Titolo V, artt. 121-283 CCI

¹⁵¹ Titolo VII, artt.293-321 CCI

¹⁵² Titolo X, artt. 348-373 CCI

di ammissione, per cui risulta una procedura riservata a tutti i soggetti che svolgono attività commerciali, ad eccezione delle imprese minori -cioè che non rispettano determinate soglie dimensionali-. Infine, viene semplificata la fase di ammissione al passivo e aumentati notevolmente i poteri riservati al curatore.

Osservando le Disposizioni generali, il *focus* su cui punta maggiormente il legislatore è una chiara definizione *in primis* dei concetti di “crisi” -che non equivale all’insolvenza in atto, ma che implica un pericolo futuro di insolvenza-, “insolvenza” e “sovraindebitamento”, come si può osservare dalla lettura dell’art. 2 comma 1 lettera a),b),c). Inoltre, al contrario di quanto previsto nella Legge Fallimentare attualmente in vigore, viene inserita e disciplinata l’insolvenza dei c.d. *debitori civili*. Inoltre, un dato assai rilevante risulta essere l’inclusione nel Codice non soltanto di diritti e obblighi del debitore, ma anche delle altre parti in causa, quali ad esempio i consulenti o le autorità preposte¹⁵³. Infine, vengono indicati degli aspetti procedurali, quali ad esempio l’identificazione di ulteriori crediti definiti prededucibili -come nel caso delle spese per le prestazioni dell’organismo di composizione della crisi-¹⁵⁴, o ancora l’unificazione delle procedure dal punto di vista delle domande di ammissione alle stesse. Una delle modifiche introdotte dalla riforma che risulta più rilevante è i contenuta nel Titolo II e riguarda le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi. L’introduzione di una fase preventiva di allerta finalizzata ad anticipare l’emersione della crisi rappresenta, per svariate ragioni, una delle novità più importanti, peraltro come indicato all’art. 4 del ddl “Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza”. Come specificato, simili proposte erano state avanzate nel 2001, ma poi subito archiviate. È tuttavia da rilevare che l’aver introdotto nell’ordinamento la possibilità in capo al solo debitore per l’iniziativa di ricorso alle soluzioni alternative al fallimento, non aveva generato i risultati desiderati¹⁵⁵. A tale problematica il nuovo Codice cerca di ovviare attraverso l’introduzione degli strumenti di allerta, ovvero delle

¹⁵³ Rossi A., Pigarelli V., *Il Nuovo codice della crisi e dell’insolvenza*, in www.ecnews.it, 15 Genn 2018

¹⁵⁴ Art.6 comma 1 lettera a)

¹⁵⁵ Abbadessa G., *La riforma della legge fallimentare tra realtà e utopia*, in *Società, banche e crisi d’impresa: Liber amicorum III*, 2014, 2634

segnalazioni, secondo determinati indicatori di crisi¹⁵⁶, poste a carico dei soggetti indicati agli articoli 13 e 14 del Codice stesso. Il meccanismo delle procedure di allerta dovrebbe allora consentire, a seguito di una segnalazione anticipata delle situazioni critiche, una efficiente soluzione in grado di portare l'impresa fuori dalla crisi attraverso la composizione assistita dinnanzi ad un organo appositamente formato, ossia l'Organo di composizione, istituito in ogni Camera di Commercio. L'introduzione di tali strumenti muove da una considerazione di fondo, ovvero la consapevolezza che le possibilità di salvaguardare i valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore. La natura non giudiziale e confidenziale di tali procedure, deve necessariamente essere letta in termini di incentivazione per lo stesso imprenditore, indotto dalla rassicurazione che non vi è nessun automatismo nel passaggio, in caso di insuccesso, alla crisi in sede giudiziale. Come osservato, il meccanismo prevede l'introduzione di un Organismo di composizione assistita della crisi in ogni Camera di commercio. Tale organismo è chiamato a nominare un collegio di tre esperti di cui all'art. 356 dello stesso Codice. Come sopra esposto, i soggetti indicati agli articoli 13 e 14 del Codice, sono chiamati ad emettere una segnalazione a tale Organismo, qualora ritengano, sulla base di indicatori di natura reddituale, patrimoniale e finanziaria, che vi possa essere una probabilità di crisi aziendale. A questo punto l'Organismo convoca entro quindici giorni il debitore per *l'audizione in via confidenziale e riservata*¹⁵⁷. Successivamente a tale audizione, e su istanza del debitore, il collegio indicherà un termine entro il quale può essere ricercata una soluzione concordata della crisi. Questa fase potrà dare dunque luogo a differenti scenari. Da un lato potrebbe rilevarsi un' insussistenza dello stato di crisi, ragione per cui l'Organismo stesso procederà all'archiviazione della segnalazione. Diversamente, sarà possibile utilizzare lo strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti, ovvero un piano attestato di risanamento. Qualora invece il collegio attesti lo stato di insolvenza, dovrà darne comunicazione al Pubblico Ministero, che a norma dell'art. 38

¹⁵⁶ Art. 13 Codice della Crisi e dell'Insolvenza

¹⁵⁷ Art. 18 comma 1 CCI

comma 1, dovrà richiedere l'accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi, passando così ad una fase giudiziale.

Anche se le procedure di allerta e di conseguente composizione assistita della crisi risultano essere le novità forse più importanti del procedimento di riforma, il legislatore non si è fermato a questo. Il Titolo III del Codice, in accoglimento dell'obiettivo di maggiore organicità, disciplina le Procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza. In particolare, vengono identificati i criteri comuni per l'accesso ai vari strumenti, e definite le competenze dei Tribunali per i soggetti in crisi.

Un'ulteriore novità della riforma è contenuta nel Titolo VI del Codice, dove viene inserita *ex novo* la disciplina di regolazione dell'insolvenza dei gruppi. Nel dettaglio viene identificata la normativa specifica per gli accordi di ristrutturazione e concordato di gruppo, e della liquidazione giudiziale. È la stessa Relazione illustrativa che chiarisce tale scelta legislativa, specificando che *“Il legislatore ha voluto colmare una lacuna del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, che dedica poca attenzione all'insolvenza delle imprese costituite in forma societaria e le peculiarità dell'insolvenza riguardante i gruppi di imprese. Lo scenario europeo, ed in particolare il recentissimo regolamento delegato UE 2016/451 ed il regolamento UE 2015/848, ulteriormente sollecitano il legislatore nazionale, che dell'insolvenza dei gruppi d'impresa si è occupato finora solo dettando alcune incomplete disposizioni in tema di amministrazione straordinaria, a colmare al più presto tale lacuna. Lacuna che, del resto, è da tempo acutamente avvertita nella pratica: soprattutto per quel che riguarda le procedure di concordato preventivo, nelle quali si sono spesso contrapposte l'esigenza di considerare unitariamente la realtà imprenditoriale del gruppo d'impresa soggette a procedura concorsuale ed il vigente impianto normativo che impone, per converso, di considerare separatamente ogni procedura riguardante ciascuna singola impresa. A questo scopo la riforma prevede una definizione di gruppo di imprese modellata sulla nozione di direzione e coordinamento di cui agli articoli 2497 e ss. e 2545-septies c.c., corredata della presunzione semplice di assoggettamento a direzione e coordinamento in presenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.*

[...] Quanto, poi, alla disciplina della crisi e dell'insolvenza, il connotato tendenzialmente unitario del fenomeno di gruppo ha assunto una valenza maggiore nelle procedure concordatarie tese a garantire il più possibile la continuità aziendale, rispetto alle procedure meramente liquidatorie, in cui è naturalmente destinata a prevalere la visione statica dei diversi patrimoni sui quali i creditori di ciascun soggetto societario hanno rispettivamente titolo per soddisfarsi.

Ciò posto, è stato previsto lo svolgimento di una procedura unitaria per la trattazione dell'insolvenza delle plurime imprese del gruppo, individuando criteri di competenza territoriale idonei allo scopo, precisando che, anche in caso di procedure distinte che si svolgano in sedi giudiziarie diverse, vi siano obblighi di reciproca informazione a carico degli organi di tali procedure.”

Infine, al Titolo VII viene disciplinata la Liquidazione Coatta amministrativa, che rimane sostanzialmente invariata rispetto alla vigente Legge Fallimentare, mentre nel Titolo IX vengono inserite le disposizioni penali, che sono state adattate per quanto concerne la variazione da “fallimento” a “liquidazione giudiziale”, rimanendo però sostanzialmente intatte.

Nel successivo paragrafo verranno analizzate nello specifico le novità introdotte nel Titolo IV del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza, riguardante Gli strumenti di regolazione della crisi. Tali strumenti, e sarà la prassi a chiarirlo, dovrebbero essere incentivati dall' introduzione dell'istituto dell'allerta¹⁵⁸, dal momento che risultano fortemente efficaci se utilizzati in una fase precoce di probabile insolvenza futura.

Volendo però ricondurre una visione d'insieme delle modifiche fin qui esposte, appare chiaro che la riforma posta in essere dal legislatore ha il chiaro obiettivo di uniformare in modo organico la disciplina delle procedure concorsuali in maniera tale da consentire una diagnosi precoce dello stato di difficoltà delle imprese e salvaguardare la capacità imprenditoriale. In particolare, l'impostazione conferita al nuovo Codice restituisce forte priorità alla trattazione di proposte che assicurino la continuità aziendale e, attraverso la

¹⁵⁸ Rossi A., Pigarelli V., *Il Nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in www.ecnews.it, 15 Genn 2018

semplificazione dei diversi riti speciali previsti dalle disposizioni in materia concorsuale, prevede la riduzione della durata e dei costi degli stessi. In sostanza poi, la riforma tenderà, e sarà la prassi a confermarlo, a gettare le basi affinché l'imprenditore in crisi avvii le procedure di ristrutturazione preventivamente attraverso un sistema di allerta, dunque prima che la crisi diventi irreversibile.

Non risulta dunque unicamente un'inversione di tendenza ideologica e concettuale, rappresentata dall'eliminazione del termine "fallimento" e dal corollario di conseguenze sociali; ma anche e soprattutto un passo avanti verso l'allineamento del nostro *corpus* normativo a quello degli altri paesi europei, soprattutto in ottica di emersione preventiva della crisi e di incentivazione nell'utilizzo delle procedure stragiudiziali di composizione della crisi.

