

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Commerciale 2

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella Legge Fallimentare e nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Il caso della S.p.a. VEGAGEST SGR

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Antonio Nuzzo

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Gustavo Olivieri

CANDIDATO

Alba Lupo

Matr. 139423

A mio padre, il mio migliore amico e maestro di vita. Fonte inesauribile di ispirazione, rifugio dei miei sogni.

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI NELLA LEGGE FALLIMENTARE E NEL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA. IL CASO DELLA SGR VEGAGEST S.P.A.

1 INTRODUZIONE CAPITOLO I Analisi di UN CASO CONCRETO DΙ Accordo RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI PROPOSTO EX ART.182 BIS E 182 SEPTIES L.F. 1. Sintesi processuale del ricorso per l'omologazione di accordo di ristrutturazione dei debiti presentato da VEGAGEST Società di Gestione del Risparmio S.p.A. 3 1.1. Premessa 3 1.2. Brevi cenni sul procedimento 4 2. Cenni sulle cause e conseguenze della situazione di crisi del Fondo ASTER 2.1. Premessa 7 2.2. Cause ed evoluzione della crisi 7 3. Condizioni di ammissibilità del ricorso VEGAGEST 12 3.1. In generale 3.2. Diritto delle Società di Gestione del Risparmio SGR ad avvalersi degli Accordi di Ristrutturazione dei Debiti ex art. 182 bis L.F. 12 3.3. Diritto della SGR di avvalersi degli ADR nell'interesse di un fondo comune di investimento 15 3.4. Stato di crisi del Fondo ASTER (e della SGR) - Patrimonio separato dei Fondi Comuni di Investimento. 19

4.	Il presupposto oggettivo: la situazione economico, patrimoniale e	
	finanziaria del Fondo e della SGR – Relazione attestativa ex art. 182 bis	
	L.F.	
	4.1. Situazione economico, patrimoniale e finanziaria della ASTER e suo	
	stato di crisi	21
	4.2. Relazione Attestativa ex art. 182 bis L.F.	25
	4.3. Dichiarazione dell'Esperto ex art. 182 bis, comma 6, L.F.	26
	4.4. Stato di crisi della SGR.	26
5.	Il contenuto dell'Accordo di Ristrutturazione dei Debiti sottoposto	
	all'omologazione del Tribunale e Piano di Ristrutturazione dei Debiti per	
	l'esecuzione dell'Accordo	
	5.1. Struttura dell'Accordo in generale	28
	5.2. Prima Fase "necessaria" dell'Accordo e sua esecuzione	28
	5.3. Piano finanziario relativo alla Prima Fase dell'Accordo	31
	5.4. Seconda Fase "eventuale" dell'Accordo: in generale e sua	
	esecuzione	33
	5.5. Il provvedimento del Tribunale in relazione alla Fase 2	36
6.	Conclusione dell'Accordo e considerazioni critiche.	38
C	APITOLO II	
E١	VOLUZIONE NORMATIVA DELL'ISTITUTO E SUA DISCIPLINA	
1.	Genesi dell'Istituto nel nostro ordinamento	
	1.1. Introduzione	41
	1.2. Brevi cenni sull'origine della Legge fallimentare	43
	1.3. I tentativi di riforma del diritto fallimentare negli anni 2000	
	1.3.1. Disegno di legge delega C-7458 del 24.11.2000	49
	1.3.2. Proposta di legge C-7497 del 14 dicembre 2000	52
	1.3.3. Commissione Trevisanato	57
	1.4. La gestione della crisi d'impresa in alcune legislazioni straniere	
	1.4.1. Il diritto statunitense	60
	1.4.2. Il diritto tedesco	64
	1 / 3 Il diritto francese	65