Lo schema di decreto legislativo consegna un nuovo diritto concorsuale, ancora maggiormente orientato verso soluzioni in continuità, risolutive di uno stato di crisi in via anticipata e fondate su base pattizia, essendovi l'auspicio che la legiferazione successiva dia corretta applicazione ai principi dettati dal legislatore primario e consentano finalmente di giungere alla gestione di una crisi di impresa sulla base di un processo di effettiva composizione nell'interesse di tutte le parti interessate, abbandonando lo schema di contrapposizione tra parti private e pubbliche; tutto ciò naturalmente a condizione che muti la cultura imprenditoriale e, superandosi il diffuso problema dell'assenza di autocoscienza del limite, si affronti tempestivamente uno stato di crisi.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Aiello A., *Il piano attestato di risanamento e gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma del diritto concorsuale*, in *Dirittobancario.it*, 18/10/2018

III.4 Gli Accordi di ristrutturazione dei debiti secondo il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza

Come chiarito nel paragrafo precedente, una delle novità più importanti introdotte con il novellato Codice della crisi d'impresa e dell' insolvenza, risulta essere il potenziamento conferito agli strumenti di regolazione della crisi, inseriti nel Titolo IV del Codice. In particolare, vengono disciplinati gli strumenti del piano di risanamento, degli accordi di ristrutturazione dei debiti unitamente alle convenzioni di moratoria, le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento ed il concordato preventivo. In questa sede verranno analizzate principalmente le modifiche apportate all'istituto degli accordi di ristrutturazione. Tuttavia, per ben comprendere la direzione in cui volge la riforma fallimentare, è doveroso avanzare qualche cenno circa il nuovo concordato preventivo. Tale strumento è attualmente disciplinato nel Titolo III della Legge Fallimentare agli articoli 160-186 *bis*. Il concordato preventivo è rimasto pressoché invariato per decenni rispetto alla sua impostazione originaria. Dalla legge n. 80 del 2005, tuttavia, si è avviato un lento processo di riforma, che ha portato il concordato a mutare nei suoi caratteri essenziali, divenendo uno strumento alternativo alla liquidazione fallimentare. Proprio tale mutamento ha portato negli anni ad un forte riconoscimento normativo della continuità aziendale quale primaria esigenza da perseguire nella predisposizione di uno strumento di gestione della crisi. In tale ottica la riforma della disciplina della crisi d'impresa incentiva notevolmente il ricorso al concordato con continuità, o meglio penalizza il ricorso al concordato liquidatorio consentendo il suo utilizzo soltanto in presenza di risorse finanziarie messe a disposizione da terzi che amplino le prospettive di soddisfacimento dei creditori in misura minima del 10%. La procedura inoltre viene enormemente semplificata rispetto a quanto attualmente previsto dalla Legge Fallimentare, con l'eliminazione dell'adunanza dei creditori e di una serie di disposizioni in materia di votazione delle proposte, di finanza interinale e sulla fase esecutiva del concordato. Seppur le modifiche alla disciplina del concordato preventivo non si limitino a quanto finora esposto, ai fini del presente elaborato risulta necessario concentrarsi in

maniera preponderante sugli Accordi di ristrutturazione dei debiti. Tale strumento ha visto, come già osservato, un notevole ampliamento con l'entrata in vigore della legge n. 83/2015, che ha introdotto il *subgenus* di cui all'art. 182 *septies* della Legge Fallimentare, ovvero gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari, che in deroga agli artt. 1372 e 1411 del Codice Civile permettono, a determinate condizioni, l'estensione degli effetti dell'accordo ai creditori estranei allo stesso. Se questa risulta essere la disciplina in vigore, ciò che la riforma restituirà con l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, sarà sicuramente una forte incentivazione nell'utilizzo dello strumento, ovvero l'estensione della disciplina dettata dall'art. 182 *septies* anche alle fattispecie fino ad ora escluse.

Procedendo per ordine, l'art. 61 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza chiarisce la disciplina riservata agli accordi c.d. ordinari, per cui *“L'accordo di ristrutturazione dei debiti è stipulato dall'imprenditore, non minore, con i creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dei crediti. L'accordo deve indicare il piano economico finanziario che ne consente l'esecuzione [...]. L'accordo deve essere idoneo ad assicurare il pagamento dei creditori estranei [...]. Un professionista indipendente designato dal debitore deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. L'attestazione deve specificare l'idoneità dell'accordo ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini [...].”*

Da una prima analisi si osserva come per tale tipologia di accordi, il legislatore abbia voluto sostanzialmente confermare quanto disciplinato all'art. 182 *bis* della Legge Fallimentare, e in particolare la previsione del requisito necessario della soglia del 60% dei creditori con cui concludere l'accordo stesso. La Commissione Rordorf aveva a lungo analizzato lo strumento degli accordi di ristrutturazione, al fine di individuare le possibili cause del sottoutilizzo dello stesso. In tale ottica, una delle proposte che erano state avanzate dalla stessa commissione, era quella di prevedere l'eliminazione completa di tale soglia -in caso di attestazione dell'idoneità del piano al tempestivo ed integrale pagamento dei creditori estranei- per richiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione ordinario. Tuttavia, la legge delega n.155 del 2017 ed il successivo

decreto attuativo, non hanno inteso recepire tale indicazione, continuando a prevedere la soglia minima per la richiesta di omologazione. Tuttavia, è da osservare come la stessa legge delega, confermata sul punto dall'art. 64 del Codice, istituisca un nuovo *genus* di accordo, c.d. agevolato, in cui è possibile ridurre la soglia al 30%, nel caso in cui il debitore non proponga la moratoria del pagamento dei creditori estranei, e né richieda le misure protettive temporanee. Appare chiaro come una tale previsione risulti positiva in ottica di incentivazione nell'utilizzo dello strumento di risoluzione con continuità aziendale; ma risulta al contempo sfidante, se si osserva come una tale disposizione risulta sensata soltanto nel caso in cui l'imprenditore si attivi per tempo ed intervenga quando ancora la sua crisi sia in fase di incubazione, giacché altrimenti l'assenza di moratoria e di misure protettive non potrebbe mai essere compatibile con il programma di ristrutturazione¹⁶⁰. Procedendo con l'analisi si osserva come rimanga invariata la previsione del soddisfacimento integrale dei creditori estranei entro i termini già indicati *ex art. 182 bis l.f.*, ovvero 120 giorni dall'omologazione in caso di crediti già scaduti a quella data, oppure entro 120 giorni dalla scadenza per i crediti non ancora scaduti alla data di omologazione. Successivamente, il Codice di nuova promulgazione regolamenta le eventuali modifiche dell'accordo originario. In particolare, l'art. 62 del Codice fissa il c.d. *principio della rinnovazione delle attestazioni* in caso, appunto, di modifica dell'accordo originario. Ciò che sostanzialmente viene disciplinato è il caso in cui, sia *ante* che *post* omologa, si renda necessaria una modifica del piano originario. In tal caso risulta necessaria una nuova attestazione, secondo quanto indicato all'art. 61 del Codice. Tale disposizione è di grande rilevanza, posto che difficilmente un accordo di ristrutturazione nasce e si conclude sulla base di presupposti e finalità che rimangono immutati nel tempo¹⁶¹.

Ma quella che senza dubbio rimane la novità più importante in tema di accordi di ristrutturazione secondo la nuova riforma, risulta essere la previsione dell'estensione

¹⁶⁰ Aiello A., *Il piano attestato di risanamento e l'accordo di ristrutturazione dei debiti nella riforma del diritto concorsuale*, in www.dirittobancario.it, 6

¹⁶¹ Aiello A., *Il piano attestato di risanamento e l'accordo di ristrutturazione dei debiti nella riforma del diritto concorsuale*, in www.dirittobancario.it, 7

forzata degli effetti nei confronti dei creditori non finanziari, contenuta nell'art. 65 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Lo stesso recita al primo comma che *“La disciplina di cui agli articoli 61 e seguenti si applica, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, al caso in cui gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima classe”*. Il Codice dunque riconosce e espande quanto già indicato dalla vigente disciplina in tema di accordi con banche ed intermediari finanziari *ex art. 182 septies* l.f.. In particolare, secondo quanto stabilito, è prevista la possibilità di estendere gli effetti derivanti dall'omologazione dell'accordo anche nei confronti dei creditori estranei allo stesso appartenenti alla medesima classe, ed anche nel caso in cui questi non siano ricompresi nella categoria delle banche o degli intermediari finanziari, fermo restando il richiamo alla deroga agli artt. 1372 e 1411 del Codice Civile. Lo stesso art. 65 prosegue poi identificando le condizioni necessarie affinché si possa operare tale estensione, per cui *“occorre che: a) tutti i creditori appartenenti alla classe siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede, e abbiano ricevuto informazioni complete e aggiornate [...]; b) l'accordo abbia carattere non liquidatorio; c) i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla classe rappresentino il settantacinque per cento di tutti i creditori appartenenti alla classe [...]; d) i creditori della medesima classe non aderenti cui vengono estesi gli effetti dell'accordo possano risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura superiore rispetto alla liquidazione giudiziale; e) il debitore, oltre agli adempimenti pubblicitari ordinari, abbia notificato l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo”*. Appare chiaro come, rispetto a quanto stabilito per gli accordi *ex art. 182 septies*, il Codice preveda ulteriori requisiti necessari affinché possa essere richiesta l'estensione. Fermo restando l'obbligo di informativa e l'applicazione del principio di *buona fede*¹⁶², ossia la necessità dell'individuazione di una seconda percentuale del 75%, all'interno delle classi, di creditori aderenti all'accordo, e ulteriormente la necessità di

¹⁶² Laddove peraltro permane l'incertezza interpretativa circa l'attribuzione del principio di buona fede in capo al debitore ovvero ai creditori. Come osservato circa l'art. 182 *septies*, la parte maggioritaria della dottrina ritiene che esso sia riconducibile alla sfera del debitore

notificare il ricorso a quei creditori per i quali si richiede l'estensione, vengono identificati due ulteriori requisiti. Da un lato infatti, l'art. 65 comma 2 lettera d) chiarisce che l'estensione degli effetti nei confronti dei creditori non aderenti può avvenire solo nel caso in cui l'accordo di ristrutturazione abbia come obiettivo la prosecuzione dell'attività d'impresa. Tale disposizione risulta peraltro in linea con le finalità che il legislatore ha affidato alla riforma, ovvero l'incentivazione della continuità aziendale rispetto alla mera liquidazione dei complessi aziendali. Inoltre, sempre l'art. 65 comma 2 lettera d) chiarisce che può essere richiesta l'estensione degli effetti dell'accordo ai creditori estranei nel caso in cui la soddisfazione che deriverebbe ai creditori non aderenti sia maggiore rispetto a quanto sarebbe possibile ricavare dalla liquidazione giudiziale. In ogni caso il medesimo articolo chiarisce che l'estensione non è applicabile nel caso di creditori non appartenenti alle classi individuate precedentemente, per i quali rimangono in essere le disposizioni ex art. 61 del Codice. Il Tribunale sarà chiamato a verificare la sussistenza dei requisiti, a norma dell'art. 52 del Codice, e qualora tale verifica abbia esito positivo, procederà all'omologazione dell'accordo con sentenza. Tale sentenza sarà notificata ai creditori aderenti e ai non aderenti all'accordo. A questi ultimi il legislatore riserva poi la facoltà di proporre opposizione a norma dell'art. 52 secondo comma del Codice. L'art. 65 termina poi chiarendo che: *“In nessun caso, per effetto dell'accordo di ristrutturazione, ai creditori ai quali è esteso l'accordo possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. [...]”*.

Infine, un'ulteriore novità circa gli accordi di ristrutturazione dei debiti secondo la nuova riforma, risulta essere la disciplina dettata per i coobbligati ed i fideiussori del debitore, che a norma dell'art. 63 del nuovo Codice, vengono liberati nei confronti dei creditori aderenti all'accordo, ma non nei confronti dei non aderenti. Questo anche nel caso in cui l'efficacia dell'accordo venga estesa anche ad essi, poiché il legislatore ha inteso conservare impregiudicati i loro diritti.

Tutto quanto fino ad ora esposto, è bene ricordarlo, risulta da quanto approvato dal Consiglio dei Ministri in data 8 Novembre 2018. Tuttavia, il nuovo Codice della crisi

d'impresa e dell'insolvenza è attualmente all'esame delle commissioni parlamentari, che a breve daranno, probabilmente, il via libera per l'entrata in vigore delle nuove disposizioni. Per tale motivo, la rinnovata normativa concorsuale potrà nelle prossime settimane subire delle modifiche in accoglimento del parere delle varie commissioni, anche se con tutta probabilità verrà conservata l'impostazione fino a qui esposta. Alla luce di tali osservazioni, rimane comunque necessario operare delle considerazioni circa la portata dell'intervento riformativo in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appare indubbio come il legislatore abbia inteso incentivare l'utilizzo dello strumento stesso. Per allinearsi a tale obiettivo, ha previsto l'introduzione di accordi agevolati, ma soprattutto l'estensione degli effetti ai creditori estranei all'accordo stesso, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 182 *septies* della Legge Fallimentare. È indubbio come tale decisione riscuota un certo *favor* in dottrina, poiché tale strumento potrà rappresentare “un nuovo corso” per la disciplina nazionale della crisi d'impresa¹⁶³. È tuttavia da rilevare come in realtà il legislatore, prevedendo che l'estensione degli effetti di un accordo di ristrutturazione intervenga non solo nei confronti dei creditori c.d. finanziari, non ha fatto altro che allineare il nostro ordinamento a quanto già previsto da tempo in diversi altri Stati sia del *civil law* che del *common law*. La logica di fondo è la seguente: chiarito il principio per cui l'espressa deroga agli artt. 1372 e 1411 del Codice Civile non costituiscono una potenziale incostituzionalità¹⁶⁴ in capo al dettato del vigente art. 182 *septies* l.f., non si ravvisa il motivo per cui tale meccanismo estensivo non possa essere applicato anche alle categorie di creditori che differiscono da quelli prettamente finanziari. Se la *ratio legis* che ha spinto il legislatore nel 2015 a prevedere tale *subgenus* degli accordi di ristrutturazione era sostanzialmente quello di evitare che le banche -i cui crediti sono spesso la parte preponderante dell'indebitamento aziendale- potessero pregiudicare la risoluzione di un accordo di ristrutturazione per motivazioni opportunistiche, a parere di chi scrive appare chiaro come lo stesso ragionamento possa essere applicato alle altre categorie di creditori, posto che le differenti situazioni di crisi

¹⁶³ Bonato F., *L'art. 182 septies l.fall. e l'accordo di ristrutturazione a maggioranza*

¹⁶⁴ C.L. Appio, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182 septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in *Il Caso.it*, 29 dicembre 2015,7

aziendali possono prescindere dalla presenza di creditori finanziari, ma rimanere comunque ostaggio del comportamento ostativo dei creditori. In tal senso, la previsione di una estensione “*estesa*” a tutti i creditori della relativa categoria, a determinate condizioni, non può che essere salutata con favore in quanto così facendo sarà possibile coinvolgere i creditori c.d. commerciali e/o istituzionali nelle trattative di ristrutturazione. È infatti noto che al pari dei creditori finanziari, anche quelli commerciali sono spesso essenziali per la riuscita dell’operazione di ristrutturazione dell’indebitamento complessivo nell’ottica della continuità aziendale¹⁶⁵.

Un ultimo aspetto che rileva ai fini della trattazione riguarda la natura giuridica degli accordi di ristrutturazione così come delineati dalla nuova riforma del diritto concorsuale. Come più volte indicato nel corso della trattazione, uno dei dibattiti più accesi che ha investito l’istituto degli accordi di ristrutturazione fin dall’introduzione nell’impianto fallimentare risulta quello circa la natura giuridica dello stesso strumento. Voler ricondurre gli accordi di ristrutturazione nell’alveo delle procedure concorsuali, o nella direzione opposta annoverare gli stessi nell’insieme degli strumenti stragiudiziali di composizione della crisi d’impresa, non rileva soltanto dal punto di vista concettuale, ma anche e soprattutto in sede di applicazione delle varie disposizioni normative relative alle procedure concorsuali in senso stretto, che dunque dovrebbero essere applicate agli accordi qualora questi venissero confermati come procedura concorsuale.

Il punto di partenza per giungere ad una piena comprensione del problema della natura giuridica degli accordi di ristrutturazione, risulta essere necessariamente la definizione di procedura concorsuale. L’emanando Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza dedica l’intero art. 2 alle definizioni, utili per interpretare correttamente le disposizioni inserite negli articoli successivi. Tuttavia ciò che ha omesso il legislatore, è addivenire ad una nozione chiara della procedure concorsuali, di fatto non consentendo una catalogazione definitiva delle stesse. Peraltro tale omissione nel nuovo Codice non è una novità, posto che la definizione stessa di procedura concorsuale non è mai stata

¹⁶⁵ Aiello A., *Il piano attestato di risanamento e gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma del diritto concorsuale*, in *Dirittobancario.it*, 18/10/2018

identificata dal legislatore nel corso degli anni. Chiarito che non sussiste una base normativa che delinei il perimetro quantomeno concettuale di una procedura concorsuale, appare chiaro come sia alquanto ostico poter considerare uno strumento, peraltro con una forte componente contrattuale come gli accordi di ristrutturazione, parte di una categoria che non è neppure definita dall'ordinamento nazionale. Per poter dunque affrontare il problema della definizione di procedura concorsuale, e conseguentemente a questo ricondurre in tale categoria o meno gli accordi di ristrutturazione, risulta necessario osservare quelli che tradizionalmente sono i requisiti necessari per accedere al "catalogo" delle procedure concorsuali. Indubbiamente un provvedimento giudiziale di apertura e la conseguente nomina di organi deputati alla gestione del procedimento, risultano indispensabili affinché si possa parlare di procedura concorsuale. Parimenti il rispetto del principio della tendenziale parità di trattamento e l'universalità degli effetti sul patrimonio del debitore e sulla generalità dei creditori, risultano aver sempre caratterizzato alcuni strumenti predisposti dal legislatore, come il fallimento o il concordato preventivo o ancora l'amministrazione straordinaria, che dunque potrebbero espressamente essere qualificati come procedure concorsuali. Il Tribunale di Reggio Emilia si è espresso, in data 19 Luglio 2018, cercando di delineare al meglio i tratti identificativi di una procedura concorsuale, addivenendo poi alla decisione di escludere gli accordi di ristrutturazione dalla stessa

“Le procedure concorsuali in senso proprio (fallimento; concordato preventivo; amministrazione straordinaria delle grandi imprese) hanno alcuni tratti comuni che ne caratterizzano l'appartenenza al medesimo genere: 1) un provvedimento giudiziale di apertura, che preveda la nomina di un giudice delegato e di un organo (curatore o commissario) a cui sia rimessa la gestione della procedura; 2) l'universalità degli effetti che essa produce sul patrimonio del debitore (coinvolto per l'intero) e verso i creditori (tutti indistintamente); 3) l'apertura del concorso tra i creditori e il blocco del decorso degli interessi sui crediti chirografari; 4) il principio della par condicio creditorum”.

Quella del Tribunale di Reggio Emilia è peraltro una sentenza che si pone in netto contrasto con quanto espresso dalla Corte di Cassazione in data 12 Aprile 2018 con la

sentenza 9087/2018, attraverso la quale la giurisprudenza di legittimità opera una riduzione *ideologica*¹⁶⁶ della soglia minima di riconduzione degli strumenti offerti dall'ordinamento al sistema delle vere e proprie procedure concorsuali. La stessa Cassazione afferma che affinché si possa parlare di procedura concorsuale è necessario che *“sia identificata una qualsiasi forma di interlocuzione con l'autorità giudiziaria, con finalità quantomeno ‘protettive’ (nella fase iniziale) e di controllo (nella fase conclusiva); il coinvolgimento formale di tutti i creditori, quantomeno a livello informativo e forse anche solo per attribuire ad alcuni di essi il ruolo di ‘estranei’, da cui scaturiscono conseguenze giuridicamente predeterminate; una qualche forma di pubblicità”*. Appare chiaro come tale nuova impostazione dei requisiti di identificazione delle procedure concorsuali amplia notevolmente la platea degli istituti che possono considerarsi tali. Viene in questo modo ad esistenza una accezione più ampia di procedura concorsuale che si sovrappone a quella tradizionalmente più ristretta prima enunciata. Fermo restando il fatto che alcuni istituti, quali ad esempio lo stesso fallimento, rientrano sistematicamente in entrambe le elencazioni dei requisiti minimi di una procedura concorsuale, appare chiaro come al contrario altri strumenti, e nello specifico gli accordi di ristrutturazione dei debiti come risultano dal d.l. n.83/2015, rientrano pienamente nell'accezione ampia di procedura concorsuale stabilita dalla sentenza 9087/2018 della Cassazione -poiché ad esempio è strettamente identificabile una interlocuzione con il Tribunale in sede di omologazione, come anche il coinvolgimento quantomeno informativo dei creditori, e ancora una forma di pubblicità-, ma difficilmente sono ravvisabili i requisiti più stringenti della parità di trattamento dei creditori, o dell'universalità degli effetti.

In realtà, seppur identificato come un intervento esclusivamente “ideologico” poiché non supportato da riferimenti normativi, la sentenza 9087/2018 della Cassazione, così come la sentenza 1182/2018 circa la prededuzione del credito del professionista, e ancora la sentenza 16347/2018 della stessa Cassazione in tema di prededuzione dei finanziamenti negli accordi, chiaramente spingono per un riconoscimento della natura concorsuale degli

¹⁶⁶ Arato M., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della cassazione e il codice della crisi e dell'insolvenza*, in ilCaso.it, 9 ottobre 2018

accordi di ristrutturazione. È pur vero che gli arricchimenti che via via sono stati apportati all'istituto rispetto al testo originario del 2005, attraverso l'introduzione dell'ombrello protettivo *ex art. 182 bis* comma 6 nel 2010, il divieto di acquisizione dei titoli di prelazione introdotto nel 2012, fino a giungere all'estensione degli effetti per i creditori finanziari con l'inserimento dell'*art. 182 septies* nella disciplina, hanno senza alcun dubbio "concorsualizzato" l'istituto. Proprio tale ultimo intervento risulta precursore di quelle che sono state le decisioni statuite dalla Cassazione nelle tre sentenze del 2018 in merito alla natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione. In tal senso è utile ricordare come in realtà i riferimenti normativi esistono, ma viaggiano in direzione opposta rispetto a quanto stabilito dalla Cassazione. In particolare, l'*art. 80* del Testo Unico Bancario, al comma 6 specifica che "*le banche non sono soggette a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta prevista dalle norme della presente sezione [...]*". O ancora, l'*art. 57* comma 3 del Testo unico della Finanza, che richiama l'*art. 80* del TUB in riferimento alla liquidazione coatta amministrativa delle banche per cui la direzione della procedura relativa è demandata alla Banca d'Italia.

La sostanza di queste disposizioni è chiara: alle banche e agli intermediari finanziari è escluso l'accesso a procedure concorsuali che non siano la Liquidazione coatta amministrativa, peraltro la stessa attuabile con una disciplina differente secondo l'*art. 57* del Testo unico della Finanza.

Appare subito chiara la discrepanza che si genera con quanto sentenziato dalla Cassazione. Qualora infatti venisse apertamente riconosciuta la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione, allora le disposizioni contenute nell'*art. 182 septies* circa gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari non potrebbero trovare applicazione, perché in contrasto con quanto disposto dal Testo Unico Bancario e dal Testo Unico della Finanza. È probabilmente questo uno dei motivi, a parere di chi scrive, per cui, anche in vista dell'emanando Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il legislatore non abbia percorso una via chiara, quantomeno nella definizione delle procedure concorsuali. Peraltro sul punto è da rilevare gli stessi

interventi della giurisprudenza di merito, che in svariate occasioni ha ribadito la necessaria natura contrattuale degli accordi di ristrutturazione. In tal senso il Tribunale di Milano, che con decreto del 10 Novembre 2016 omologa un accordo di ristrutturazione concluso tra un Fondo comune di Investimento immobiliare di tipo chiuso e talune banche creditrici, chiarisce che: *"[...] la peculiarità del caso è costituita dal fatto che nella specie l'accordo di ristrutturazione è stato presentato da una Società di Gestione di un Fondo Chiuso di Investimento Immobiliare. [...] tale peculiarità si traduce nell'affrontare una serie di questioni preliminari, prima tra le quali quella della possibilità di avvalersi dell'accordo di ristrutturazione, stante la operatività del divieto di accesso alle "procedure concorsuali" di cui agli artt. 80, comma 6, T.U.B. e 57, comma 3, T.U.F.; che, quanto a tale problema, si deve rilevare come il combinato disposto delle due previsioni normative testé citate precluda agli intermediari finanziari la sola possibilità di fare ricorso alle procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta, con la conseguenza che l'esclusione della possibilità di fare ricorso all'accordo di ristrutturazione transita necessariamente attraverso la classificazione del medesimo nell'ambito delle "procedure concorsuali"; che, tuttavia, ritiene questo tribunale che, nonostante le novità progressivamente apportate alla fattispecie di cui all'art. 182-bis L.F. — ivi compresa la recente introduzione della speciale fattispecie di cui all'art. 182-septies L.F. — debba tuttora ritenersi condivisibile la ricostruzione dogmatica che nega all'accordo di ristrutturazione la natura di procedura concorsuale; che tale conclusione sembra suffragata dalle seguenti considerazioni: 1) non è ravvisabile un provvedimento giudiziale di apertura; 2) è assente un organo deputato alla gestione della procedura; 3) non si realizza l'apertura del concorso fra i creditori; 4) non risulta operante un rigoroso meccanismo di rispetto della par condicio creditorum (ed anzi l'accordo opera in senso quasi opposto); 5) non è ravvisabile uno spossessamento dell'imprenditore; 6) non si crea alcuna soluzione di continuità tra crediti "anteriori" e crediti "posteriori" (operando semmai la distinzione tra creditori aderenti e creditori non aderenti); che è ben vero che*