	1.5. Le riforme degli anni 2000	
	1.5.1.D.L. 14 marzo 2005 n. 35 convertito in legge con modifiche	
	dalla L.14 maggio 2005 n.80 e conseguente D. Lgs. 9 gennaio	
	2006 n.5	67
	1.5.2. D. Lgs. 169 del 12 settembre 2007	75
	1.5.3. Decreto-legge n.78 del 31 maggio 2010, convertito con	
	modificazioni dalla Legge n.122 del 30 luglio 2010	78
	1.5.4. Decreto-legge 22 giugno 2012 n. 83 e Decreto-legge 27 giugno	
	2015 n.83	84
2.	Disciplina degli Accordi di Ristrutturazione dei Debiti	
	2.1. Storia e sviluppi del dibattito in dottrina e giurisprudenza sulla	
	natura degli Accordi di ristrutturazione dei debiti	92
	2.2. Requisiti soggettivi	
	2.2.1. Nozioni e caratteristiche generali	96
	2.2.2.Il caso "VEGAGEST" - Considerazioni sull'ammissibilità del	
	ricorso in relazione agli artt. 80, comma 6, T.U.B. e 57, comma	
	3, T.U.F., alla natura giuridica dei Fondi Comuni di	
	Investimento ed alla connessa problematica dei patrimoni	
	separati riguardante i fondi di investimento ex art. 36, comma	
	4, T.U.F.	100
	2.3. Requisiti oggettivi	
	2.3.1. Nozioni e caratteristiche generali	106
	2.3.2. Stato di crisi del Fondo chiuso ASTER e stato di crisi potenziale	
	della VEGAGEST	108
	2.4. Fase negoziale della procedura	
	2.4.1. Nozioni e caratteristiche generali	109
	2.4.2. Contenuto, struttura e forma degli accordi	112
	2.4.3. Piano ed attestazione	116
	2.4.4. Proposta di accordo o preaccordo	120
	2.5. Effetti del preaccordo e dell'accordo – Misure di protezione e	
	cautelari	122

2.6. Le diverse tipologie di finanziamento - La prededuzione –	
L'esenzione da revocatoria	125
2.7. Accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari	130
2.8. Convenzione di moratoria	133
2.9. Trattamento dei crediti tributari e contributivi	134
2.10. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed i gruppi di imprese	136
2.11. Fase giudiziale della procedura di omologazione – Opposizione –	
Provvedimento di accoglimento o di rigetto del ricorso	137
2.12. Esecuzione degli accordi - Inadempimento	140
CAPITOLO III	
GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI NEL CODICE	
DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA	
1. La Commissione Rordorf – La Legge delega 19 ottobre 2017 n.155 ed il	
D.Lgs. 12 gennaio 2019 n.14 (cd. Codice della Crisi d'Impresa e	
dell'Insolvenza)	142
2. Le principali novità del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza	149
3. Gli Accordi di ristrutturazione dei debiti nel nuovo Codice della crisi	
d'impresa e dell'insolvenza	
3.1. Introduzione e natura degli Accordi di ristrutturazione dei debiti a	
seguito della riforma	170
3.2. Accordi di ristrutturazione dei debiti "ordinari"	
3.2.1. Requisiti soggettivi ed oggettivi	173
3.2.2. Piano ed attestazione – Rinegoziazione dell'accordo o	
modifiche del piano	176
3.2.3. Contenuto, condizioni e forma degli Accordi	180
3.3. Forme particolari di Accordi di ristrutturazione dei debiti: Accordi	
agevolati ed Accordi ad efficacia estesa	181
3.4. Transazione fiscale e accordi su crediti contributivi	184
3.5. Coobbligati e soci illimitatamente responsabili	185
3.6. Misure di protezione e cautelari ed effetti degli accordi sulla	
disciplina societaria	186

	3.7. I benefici e la prededuzione negli Accordi di ristrutturazione – I	
	Finanziamenti all'azienda in crisi	189
	3.8. Gruppi d'imprese ed Accordi di ristrutturazione dei debiti	196
	3.9. Convenzione di moratoria	200
	3.10. Il procedimento per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione	
	dei debiti	201
4.	. Conclusioni	207
В	IBLIOGRAFIA	216

INTRODUZIONE

Con questo elaborato s'intende affrontare l'evoluzione normativa e l'analisi della disciplina positiva dell'istituto degli Accordi di ristrutturazione dei debiti introdotto con il D.L. 35/2005 e poi più volte modificato negli anni successivi, fino alla riforma integrale del diritto fallimentare intervenuta con il D.Lgs. 14/2019.

Sul presupposto che l'analisi di un istituto giuridico, estrapolato dal contesto normativo in cui è collocato, risulterebbe se non impossibile quanto meno incompleta e poco chiara, si è scelto di procedere con l'esame degli Accordi di ristrutturazione, intrecciandolo con la storia del diritto fallimentare, dalla sua nascita nel 1942 in pieno regime fascista fino alla morte "annunciata" nel 2019.

L'elaborato prende le mosse nel primo capitolo dall'analisi dettagliata di un caso concreto di Accordi di ristrutturazione omologati dal Tribunale di Milano nel 2016. Si tratta di un ricorso particolarmente complesso, emblematico e forse isolato in Italia, perché presentato da una società di gestione del risparmio (SGR) nell'interesse di un Fondo di investimenti di tipo chiuso da essa gestito. Lo studio dei documenti tratti dalla Camera di Commercio di Milano ha rivelato la presenza di una serie numerosa di profili estremamente interessanti, in particolare, in relazione alla sussistenza o meno dei requisiti soggettivi ed oggettivi di ammissibilità, al contenuto del Piano proposto dalla ricorrente con riferimento alle operazioni societarie programmate ed agli interessi delle parti in gioco, alla responsabilità del professionista attestatore ed al grado di approfondimento osservato dal Tribunale in sede di omologazione specie in merito alla valutazione dell'attuabilità concreta dell'Accordo.