diffuse sono le voci che riconducono gli accordi di ristrutturazione nell'ambito delle procedure concorsuali sulla base di vari argomenti — 1) operatività di un divieto di azioni esecutive e cautelari; 2) possibilità di configurare tale divieto come fonte di un divieto di pagare creditori anteriori; 3) operatività di un vincolo di indisponibilità relativa del patrimonio del debitore; 4) recente inserimento degli A.d.R. nel Regolamento CE n. 848/2015 — ma tali argomentazioni non sembrano in grado di superare profili essenziali come: a) l'assenza di un organo della procedura nominato dal Tribunale; b) l'assenza dell'apertura del concorso fra i creditori; c) il carattere comunque relativo dei limiti di disponibilità del patrimonio da parte del debitore (i cui atti dispositivi in corso di procedura non risultano sanzionati); d) il carattere assolutamente temporaneo dell'automatic stay (i cui effetti possono cessare ancora in pendenza della procedura di omologa);” . Ciò che viene stabilito è dunque una sostanziale differenziazione degli accordi di ristrutturazione rispetto alle procedure concorsuali. E non soltanto perché le ulteriori modifiche alla disciplina operate con l'introduzione dell'art. 182 *septies* violano apertamente quanto indicato nel T.U.F e nel T.U.B. qualora si riconoscesse la natura concorsuale dell'istituto, ma quanto più per la mancanza di quei requisiti stringenti che identificano una procedura concorsuale. Prescindendo dalle considerazioni espresse dalla giurisprudenza di merito, e soprattutto dalla giurisprudenza di legittimità che nel 2018 è appunto tornata più volte sull'argomento, resta ora da comprendere perché di fatto rimanga così importante il tema della natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti. La motivazione è semplice, e riconduce a quanto enunciato ad inizio di questo paragrafo. La necessità di una corretta identificazione di procedura concorsuale, ossia di una corretta definizione delle stesse, è necessaria ai fini dell'applicazione delle norme ad esse riservate. Riconoscere la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione significherebbe innanzitutto applicare in maniera analogica allo strumento *ex art. 182 bis l.f.* le norme previste per le procedure concorsuali, e in particolare per il concordato preventivo. Inoltre significherebbe riconoscere la

conseguenza tra procedure concorsuali ai fini della decorrenza del periodo sospetto; e non da meno, considerare gli accordi di ristrutturazione come una procedura concorsuale vorrebbe dire ampliare la disciplina della prededuzione oltre quanto statuito dagli articoli 182 *quater* e *quinquies*, ovvero l'esposizione del debitore alla responsabilità derivante dalle norme fallimentari anche penali. A ben vedere, nell'accordo di ristrutturazione alcuni degli aspetti appena evidenziati sono stati già disciplinati dal legislatore. Basti pensare alla prededuzione, che seppur non in via generale, opera per i finanziamenti concessi in occasione della ristrutturazione dell'indebitamento e all'applicazione della disciplina penale fallimentare, espressa dall'art. 236 della legge fallimentare, anche all'accordo di ristrutturazione. Tuttavia, l'applicazione delle norme in materia di prededuzione agli accordi di ristrutturazione presenta qualche problema. È da rilevare come la prededuzione *ex art. 182 quater e quinquies*, non ha alcuna rilevanza sostanziale all'interno dell'accordo di ristrutturazione durante la sua esecuzione: l'accordo deve infatti garantire l'integrale pagamento dei crediti, salvo quelli appartenenti a creditori con cui si è concluso l'accordo. Situazione diversa si verificherebbe qualora venisse applicato l'art. 111 l.f. che rende *ex lege* prededucibili tutti i crediti sorti in occasione o in funzione di procedure concorsuali. Posto che così come formulate dalla Cassazione, le 3 sentenze sopra enunciate riportano un accordo di ristrutturazione appartenente alla "*sfera della concorsualità*"¹⁶⁷, questo prevedrebbe l'applicazione del citato art.111 comma 2 della legge fallimentare anche agli stessi accordi. Tale applicazione genera però notevoli incertezze. È da rilevare come il difetto di un inesistente controllo giudiziale successivo all'omologazione di un accordo di ristrutturazione, non potrebbe consentire l'applicazione dell'art. 111 comma 2 della legge fallimentare, poiché ciò determinerebbe un accrescimento pressoché incontrollato della prededuzione, andando a discapito dei creditori pregressi. Inoltre poi, qualora l'accordo non vada a buon fine, e dunque l'impresa sia costretta ad essere

¹⁶⁷ Cass. 9087/2018

sottoposta ad una procedura concorsuale vera e propria, occorrerebbe capire le tempistiche della prededuzione, con il medesimo rischio di vedere una proliferazione di crediti prededucibili sorti in fase di accordo prima e di procedura concorsuale successivamente, a detrimento del soddisfacimento del ceto creditorio.

Come osservato il legislatore nel definire il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, mostra timidezza nel prendere posizione rispetto ad alcuni temi, quali ad esempio la natura giuridica degli accordi di ristrutturazione, anche e soprattutto in previsione della futura -seppur attuale- figura speciale c.d. ad efficacia estesa.

Ma seppur senza l'intervento legislativo, è pur vero che, a differenza di quanto ribadito per gli accordi *ex art. 182 bis* e seguenti della legge fallimentare, l'attuale ulteriore *upgrade* che la riforma indubbiamente offre agli accordi di ristrutturazione, è destinato ad ascrivere in maniera più marcata gli stessi nell'ampio novero delle procedure concorsuali, in linea peraltro con la normativa comunitaria¹⁶⁸. La forte "*procedimentalizzazione*" consegnata dalla riforma agli accordi, con i poteri di controllo preventivi e in esecuzione degli stessi da parte egli organi giudiziali e dei creditori, la cui intensità risulta direttamente proporzionale alle rafforzate capacità estensive degli effetti, non solo non consentono di affermarne la natura puramente privatistica, ma impongono di guardare agli stessi come appartenenti, con i concordati preventivi, al medesimo sistema di "*concorsualità sistematizzata*"¹⁶⁹. Appare chiaro come chi aveva da sempre condiviso la tesi della concorsualità dello strumento, ha da ultimo *santificato* l'approdo a cui è giunta la Cassazione¹⁷⁰.

È opportuno però svolgere delle considerazioni circa l'istituto che viene restituito dalla riforma. Attraverso l'introduzione di un procedimento unitario per l'ingresso nei vari istituti di regolazione della crisi, il Codice ha di fatto concorsualizzato l'istituto.

¹⁶⁸ Bascelli M., *La riforma "organica" delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza: un'analisi tassonomica (con particolare riguardo agli accordi di ristrutturazione del debito)*, in *Dirittobancario.it*, 08/05/2018

¹⁶⁹ Di Marzio F., *La riforma delle discipline della crisi e dell'insolvenza- Osservazioni sulla legge delega*, Pratica Professionale, Giuffrè 2018

¹⁷⁰ Trentini C., *Gli accordi di ristrutturazione sono una procedura concorsuale: la Cassazione completa il percorso*, in *Fallimento*, 2018, 988

Ulteriormente, le misure protettive per tutte le procedure e anche per l'accordo non sono automatiche ma, ove richieste, devono essere sempre concesse dal giudice e possono comportare la nomina di un commissario giudiziale anche in caso di accordo stesso, come ribadito *ex art. 48 comma 4 del Codice*. Non di minore importanza in tal senso risulta il fatto che, come risulta dalla nuova disciplina, il provvedimento con il quale viene omologato l'accordo è ora una sentenza, e il debitore perde la piena gestione dell'impresa -quantomeno per gli atti di straordinaria amministrazione che devono essere sempre autorizzati dal tribunale come *ex art. 50 del Codice*-. Appare evidente come con tali presupposti, in un futuro prossimo, sarà difficile continuare a sostenere senza qualche perplessità, la natura negoziale degli accordi di ristrutturazione.

A conclusione, qualora venissero applicate le norme relative alle procedure concorsuali sopra esposte, agli accordi concorsualizzati, e qualora questo fosse pienamente possibile, si tornerebbe nuovamente a discutere sulla remota tesi secondo la quale gli accordi di ristrutturazione sono una variante del concordato preventivo; tuttavia questo non può essere, poiché seppur delineati da caratteri comuni, i due istituti rimangono fondamentalmente differenti¹⁷¹. A parere di chi scrive non è ancora possibile riuscire a delineare pienamente la natura che assumeranno i nuovi accordi di ristrutturazione, non fino all'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e al formarsi di una prassi consolidata. Appare indubbio che l'ago spostato dal legislatore fa propendere ora maggiormente lo strumento verso la tesi concorsuale. Tuttavia, bisognerà attendere le successive evoluzioni per comprenderne la reale portata. Come rileva a parere di molti, tuttavia, sarebbe auspicabile che in sede di stesura finale del Codice, ovvero nel periodo dell'auspicata *vacatio legis*, venisse legislativamente sancita la nuova natura dell'accordo di ristrutturazione e fossero chiaramente definite le norme applicabili. Altrimenti il rischio di interpretazioni difformi, come avvenuto fino ad ora, sarebbe troppo elevato¹⁷².

¹⁷² Arato M., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della cassazione e il codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Crisi d'impresa e insolvenza*, ilcaso.it, 9 ottobre 2018

CONCLUSIONI

È opportuno a questo punto trarre delle conclusioni circa quanto fino ad ora esposto. L'istituto disciplinato dall'ancora vigente art. 182 *bis* della legge fallimentare è parte di un disegno di politica legislativa connotato dal riconoscimento di un ruolo di mercato impulso, nell'ambito della risoluzione della crisi d'impresa, alla valorizzazione dell'autonomia negoziale dei soggetti coinvolti. Infatti, a questi ultimi è attribuita la facoltà di individuare mezzi, tempi e modalità più idonei alla composizione della crisi e, di conseguenza, di delineare l'assetto degli interessi e l'equilibrio delle posizioni giuridiche ritenuti più adatti ed efficaci, riservando all'intervento giudiziale un compito meramente "omologatorio".

All'indomani della riforma operata nel 2015, è stato subito evidente che gli interessi protetti dal sistema non potevano essere diversi rispetto a quelli sottesi alla previgente disciplina: anche gli accordi di ristrutturazione, infatti, si fondano sul consenso dei creditori e devono perseguirne necessariamente gli interessi. Ciò che muta è l'insieme degli strumenti che il legislatore mette a disposizione, incentivando la crescita del ruolo dell'autonomia privata a scapito di quello dell'autorità giudiziaria. Tuttavia rimane chiaro come le soluzioni negoziali della crisi d'impresa continuano a snodarsi lungo un percorso che si propone quale fine prioritario il soddisfacimento dei creditori e, in vista dell'interesse di questi ultimi, impone di ricorrere a misure funzionali a preservare la continuità aziendale dell'impresa in crisi.

Gli accordi di ristrutturazione assolvono al proposito del legislatore di favorire la conclusione di pattuizioni che realizzino in modo efficace ed efficiente la composizione della crisi. Tale proposito presuppone, tra l'altro, che l'autonomia negoziale possa essere esercitata in modo tempestivo e possa optare per le soluzioni più varie senza incontrare vincoli contenutistici di tipo imperativo. Del resto è stato chiarito all'inizio della trattazione: se vi è una modalità immediata per distinguere le soluzioni negoziali per la risoluzione della crisi d'impresa dalle procedure concorsuali, indubbiamente questa risulta essere l'osservazione della piena libertà negoziale e flessibilità di tali strumenti

privatistici, in netta contrapposizione con la rigidità delle procedure concorsuali. Ma ancora, tale *ratio legis* presuppone che i relativi negozi siano trasparenti affinché possa scaturirne una serie di effetti protettivi: da quelli immediati a favore del debitore – il già citato *ombrello protettivo* che pone al riparo da eventuali azioni esecutive individuali di singoli creditori-, a quelli successivi a favore dei creditori coinvolti nell'esecuzione del piano oggetto dell'accordo -nell'ipotesi in cui lo stesso non dovesse consentire di evitare la dichiarazione di fallimento-.

Nonostante l'enorme opera legislativa, certamente non scevra da critiche, impostata nel 2005 e non ancora giunta a conclusione e volta al miglioramento anche dello strumento di cui all'art. 182 *bis*, la risposta del mondo imprenditoriale non ha rispettato negli anni le aspettative. Le continue modifiche alla disciplina hanno tentato di rendere gli accordi di ristrutturazione più agevoli per l'imprenditore in crisi e di converso più appetibili per i creditori. Tuttavia dalla prassi dell'ultimo decennio è emerso che uno dei fattori che hanno contribuito maggiormente al mancato decollo dell'istituto, inducendo il debitore in crisi a preferire il ricorso al concordato preventivo, è stato indubbiamente il dissenso opportunistico dei creditori di tipo bancario, i quali, per carenza di interesse alla ristrutturazione proposta dal debitore, hanno spesso preferito far naufragare la ristrutturazione prospettata dal debitore piuttosto che acconsentire ad una rimodulazione dei debiti ovvero a un rifinanziamento dell'attività d'impresa. In tale contesto si va ad inserire perfettamente la disciplina, precursore rispetto a quanto prospettato dallo schema di decreto legislativo approvato dal Senato, contenuta nell'art. 182 *septies* della legge fallimentare, introdotta con il d.l. n. 83/2015. In base alla disciplina, come è emerso nel corso della trattazione, ove almeno la metà del debito complessivo dell'impresa faccia capo a banche e intermediari finanziari e il debitore proceda alla suddivisione di tali creditori in categorie, l'imprenditore può richiedere al Tribunale che gli effetti dell'accordo siano estesi ai creditori dissenzienti della categoria stessa, a condizione che l'accordo incontri il consenso del 75% dei creditori. Non vi è dubbio che la possibilità di suddividere in categorie i creditori, unitamente all'estensione verso quelli dissenzienti degli effetti dell'accordo di ristrutturazione, rappresenta un incentivo per il debitore a far

ricorso allo strumento degli accordi di ristrutturazione, e inoltre rappresenta un deterrente per il creditore finanziario che preferirebbe far naufragare lo strumento negoziale scelto dall'imprenditore in favore di una gestione fallimentare della crisi.

Ciò su cui si è inteso porre maggiormente l'accento nella stesura del presente elaborato, è indubbiamente l'estensione degli effetti di un accordo di ristrutturazione nei confronti di quei creditori che risultano non aderenti allo stesso. L'analisi di tale estensione non ha potuto prescindere dall'osservazione di quanto esposto ex artt. 1372 e 1411 del Codice Civile circa la relatività dei contratti e l'efficacia degli stessi nei confronti dei terzi. Cercando di rapportare la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti alle disposizioni contenute nei citati articoli del Codice Civile, è stato osservato come le varie modifiche apportate alla normativa riferita agli accordi di ristrutturazione dei debiti nel corso degli anni, hanno comportato un differente grado di vincolatività degli effetti pattuiti nei confronti dei terzi. Gli accordi così come risultano ex art. 182 *bis* successivamente all'*iter* decennale di modifica intervenuto su di essi, non possono che ritenersi, a parere di chi scrive, pienamente compatibili con quanto disposto dagli articoli 1372 e 1411 del c.c.. A differenza di quanto analizzato circa strumenti stragiudiziali simili agli accordi, in vigore in altri ordinamenti internazionali, la procedura prevista dall'art. 182 *bis* non presenta affatto un carattere collettivo, poiché certamente non vincola i creditori estranei a dare esecuzione all'accordo. Ecco che, dunque, risulta pertinente la considerazione che le scelte legislative in tal senso operano nel pieno rispetto del principio di *efficacia relativa* dei contratti, posto che nella normativa attualmente in vigore gli accordi di ristrutturazione dei debiti poggiano le proprie basi concettuali sulla disciplina stessa dei contratti. Tuttavia, un punto su cui lungamente si è dibattuto, è stato individuato nella previsione di effetti di tipo *legale* che si producono anche nei confronti dei creditori dissenzienti dal momento in cui interviene l'omologazione da parte del Tribunale, e che metterebbero in crisi i diritti contenuti nel Codice Civile. Più segnatamente, lo stesso primo comma dell'art. 182 *bis* stabilisce che per richiedere l'omologazione di un accordo, l'imprenditore deve depositare la relazione di un professionista che attesti: "*l'attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento*

alla sua idoneità ad assicurare l' integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini: a) entro centoventi giorni dall' omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell' omologazione.”

Una simile previsione, peraltro modificata nel tenore letterale dalla legge n. 134/2012 - che ha sostituito il *regolare* pagamento con *l'integrale* pagamento-, si traduce nella prassi in una moratoria dei crediti, peraltro legale poiché *ex lege*, nei confronti dei creditori estranei all'accordo. Una parte rilevante della dottrina ha ritenuto tale disposizione fortemente in contrasto con il principio di *relatività* del contratto, posto che prevedere una moratoria dei crediti obbligatoria produrrebbe necessariamente un'esternalità, peraltro negativa, nei confronti dei creditori non aderenti all'accordo, incidendo così il diritto degli stessi di ricevere quanto dovuto in accoglimento del principio di soddisfacimento del ceto creditorio. Chi scrive, a seguito di una approfondita analisi, non reputa necessario condividere tale impostazione. L'intento del legislatore, perseguito negli anni con la continua modifica della disciplina qui esposta, è sempre stato quello di incentivare l'utilizzo dell'istituto, ovvero di rendere gli accordi di ristrutturazione un valido ed efficace strumento di regolazione della crisi d'impresa in ottica di recupero dei complessi produttivi e risanamento aziendale. In tal senso, la previsione di una moratoria, secondo i termini indicati *ex art. 182 bis* comma 1, non può essere intesa come una compressione dei diritti creditori e di vincolatività dell'accordo *erga omnes*, poiché di fatto consente soltanto un blocco temporaneo nella riscossione del credito. Ma questo non vuol dire che chi ha inteso non aderire all'accordo, verrà comunque coercitivamente ricompreso nello stesso, posto che è pur sempre previsto l'integrale pagamento. Peraltro lo stesso ragionamento logico è stato adottato nel caso della previsione di misure protettive sul patrimonio del debitore indicate ai commi secondo e terzo dell'*art. 182 bis*. Premettendo che in questo caso il legislatore non opera alcuna distinzione tra creditori aderenti e non all'accordo, e che anche in questo caso la disciplina è stata più volte modificata -la previsione di misure protettive sul patrimonio del debitore sono state inserite nella normativa attraverso il decreto *correttivo* del 2007 per la fase successiva

alla pubblicazione dell'accordo, e estese alla fase negoziale con il d.l. n. 78/2010-, risulta chiaro come anche in tale decisione normativa alberghi la finalità ultima del legislatore. Prevedere misure protettive del patrimonio del debitore, non può rappresentare una esternalità negativa nei confronti dei creditori, ma semmai l'esatto contrario nella misura in cui la protezione del patrimonio dell'imprenditore si trasformerà necessariamente in una migliore soddisfazione delle pretese creditorie. Infine, un ultimo effetto che si produce nei confronti dei creditori non aderenti ad un accordo omologato secondo le disposizioni contenute nell'art. 182 *bis* e seguenti, riguarda la previsione inserita agli articoli 182 *quater* e 182 *quinquies* circa la prededucibilità dei crediti di finanziamento posti in esecuzione della procedura. Tale previsione comporta necessariamente un pregiudizio nei confronti dei creditori estranei, poiché in fase di esecuzione dell'accordo il loro integrale pagamento dovrà essere effettuato su un patrimonio notevolmente ridotto in funzione della prededucazione dei crediti da finanziamento. Tuttavia, l'analisi condotta sugli effetti di un accordo di ristrutturazione nei confronti dei creditori estranei allo stesso, non portano a ritenere lo strumento distante dal principio di *relatività* dei contratti, nella misura in cui lo stesso non pregiudica o vincola i creditori non aderenti.

A conclusioni diametralmente opposte si è giunti osservando invece la disposizione circa gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari, contenuta nell'art. 182 *septies* introdotto con il d.l. 83/2015. Continuando la comparazione della normativa citata con gli articoli 1372 e 1411 del Codice Civile, si è osservato come in tale fattispecie speciale di accordo di ristrutturazione, il *principio di relatività* dei contratti non operi affatto. In particolare, la previsione di estensione, a determinate condizioni poste dalla legge, degli effetti dell'accordo nei confronti dei creditori finanziari estranei ma inseriti in una specifica categoria in cui sono state raggiunte le dovute percentuali di adesione, non rispetta affatto la scelta legislativa di vincolatività del contratto *inter partes*. Dunque, ciò che la riforma del 2015 ha consegnato alla prassi, è uno strumento che risponde puntualmente alle richieste del mondo economico, posto che da tempo si ravvisava la necessità di individuare uno strumento legislativo in grado di mettere al riparo gli accordi pattuiti tra debitore e maggioranza dei creditori dal comportamento opportunistico di una

minoranza del ceto creditorio, sempre più spesso espressione del ceto bancario, che avrebbe potuto pregiudicare l'esito stesso della negoziazione e dunque del risanamento aziendale. Nell'osservazione di tale disposizione normativa, e dunque dell'estensione ai creditori finanziari non aderenti degli effetti di un accordo di ristrutturazione, per parte della dottrina sarebbe possibile ravvisare una aperta violazione delle norme contenute nella disciplina dei contratti stessi. Tuttavia, questo non risulta necessariamente vero. L'art. 1372 c.c. recita: “[...] *Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi, che nei casi previsti dalla legge*”. Il Codice Civile specifica dunque la regola generale, ovvero che i contratti hanno efficacia unicamente tra le parti. Tuttavia pone delle eccezioni, chiarendo che la legge può ammettere delle casistiche in cui il principio generale può essere derogato. Appare dunque chiaro come la disciplina estensiva degli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari, opera in funzione di tale facoltà che il legislatore si è riservato, posto che lo stesso art. 182 *septies* stabilisce che “[...] *opera in deroga agli articoli 1372 e 1411 c.c. [...]*”.

Tuttavia, l'introduzione di una tale novità nel nostro ordinamento, ovvero il vincolare in maniera coercitiva soggetti ad un contratto non da loro stipulato, ha posto la necessità di stringenti misure volte a tutelare i creditori finanziari non aderenti.

Affinché l'estensione avvenga, è necessario che vengano costituite delle categorie differenti, assicurando il verificarsi di condizioni quali l'omogeneità degli interessi economici e posizione giuridica dei creditori; ancora, che tutti i creditori siano stati informati dell'avvio delle trattative e messi in condizione di parteciparvi, e che i creditori estranei siano comunque soddisfatti in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili. Infine è previsto che non può essere imposto ai creditori estranei l'esecuzione di nuove prestazioni.

La presenza di così importanti tutele per i creditori non aderenti, rappresenta la necessità del legislatore di mediare tra la necessità di riuscita del processo di ristrutturazione aziendale, i diritti del debitore di poter negoziare un accordo senza timore di comportamenti ostruzionistici, e i necessari diritti dei creditori che per svariate ragioni possono non essere in sintonia con l'accordo proposto.