Il secondo capitolo analizza l'evoluzione normativa degli Accordi di ristrutturazione dei debiti e la loro disciplina positiva. L'analisi è partita dalla nascita del diritto fallimentare, per poi toccare i tentativi di riforma che si sono succeduti e le sollecitazioni provenienti dalle riforme attuate negli USA e nei principali paesi europei, fino ad approfondire le riforme del periodo 2005/2016 che hanno costantemente integrato ed innovato l'istituto, fino a conferirgli una dignità giuridica che certamente con il primo intervento normativo del 2005 non aveva e non poteva avere.

Lo studio della disciplina positiva è stato svolto ponendo l'attenzione soprattutto su quegli aspetti poco chiari, oggetto di continue discussioni in dottrina e giurisprudenza, a partire dalla diatriba sulla natura concorsuale o meno degli Accordi. Discussione che non

pare ancora terminata, nonostante le note sentenze della Corte di Cassazione del 2018 e la riforma integrale che ha portato all'emanazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza che entrerà in vigore (salvo proroghe) il 1° settembre del 2021.

L'elaborato si conclude con il terzo capitolo nel quale viene analizzata, prima, la genesi legislativa del nuovo Codice; quindi, la natura, la filosofia e le novità principali della riforma, con brevi accenni sia all'impianto normativo generale e sia alle caratteristiche più innovative dei singoli istituti; infine, l'analisi della disciplina degli Accordi di ristrutturazione dei debiti secondo la nuova Legislazione, partendo proprio dal rinnovato dibattito circa la loro natura giuridica.

Chiaramente, si è posto l'accento soprattutto su quei profili dell'istituto che sono stati maggiormente innovati rispetto alla vigente legge fallimentare.

CAPITOLO I

ANALISI DI UN CASO CONCRETO DI ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI PROPOSTO EX ART. 182 BIS E 182 SEPTIES L.F.

* ***

SOMMARIO – 1. Sintesi processuale del ricorso per l'omologazione di accordo di ristrutturazione dei debiti presentato da VEGAGEST Società di Gestione del Risparmio S.p.A. - 1.1 Premessa - 1.2 Brevi cenni sul procedimento - 2. Cenni sulle cause e conseguenze della situazione di crisi del Fondo ASTER – 2.1 Premessa – 2.2. Cause ed evoluzione della crisi - 3. Condizioni di ammissibilità del ricorso VEGAGEST - 3.1. In generale - 3.2. Diritto delle Società di Gestione del Risparmio SGR ad avvalersi degli Accordi di Ristrutturazione dei Debiti ex art. 182 bis L.F. - 3.3. Diritto della SGR di avvalersi degli ADR nell'interesse di un fondo comune di investimento - 3.4. Stato di crisi del Fondo ASTER (e della SGR) - Patrimonio separato dei Fondi Comuni di Investimento – 4. Il presupposto oggettivo: la situazione economico, patrimoniale e finanziaria del Fondo e della SGR - Relazione attestativa ex art. 182 bis L.F. - 4.1 Situazione economico, patrimoniale e finanziaria della ASTER e suo stato di crisi - 4.2 Relazione Attestativa ex art. 182 bis L.F. – 4.3 Dichiarazione dell'Esperto ex art. 182 bis, comma 6 L.F. - 4.4. Stato di crisi della SGR - 5. Il contenuto dell'Accordo di Ristrutturazione dei Debiti sottoposto all'omologazione del Tribunale e Piano di Ristrutturazione dei Debiti per l'esecuzione dell'Accordo – 5.1. Struttura dell'Accordo in generale - 5.2. Prima Fase "necessaria" dell'Accordo e sua esecuzione - 5.3. Piano finanziario relativo alla Prima Fase dell'Accordo - 5.4. Seconda Fase "eventuale" dell'Accordo: in generale e sua esecuzione -5.5. Il provvedimento del Tribunale in relazione alla Fase 2 - 6. Conclusione dell'Accordo e considerazioni critiche

* °°° *

1. SINTESI PROCESSUALE DEL RICORSO PER L'OMOLOGAZIONE DI ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI PRESENTATO DA VEGAGEST SOCIETÀ DI GESTIONE DEL RISPARMIO S.P.A.