Sulle stesse basi concettuali muove il secondo strumento introdotto con il d.l. 83/2015 e inserito nel medesimo art. 182 *septies* analizzato nel presente elaborato, ovvero le convenzioni di moratoria. Sulla scia di quanto previsto per gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari, anche le disposizioni circa le convenzioni di moratoria prevedono, a norma del quinto comma dell'art. 182 *septies*, la richiesta di estensione degli effetti di convenzioni concluse, anche qui a determinate condizioni, ai creditori finanziari non aderenti. La differenza che risulta sostanziale tra i due strumenti analizzati, risulta essere l'oggetto dei due piani. Mentre nel caso degli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari, il piano può contenere qualsiasi modalità atta a superare la crisi -posto il divieto di imporre l'esecuzione di nuove prestazioni ai creditori non aderenti-, nel caso di convenzioni l'unica modalità di attuazione che consente l'estensione ai creditori finanziari non aderenti risulta essere la moratoria dei crediti entro determinati limiti posti dal legislatore, fermo restando però la facoltà di ricorso al Tribunale in capo a quei creditori per cui viene richiesta l'estensione della convenzione.

Ciò che è risultato dallo studio fino a qui condotto, è la chiara volontà del legislatore di consegnare degli strumenti, che seppur votati ad una forte autonomia delle parti, siano - sotto un parziale controllo del Tribunale- quanto più utilizzabili nella gestione della crisi d'impresa. La scelta di incentivazione dell'utilizzo di tali strumenti muove dalla considerazione di fondo che lasciare alle parti coinvolte l'analisi e la determinazione delle modalità migliori di risoluzione di situazioni di crisi, in contrapposizione alle procedure svolte sotto l'egida dell'autorità giudiziaria, è con tutta probabilità la via migliore per giungere al risanamento aziendale in chiave continuativa. La previsione di estensione degli effetti alle categorie di creditori finanziari ne è una conferma, poiché se l'obiettivo concettuale della gestione della crisi non è più l'impostazione afflittiva che la legge fallimentare ha mantenuto per settanta anni, allora appare necessario che si predispongano delle misure atte a far sì che gli strumenti di regolazione della crisi non consentano a determinate categorie di creditori di sacrificare il risanamento aziendale per meri scopi

opportunistiche derivanti dalla convenienza soggettiva di un'eventuale ammissione al fallimento.

Su tali considerazioni non può che muoversi il nuovo procedimento di riforma che sta per ultimarsi con l'emanazione del nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza, che a breve andrà a sostituire completamente la Legge Fallimentare, giudicata ormai obsoleta e disorganica rispetto alle necessità di rapidità e snellezza oggi richieste dalle aziende che si apprestano al diritto fallimentare.

In tal senso, l'art. 182 *septies* è risultato precursore di ciò che la Commissione Rordorf, insediatasi peraltro precedentemente all'entrata in vigore della legge n.132 del 2015, ha poi proposto al Governo circa gli accordi di ristrutturazione, ovvero l'estensione degli effetti, prevista a determinate condizioni, non soltanto per la categoria delle banche e degli intermediari finanziari, ma per tutti i creditori non aderenti nelle varie categorie individuate. Ciò che è stato indicato dalla Commissione nella Legge delega n. 155/2017 e che oggi è stato recepito in attuazione dal Governo con il ddl del 14 Novembre 2018, è una ulteriore incentivazione all'utilizzo degli strumenti stragiudiziali di gestione della crisi, agevolati dall'introduzione di sistemi di allerta e di assistenza nella composizione della crisi. Le previsioni di accordi di ristrutturazione che in forza di legge potranno essere estesi a quei creditori che ne rifiutano l'adozione, indubbiamente sposterà il baricentro dell'annosa disputa circa la natura contrattuale o processuale dell'istituto. Tale diatriba però, non può offuscare l'utilità della futura normativa. La *ratio legis* di tale intervento riformatore è chiara: dotare il diritto fallimentare italiano di una organicità e sistematicità che il vigente Regio Decreto n. 267 del 1942 non è più in grado di garantire. Consegnare una disciplina generale per i vari strumenti messi a disposizione dal legislatore per la gestione della crisi, pur rispettando le dovute specificità, non può che essere salutata come una novità rilevante e positiva, posto che da tempo la stessa Unione Europea richiedeva agli stati membri un aggiornamento delle normative in materia fallimentare in chiave di snellezza delle procedure, rapidità di esecuzione e continuità aziendale. In tale ottica gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa risultano essere un valido strumento per addivenire a soluzioni negoziate della crisi senza subire l'ostruzione operata dai creditori

disinteressati. Prima però di giungere a considerazioni affrettate, bisognerà attendere l'entrata in vigore del nuovo Codice, e soprattutto il futuro esito della sua applicazione. Soltanto la prassi dei prossimi anni potrà far comprendere pienamente se la strada intrapresa dal legislatore è quella più idonea. Ad oggi, e sull'osservazione empirica della concreta applicazione dell'art. 182 *septies*, è possibile sostenere che la previsione di estensione degli effetti di un accordo di ristrutturazione non può che essere vista come un necessario *sacrificio* di taluni creditori, per il raggiungimento del fine ultimo: la composizione della crisi e tutto ciò che ne consegue. Indubbiamente le disposizioni che risulteranno dall'applicazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza porteranno sempre di più gli accordi di ristrutturazione ad orbitare intorno al sistema delle procedure concorsuali, prevedendo una presenza ed un controllo più ampio del Tribunale. Ma pur in tale evenienza, citando le parole di Orazio, *in medio stat virtus*. Se dunque gli accordi continueranno a rimanere uno strumento più o meno ibrido circa la natura giuridica, non possono che essere considerati con favore qualora assurgano al ruolo ad essi assegnato.

BIBLIOGRAFIA

Abate F., *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Il Fallimento* 9/2013;

Abbadessa G., *La riforma della legge fallimentare tra realtà e utopia*, in *Società, banche e crisi d'impresa: Liber amicorum III*, 2014

Aiello A., *Il piano attestato di risanamento e gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma del diritto concorsuale*, in *Dirittobancario.it*, 18/10/2018;

Aiello A., *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, 2016;

Ambrosini S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2008;

Ambrosini S., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, 2014;

Appio C.L., *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182 septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in *ilCaso.it*, 29 dicembre 2015;

Arato M., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della cassazione e il codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Crisi d'impresa e insolvenza*, *ilCaso.it*, 9 ottobre 2018 ;

Bascelli M., *La riforma "organica" delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza: un'analisi tassonomica (con particolare riguardo agli accordi di ristrutturazione del debito)*, in *Dirittobancario.it*, 08 maggio 2018;

Bianca M., *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in *Dir. Fall.* 2015;

Boggio L., *Inattualità del fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1978, I;

Bombardelli A., *commento all'art.182-septies*, in *AA.VV, La nuova riforma del diritto concorsuale*, cit., 305, in Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016;

Bonato L., *L'art.182 septies l.f. e l'accordo di ristrutturazione a maggioranza*, IPSOA, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 8/9/2017;

D'Ambrosio A., *Accordi di ristrutturazione e transazione fiscali*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, Torino, 2009;

D'Ambrosio, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fallimento*, 2009;

D'Attore G., *La nuova mini-riforma della legge fallimentare*, *Aggiornamento alla legge 30 giugno 2016*, 119, Torino 2016;

De Cesari P., *Il regolamento 848/2015 e il nuovo approccio europeo alla crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2015;

Di Marzio F., *La riforma delle discipline della crisi e dell'insolvenza- Osservazioni sulla legge delega*, Pratica Professionale, Giuffr  2018;

Fabiani M. *Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi*, in *Il Fallimento*, 2014;

Fabiani M., *Dal codice della crisi d'impresa agli accordi di ristrutturazione, senza passare da Saturno*, in *ilCaso.it*, 14/10/18;

Fabiani M., *Gli accordi di ristrutturazione*, in *Diritto Fallimentare. Principi e regole*, a cura di Fabiani e Jorio, pubblicato su www.unijuris.it

Fabiani M., *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182-bis l.f.*, in *Foro*, 2006;

Fabiani M., *L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010;

Fabiani M., *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, Milano, 2016;

Fabiani, *Riflessioni sistematiche sulle adozioni legislative in tema di crisi d'impresa*, in *Nuove I. civ.*, 2016;

Ferro M., *Commento all'art. 182 bis*, in *La legge fallimentare: commentario teorico e pratico*, cit., 2530 in Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016;

Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Torino 2007;

Gabrielli V., *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2008;
Girone L., *L'accordo di ristrutturazione a seguito del Decreto correttivo: la lettura retrospettiva di un provvedimento antecedente rivela che le modifiche introdotte dalla novella non sono meramente formali*, cit., 628 in Trentini C., Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti, 2016;

Inzitari B., *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in `Corr. e Impr., 2015;

Inzitari B., *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l.f.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in Corr. e Impr., 2016;

Jorio A., *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in Giur.Comm, fascicolo 1, 2016;

Lamanna F., *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015 : un primo commento*, 2016;

Macario I., *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in Rivista delle Società, 2008;

Marabini A., *La gestione delle crisi d'impresa alla luce della riforma delle procedure concorsuali*, in Dir. Fall., 2009;

Nigro A. e Vattermoli D., *Diritto della crisi d'impresa. Le procedure concorsuali*, 2016;
Nisivoccia N., *Il Nuovo articolo 182 septies: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?*, in Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, 2015;

Nocera F., *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto delle crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*, Milano 2009;

Panzani L., *L'insolvenza in Europa: uno sguardo d'insieme*, in Fall., 2015;

Patti A., *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 e art. 182 quater l.fall*, Roma 2015;

Pezzano A., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis legge fallimentare: una occasione da non perdere*, in *Diritto Fallimentare*, 2006;

Quattrocchio L.M., *L' accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, 2016;

Ranalli R., *La convenzione di moratoria di cui all' art. 182 septies*; in *Dir. Fall.* 2016;

Ranalli R., *Speciale Decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari . Alcune considerazioni critiche*, 2015;

Restuccia D., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra autonomia privata e controllo nell'interesse dei terzi*, in *Il diritto degli Affari*, 2011;

Rossi A., Pigarelli V., *Il Nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in www.ecnews.it, 15 Genn 2018;

Sabatelli E., *Appunti sul concordato preventivo dopo la legge di conversione del D.L. n. 83/2015*, in ilCaso.it, 13 Novembre 2015;

Santini, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alla crisi d'impresa*, in *Giur. Comm.*, 1998;

Sciuto M., *La crisi d'Impresa e le ragioni del diritto fallimentare*, Sez. VII, in *Manuale di diritto commerciale*, Torino 2016;

Stanghellini L., *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, il Mulino, 2007;

Terranova, *Le procedure concorsuali. Problemi di una riforma*, 2004;

Trentini C., *Gli accordi di ristrutturazione sono una procedura concorsuale: la Cassazione completa il percorso*, in *Fallimento*, 2018;

Trentini, *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. Le soluzioni della crisi alternative al concordato preventivo*, 2016;

Valensise, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Giappichelli, 2012;

Varotti L., *Articolo 182 septies, Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzioni di moratoria*, in Il Caso.it, 2015;

Varrotti L., *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari- attestazione del professionista, opposizione del creditore, controllo del Tribunale e opera dell'ausiliario*, 2016;

Vattermoli D., *Accordi di ristrutturazione e convenzione di moratoria*, 2016; Zanichelli V., *I concordati giudiziali*, 614 in Trentini C., *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2016, 369]

RIASSUNTO ELABORATO

Lo scopo del presente elaborato è stato, ripercorrendo quanto ampiamente proposto sull'argomento in letteratura, quello di fornire una presentazione quanto più esaustiva dello strumento degli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce dei copiosi interventi normativi che ne hanno interessato il contenuto e l'ambito di applicazione, dunque fornire una panoramica delle principali criticità legate all'istituto.

In particolare, il focus della trattazione è stato quello dell'analisi degli effetti che, dall'applicazione degli accordi di ristrutturazione, risultano nei confronti dei creditori e in particolar modo dei creditori estranei agli stessi. Il punto di partenza per poter comprendere come negli anni i ripetuti interventi del legislatore abbiano potuto impattare sulla disciplina degli accordi di ristrutturazione è stato quello dell'introduzione dell'istituto nell'impianto fallimentare e l'*excursus* normativo che ne è conseguito. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, sin dalla loro introduzione nel nostro ordinamento ad opera del d.l. n. 35/2005, costituiscono un istituto particolare e di natura controversa, annoverato tra gli strumenti stragiudiziali e privatistici di composizione della crisi d'impresa. La particolarità degli accordi di ristrutturazione risiede nel fatto che differiscono da quella che sin dal 1942 è stata l'impostazione marcatamente pubblicistica della legge fallimentare, carattere che ha portato negli anni a far intendere le procedure concorsuali come istituti con una connotazione tipicamente afflittiva. Ciò che da sempre ha mosso il legislatore italiano nella definizione della disciplina fallimentare è stata la realizzazione del principio della responsabilità patrimoniale, come enunciato *ex art.* 2740 c.c. e dunque con una funzione tipicamente liquidatoria dell'impresa insolvente, con soddisfacimento egualitario dell'intero ceto creditorio secondo il principio della *par condicio creditorum*. Appare chiaro il fatto che gli strumenti privatistici di risoluzione della crisi d'impresa siano stati lungamente considerati incompatibili con tale funzione intrinseca riservata alle procedure concorsuali.

Complici le profonde mutazioni intervenute in ambito socioeconomico e nel tessuto imprenditoriale del nostro paese, tale concezione ha iniziato negli anni a divenire

fortemente anacronistico, mettendo sostanzialmente in crisi il modello fallimentare, considerato rigido e remissivo nei confronti della logica di conservazione dell'impresa.

Di fronte a queste mutevoli esigenze, il diritto fallimentare si è trovato, nel giro di un decennio, a dover rivedere in chiave critica i propri principi applicativi. La legge n. 80 del 14 maggio 2005 ha inaugurato un vasto periodo di riforme delle procedure concorsuali, che peraltro non può ritenersi del tutto compiuto alla luce dell'ultimo intervento legislativo ancora in corso, sostanzialmente indirizzato verso un aggiornamento del diritto fallimentare divenuto ormai obsoleto. La legge 80/2005 ha dunque riconosciuto esplicitamente l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, collocandola nel Titolo III della Legge Fallimentare, peraltro dedicato al concordato preventivo. Nasce così l'art. 182 *bis*, come chiara volontà del legislatore di mediare tra due esigenze: quella di conservazione del valore intrinseco all'azienda in stato di crisi e le ragioni, di indubbia preservazione, del ceto creditorio. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti si caratterizzano sin da subito per essere concordati stragiudiziali per i quali, tuttavia, la legge prevede che vengano presentati al tribunale nelle forme previste ai fini dell'omologazione e affinché sia loro attribuita efficacia, che nella formulazione originaria consisteva nella estensione da revocatoria. Le tappe fondamentali dell'evoluzione normativa degli accordi di ristrutturazione sono avvenuti quasi a cadenza annuale. Il d.l. 169/2007 risolveva innanzitutto alcune questioni inerenti i presupposti, oggettivo e soggettivo, che erano rimaste irrisolte con la riforma del 2005. Al posto dell'originaria generica indicazione di "debitore", veniva inserita quella di "imprenditore in stato di crisi".

Tuttavia, l'elemento che più di tutti risulta innovatore nel decreto correttivo, è stato quello in materia di protezione del patrimonio dell'imprenditore, in modo che venisse meno l'eventualità della non omologa del piano conseguentemente all'erosione del patrimonio stesso da parte dei creditori rimasti estranei all'accordo. Gli anni successivi hanno visto il susseguirsi di modifiche alla legge fallimentare con cadenza quasi annuale. Una parte considerevole di tali interventi è stata rivolta ad incidere la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, sia puntualizzandone alcuni aspetti tali da rendere l'istituto più

armonico con il resto dell'ordinamento concorsuale, sia dall'altro lato comportando modifiche di così grande portata da rendere la natura stessa dello strumento fonte di accesi dibattiti. Nel 2010 è stato adottato dal governo un nuovo decreto in materia, d.l. 78/2010 conosciuto come decreto *sviluppo* ha sollevato nuovamente la questione inerente al blocco delle azioni esecutive e conservative poste in essere dai creditori nei confronti del patrimonio del debitore. In tale sede l'intento del legislatore è stato quello di colmare il vuoto legislativo lasciato con l'introduzione della disposizione nel decreto *correttivo* del 2007, che come sopra esposto, forniva protezione al patrimonio dell'imprenditore solo nella fase successiva all'omologazione e non nella fase negoziale. Con tale intervento venne dunque ampliato l'oggetto e la durata temporale dello stesso. Un'ulteriore modifica introdotta dal d.l. 78/2010 si sostanzia nella predisposizione di una normativa dedicata alla prededucibilità di alcune tipologie di crediti maturati in presentazione o esecuzione degli accordi, art. 184- *quater*, suscitando non pochi dubbi in dottrina e in giurisprudenza. Successivamente risulta degno di nota l'intervento operato dal d.l. 83/2012, che interviene sulla modifica lessicale, per cui si passa dal *regolare pagamento* all' *integrale pagamento*. In sostanza l'intervento legislativo del 2012 ha mostrato la volontà del legislatore di rafforzare gli strumenti, messi a disposizione dell'imprenditore che versa in stato di crisi, alternativi al fallimento. Su tali basi si forma l'ultimo rilevante processo riformatore della legge fallimentare italiana, intervenuto con il d.l. 27 giugno 2015 n.83, convertito con modificazioni nella legge n. 132/2015 del 6 agosto. Per ciò che rileva gli accordi di ristrutturazione dei debiti, certamente l'innovazione legislativa più rilevante è stata l'introduzione dell'art. 182-*septies* destinato ad integrare la disciplina generale degli accordi contenuta nell'art. 182-*bis* “ quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo”, ma anche ad introdurre il nuovo istituto della “convenzione diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti”. Entrambi gli istituti rispondono all'esigenza di maggior tutela dell'autonomia privata del debitore, e dell'interesse creditorio, che in sempre più casistiche rischiavano di vedersi compromessi dal disinteresse di taluni creditori bancari che ritenevano di maggior

interesse proseguire le procedure concorsuali tradizionali, e dunque giungere al fallimento, piuttosto che accettare accordi di tipo negoziale. Conclusa la ricostruzione della formazione normativa dell' istituto degli accordi di ristrutturazione, parte dell' elaborato è stata riservata all' osservazione della tematica più stringente in tema di accordi, ovvero la natura giuridica degli stessi. . Due sono gli orientamenti prevalenti in dottrina, dei quali uno annovera gli accordi di ristrutturazione tra le procedure concorsuali, seguendo dunque un indirizzo *processual-pubblicista*, mentre l'altro porta avanti la tesi *autonomista* degli accordi rispetto alle procedure concorsuali. Non si tratta certamente di un problema meramente teorico, in quanto l'inquadramento dogmatico dell'accordo rappresenta il presupposto per la soluzione di questioni applicative come ad esempio l'efficacia dello stesso nei confronti dei creditori non aderenti, l'apparato rimediabile in caso di inadempimento, o ancora dal punto di vista della prevedibilità dei crediti intercorsi in occasione o in funzione delle procedure concorsuali. Sono state osservate compiutamente le differenze e le analogie tra gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il concordato preventivo, convenendo infine con la tesi a sostegno dell' autonomia dello strumento negoziale dalla procedura concorsuale del concordato, prendendo in considerazione i vari pareri in letteratura e le sentenze della Corte di Cassazione.

Entrando più compiutamente nell' analisi del lavoro svolto, sono stati inizialmente osservati gli effetti che l' accordo di ristrutturazione di cui all' art. 182 *bis* produce nei confronti dei creditori. L' art. 1372 del Codice Civile stabilisce al primo comma *che* “ *Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge*”. Continua poi al secondo comma del medesimo articolo: “ *Il contratto non produce effetti rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*”.

Dal secondo comma di tale disposizione normativa, si può desumere il c.d. *principio di relatività* il quale afferma che il contratto è produttivo di effetti soltanto tra le parti coinvolte, e non nei confronti di terzi. A questa regola generale, tuttavia, il legislatore pone un'eccezione, prevedendo che nella legge sia possibile ravvisare dei casi in cui alcuni contratti possono avere efficacia anche rispetto ai terzi. Partendo da questa prima considerazione, e ritenendo pacifico che il diritto concorsuale affonda le proprie radici nel

diritto commerciale e in quello privato, è opportuno ragionare sulla presenza o meno, nella disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, delle eccezioni menzionate nell'art. 1372 c.c., con la conseguente possibilità di estensione degli effetti dell'accordo anche ai creditori estranei allo stesso, ovvero le esternalità che su di essi si producono in seguito alla conclusione dell'accordo. Dall'analisi dell'articolo 182-*bis* è possibile desumere l'esistenza di due tipologie di effetti ravvisabili all'interno di un accordo di ristrutturazione dei debiti: una prima componente di effetti viene definita *negoziale*, poiché in pieno accoglimento del principio di cui all'art. 1372 c.c., vengono ad esistenza soltanto con il consenso delle parti, segnatamente debitore e creditori aderenti, e tra essi si esauriscono. Inoltre, tali effetti non sono subordinati all'omologa dell'accordo da parte del Tribunale, poiché derivanti dalla stipula di specifici contratti, dunque regolamentati dalle norme di diritto privato. La seconda componente di effetti che sorgono da un accordo di ristrutturazione dei debiti viene invece definita *legale*, in quanto scaturiti unicamente dal procedimento di omologazione da parte del Tribunale, e capaci di estendere la propria efficacia *erga omnes* soltanto nel momento in cui vi è la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese. Gli effetti *legali* dunque, si producono anche e soprattutto a carico dei creditori non aderenti all'accordo. L'analisi condotta ha permesso di identificare quelli che sono gli effetti che un accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis* produce nei confronti dei creditori estranei allo stesso. Seppur con una dilazione di pagamento forzata *ex lege*, agli stessi viene comunque riconosciuto il pagamento integrale del proprio credito. La dottrina rimane pacifica nel ritenere che il principio di relatività di cui all'art. 1372 c.c. venga rispettato dalle disposizioni degli articoli 182-*bis* e seguenti, la cui disciplina esclude che l'accordo concluso tra le parti pregiudichi, salvo che per gli effetti sopra esaminati, soggetti estranei allo stesso.

Successivamente sono state analizzate le specificità degli accordi di ristrutturazione e della convenzione di moratoria *ex art. 182 septies*. Quella che risulta essere la novità più importante apportata dal legislatore con l'introduzione dell'art. 182 *septies* è indubbiamente l'estensione degli effetti che si rileva in capo alle banche e intermediari finanziari non aderenti all'accordo, in presenza delle condizioni previste dall'articolo e di

presupposti specifici quali l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici dei creditori finanziari verso i quali si chiede l'estensione forzata dell'accordo, nonché la prevalenza del debito bancario rispetto all'intera esposizione debitoria; ancora, specifici presupposti sono indicati dal legislatore circa la completezza informativa sulla situazione patrimoniale ed economica dell'azienda in crisi, la trasparenza e la buona fede nella conduzione delle trattative, nonché la convenienza per i creditori, verso i quali viene richiesta l'estensione, dell'accordo rispetto ad eventuali alternative concretamente praticabili. La necessità di rendere gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari produttivi di effetti in maniera estesa anche ai creditori non aderenti, è stata soddisfatta dal legislatore mediante la previsione di una specifica modalità operativa di analisi dei consensi e dei dissensi, individuabile nella possibilità di suddivisione dei creditori finanziari in categorie secondo il criterio della omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici. Tale scelta ha suscitato dubbi in dottrina ancora una volta afferibili al problema se ricondurre gli accordi di ristrutturazione nell'alveo delle procedure concorsuali o meno. Per i sostenitori della tesi *processual-pubblicistica* appare chiaro che la nozione di *categoria* è del tutto assimilabile a quella di *classe* utilizzata nel concordato preventivo. Di differente pensiero risulta essere chi continua a sostenere l'autonomia contrattuale degli accordi di ristrutturazione. In particolare, seppure la suddivisione in categorie può senz'altro far riferimento alle classi concordatarie quantomeno per i principi applicativi, appare indubbio che una tale distinzione letterale non può essere casuale. Ed infatti, la scelta deve intendersi come l'espressione della volontà del legislatore di creare un'ulteriore differenziazione rispetto al concordato, dimostrando la non sovrapponibilità dei due istituti. A supporto di tale tesi, risulta evidente che differentemente da quanto previsto nella procedura di concordato preventivo di cui all'art. 160 l.f., negli accordi la suddivisione in categorie non riguarda la totalità del ceto creditorio, ma solamente coloro che sono investiti della qualifica di banche, ovvero di intermediari finanziari; atteso ovviamente che solo per questi il debitore può richiedere l'estensione degli effetti.

Una volta che siano stati rispettati tutti i presupposti ed i vincoli applicativi che il legislatore ha predisposto per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti

di cui all'art. 182 *septies*, si verifica la piena estensione degli effetti dell'accordo stesso a quei creditori finanziari che, per qualsiasi motivazione, risultano essere dissenzienti. Tale estensione però necessita di essere circoscritta. È infatti vero che il debitore, richiedendo l'omologazione di un accordo con banche o intermediari finanziari, implicitamente ne richieda l'estensione a quei creditori che non siano risultati aderenti ad esso; ma è altrettanto vero che tale estensione può operare solo nei confronti dei creditori estranei ricompresi nelle specifiche categorie, e ancora, solo se in tutte le categorie sia stata raggiunta la percentuale di adesione del 75%.

In merito all'ampiezza di quello che può essere il contenuto di un accordo omologato ai sensi dell'art. 182 *septies*, e che dunque rimane soggetto ad estensione, essa può essere desunta dal dato normativo contenuto nel comma 7 del medesimo articolo, che precisa: “*in nessun caso [...] ai creditori non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. [...]*”. L'accordo di ristrutturazione, seppur con banche o intermediari finanziari, è un contratto e come tale ha forma libera. Può infatti avere qualsiasi oggetto, da quello previsto normativamente della convenzione di moratoria c.d. *stand still*, o anche una moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche; o ancora lo stesso accordo può avere portata postergativa e finanche remissiva dei crediti. Tutti questi possibili oggetti dell'accordo, sono suscettibili di essere estesi ai creditori non aderenti qualora intervenga l'omologazione del Tribunale. Tuttavia, e su questo punto insiste il richiamo al comma 7 dell'art. 182 *septies*, il legislatore esclude espressamente dall'oggetto dell'accordo la possibilità che ai creditori finanziari non aderenti venga imposta l'esecuzione di nuove prestazioni o la concessione di affidamenti o nuovi finanziamenti. Chiarito il perimetro entro il quale può operare l'estensione degli effetti di un accordo omologato con creditori finanziari, è opportuno ricordare che gli accordi di ristrutturazione dei debiti con banche ed intermediari finanziari di cui all'art. 182 *septies*, risultano essere un *subgenus* degli accordi ordinari *ex art. 182 bis*. Per tale motivo, con la pubblicazione della domanda di omologa, si producono gli stessi effetti previsti per gli accordi originari; e dunque anche per gli

accordi con creditori finanziari si delinea l'inibizione delle azioni esecutive e cautelari e il divieto dell'acquisto di titoli di prelazione non concordati, a norma del comma 3, art. 182 *bis* l.f..

Tuttavia, oltre a tali effetti che parimenti possono essere riscontrati negli accordi *ex art. 182 septies*, il terzo comma dello stesso sancisce che, ai fini dell'estensione degli effetti dell'accordo di ristrutturazione omologato, le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso per l'omologazione, risultano inefficaci. È possibile osservare come tale previsione rispecchi in maniera velata il modello concordatario, posto che anche in esso è prevista la stessa disciplina. Tuttavia, vi è una fondamentale differenza tra le due disposizioni, tali da non invocare ulteriormente lo spettro della natura processuale degli accordi di ristrutturazione. La stessa è rinvenibile nel fatto che mentre nel concordato preventivo la sterilizzazione delle ipoteche giudiziali è rivolta ai creditori anteriori al concordato -peraltro secondo un preciso criterio di retrodatazione degli effetti-, negli accordi di ristrutturazione non è neanche identificabile una distinzione tra i creditori anteriori e successivi alla presentazione del ricorso. La *ratio* di tale disposizione è chiara: la sterilizzazione delle ipoteche iscritte nei novanta giorni antecedenti permette di assegnare alle banche, che in assenza di tale previsione sarebbero privilegiate, il trattamento di creditori chirografari. Ciò produce due ordini di vantaggi. Da un lato infatti, è possibile estendere il trattamento previsto dall'accordo anche ai loro crediti; dall'altro si riesce in tal modo a "liberare" il patrimonio del debitore dall'onere di ulteriori ipoteche, migliorandone la capacità di adempimento ai fini della risoluzione della crisi d'impresa.

Come segnalato, l'art. 182 *septies* della legge fallimentare ci consegna due nuovi istituti. Infatti, oltre agli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari, già analizzati in precedenza, il legislatore ha voluto disciplinare, nel medesimo articolo, un ulteriore strumento stragiudiziale di composizione della crisi di impresa. I commi quinto, sesto e settimo dell'art. 182 *septies* l.f. disciplinano infatti le convenzioni di moratoria con banche ed intermediari finanziari. La particolarità conferita all'istituto dalla regolamentazione prevista dall'art. 182 *septies* l.f. si sostanzia dunque nella possibilità di

rendere la convenzione vincolante nei confronti dei creditori finanziari che non vi abbiano aderito spontaneamente. Questo ovviamente, come per gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari, qualora vengano rispettate delle specifiche disposizioni di legge. La *ratio* che il legislatore ha inteso conferire a tale strumento di composizione della crisi d'impresa risulta essere il consentire un rapido intervento, con la finalità di arginare potenziali comportamenti ostativi da parte di alcuni creditori finanziari, ai fini della futura riuscita del processo di ristrutturazione dei debiti. Tale necessità scaturisce dal fatto che, spesso, parte del ceto creditorio finanziario risulta ostile all'accordo sulla ristrutturazione dell'azienda in crisi. Con tale strumento il legislatore consegna alla prassi aziendale una sorta di *ombrello protettivo* alle aziende, fornendo alle stesse i tempi necessari per elaborare soluzioni alla crisi, fornendo appunto protezione da quei creditori finanziari intenzionati ad aggredirle.

L'analisi dei due nuovi strumenti consegnati dal legislatore ha permesso di approfondire poi la tematica dell'esistenza o meno in altri ordinamenti delle fattispecie esposte, e dunque di modelli di risoluzione della crisi d'impresa di stampo negoziale ma che tuttavia sortissero effetti simili su creditori non aderenti. Tale studio ha permesso di individuare in particolare le procedure di *Sauvegarde* francese, dello *Scheme of Arrangement* inglese, e infine la *Reorganization* da cui prende compiutamente spunto la disciplina italiana. Dall'osservazione di tali ordinamenti si è compreso come il legislatore italiano abbia, in realtà, soltanto ora uniformato la normativa nazionale in tema di risoluzione stragiudiziaria della crisi. Tale processo di armonizzazione è alla base dell'ultimo intervento normativo, che peraltro conclude l'elaborato. Il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, che nasce dalle indicazioni della Commissione Rordorf, è ora all'esame della Commissione e a breve entrerà in vigore sostituendo la Legge Fallimentare. Una delle novità più importanti introdotte con il novellato Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, risulta essere il potenziamento conferito agli strumenti di regolazione della crisi, inseriti nel Titolo IV del Codice. In particolare, vengono disciplinati gli strumenti del piano di risanamento, degli accordi di ristrutturazione dei debiti unitamente alle convenzioni di moratoria, le procedure di

composizione delle crisi da sovraindebitamento ed il concordato preventivo. Per quanto riguarda gli accordi di ristrutturazione dei debiti, la nuova disciplina consegna uno strumento che vede, a determinate condizioni, l'estensione degli effetti ai creditori estranei inseriti nelle varie categorie, e non necessariamente e unicamente di tipo finanziario. Ciò che è risultato dallo studio effettuato, è la chiara volontà del legislatore di consegnare degli strumenti, che seppur votati ad una forte autonomia delle parti, siano - sotto un parziale controllo del Tribunale - quanto più utilizzabili nella gestione della crisi d'impresa. La scelta di incentivazione dell'utilizzo di tali strumenti muove dalla considerazione di fondo che lasciare alle parti coinvolte l'analisi e la determinazione delle modalità migliori di risoluzione di situazioni di crisi, in contrapposizione alle procedure svolte sotto l'egida dell'autorità giudiziaria, è con tutta probabilità la via migliore per giungere al risanamento aziendale in chiave continuativa. La previsione di estensione degli effetti alle categorie di creditori finanziari ne è una conferma, poiché se l'obiettivo concettuale della gestione della crisi non è più l'impostazione afflittiva che la legge fallimentare ha mantenuto per settanta anni, allora appare necessario che si predispongano delle misure atte a far sì che gli strumenti di regolazione della crisi non consentano a determinate categorie di creditori di sacrificare il risanamento aziendale per meri scopi opportunistici derivanti dalla convenienza soggettiva di un'eventuale ammissione al fallimento.

Su tali considerazioni non può che muoversi il nuovo procedimento di riforma che sta per ultimarsi con l'emanazione del nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza, che a breve andrà a sostituire completamente la Legge Fallimentare, giudicata ormai obsoleta e disorganica rispetto alle necessità di rapidità e snellezza oggi richieste dalle aziende che si apprestano al diritto fallimentare.

In tal senso, l'art. 182 *septies* è risultato precursore di ciò che la Commissione Rordorf, insediatasi peraltro precedentemente all'entrata in vigore della legge n.132 del 2015, ha poi proposto al Governo circa gli accordi di ristrutturazione, ovvero l'estensione degli effetti, prevista a determinate condizioni, non soltanto per la categoria delle banche e degli intermediari finanziari, ma per tutti i creditori non aderenti nelle varie categorie

individuata. Ciò che è stato indicato dalla Commissione nella Legge delega n. 155/2017 e che oggi è stato recepito in attuazione dal Governo con il ddl del 14 Novembre 2018, è una ulteriore incentivazione all'utilizzo degli strumenti stragiudiziali di gestione della crisi, agevolati dall'introduzione di sistemi di allerta e di assistenza nella composizione della crisi. Le previsioni di accordi di ristrutturazione che in forza di legge potranno essere estesi a quei creditori che ne rifiutano l'adozione, indubbiamente sposterà il baricentro dell'annosa disputa circa la natura contrattuale o processuale dell'istituto. Tale diatriba però, non può offuscare l'utilità della futura normativa. La *ratio legis* di tale intervento riformatore è chiara: dotare il diritto fallimentare italiano di una organicità e sistematicità che il vigente Regio Decreto n. 267 del 1942 non è più in grado di garantire. Consegnare una disciplina generale per i vari strumenti messi a disposizione dal legislatore per la gestione della crisi, pur rispettando le dovute specificità, non può che essere salutata come una novità rilevante e positiva, posto che da tempo la stessa Unione Europea richiedeva agli stati membri un aggiornamento delle normative in materia fallimentare in chiave di snellezza delle procedure, rapidità di esecuzione e continuità aziendale. In tale ottica gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa risultano essere un valido strumento per addivenire a soluzioni negoziate della crisi senza subire l'ostruzione operata dai creditori disinteressati. Prima però di giungere a considerazioni affrettate, bisognerà attendere l'entrata in vigore del nuovo Codice, e soprattutto il futuro esito della sua applicazione. Soltanto la prassi dei prossimi anni potrà far comprendere pienamente se la strada intrapresa dal legislatore è quella più idonea.