1.1 PREMESSA¹

La vicenda del ricorso per l'omologazione degli Accordi di Ristrutturazione dei Debiti ex art. 182 bis L.F. presentato dalla VEGAGEST SGR, nell'interesse del Fondo Comune di Investimenti di tipo chiuso denominato ASTER, costituisce probabilmente un

¹ Nel presente elaborato verranno utilizzati i seguenti acronimi ed abbreviazioni: **VEGAGEST** o **SGR** per VEGAGEST Società di Gestione del Risparmio S.p.A.; **ASTER o FONDO o FONDO ASTER** per Fondo Comune di Investimento ASTER; **E.I.** per Europa Investimenti S.p.A.; **ADR** per Accordi di Ristrutturazione dei Debiti ex art. 182 bis L.F.; **FCI** per Fondi Comuni di Investimento; **PIANO** per Piano di Ristrutturazione dei Debiti; **RELAZIONE** per Relazione Attestativa ex art. 182 bis L.F.; **DICHIARAZIONE** per Dichiarazione dell'Esperto ex art. 182 bis comma 6 L.F.; **FASE 1** e **FASE 2** per la Prima Fase necessaria e la Seconda Fase eventuale dell'Accordo di Ristrutturazione dei Debiti.

unicum nel panorama economico e processuale italiano, perché non sono noti altri casi in cui Fondi Comuni di Investimento in stato di crisi si siano avvalsi dello strumento degli ADR per il tramite della società di gestione.

L'esame del "caso" VEGAGEST è stato svolto sulla scorta dei documenti rilasciati dalla Camera di Commercio di Milano e precisamente:

- Ricorso per l'omologazione dell'Accordo depositato il 29 luglio 2016 avanti al Tribunale di Milano dalla VEGAGEST in qualità di società di gestione della ASTER;
- Provvedimento di omologazione degli ADR emesso il 17 novembre 2016 dal Tribunale di Milano;
- Accordo raggiunto nel luglio del 2016 tra la VEGAGEST ed i principali creditori della ASTER formalizzato mediante scambio di corrispondenza;
- Piano di ristrutturazione dei debiti per l'esecuzione dell'Accordo redatto dalla VEGAGEST e datato 29 luglio 2016;
- Relazione Attestativa redatta il 28 luglio 2016, ai sensi dell'art. 182 bis L.F., dall'esperto indipendente;
- Dichiarazione dell'Esperto ex art. 182 bis comma 6 L.F., datata 25 settembre 2015, depositata da VEGAGEST in uno al ricorso per la sospensione ex art. 186 *bis* comma 6 e 7 L.F.

Le notizie sulla conclusione della vicenda VEGAGEST, invece, sono state ricavate da articoli di stampa e dalle Note Integrative dei Bilanci 2017 e 2018 della Europa Investimenti S.p.A., nonché dalla visura camerale storica della VEGAGEST SGR (ora Sagitta SGR).

1.2 Brevi cenni sul procedimento

Il 30 settembre 2015 la SGR VEGAGEST S.p.A., in qualità di gestore del Fondo "ASTER", presentava innanzi al Tribunale di Milano un ricorso ex art. 182 bis, comma 6, L.F. per ottenere un provvedimento di sospensione delle azioni esecutive e cautelari individuali suscettibili di essere promosse dai singoli creditori del Fondo.

Il Tribunale di Milano con provvedimento del 3 dicembre 2015 accoglieva l'istanza e disponeva, «nei confronti del Fondo ASTER gestito dalla società VEGAGEST SGR S.p.A. il divieto per i creditori e per i terzi di iniziare o proseguire azione cautelari o esecutive sui suoi beni o di acquisire titoli di prelazione se non concordati».

L'emissione del provvedimento interdittivo, oltre a costituire una implicita attestazione di ammissibilità del ricorso - argomento questo sul quale si tornerà più diffusamente nei paragrafi successivi - consentiva a VEGAGEST di continuare la negoziazione in corso con i creditori della ASTER (in prevalenza banche) per la ristrutturazione dei debiti ed il rilancio dell'iniziativa immobiliare del Fondo.

Nel corso del mese di luglio 2016, raggiunto l'Accordo con i creditori del Fondo ASTER, predisposto il Piano per l'esecuzione dell'Accordo, redatta la Relazione attestativa circa la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'Accordo, la VEGAGEST presentava al Tribunale di Milano il ricorso ex art. 182 bis L. Fall. per l'omologazione dell'Accordo².

L'Accordo veniva pubblicato, ai sensi dell'art. 182 bis comma 2 L.F., nel Registro delle Imprese di Milano in data 1° agosto 2016

Il ricorso prevedeva originariamente l'estensione, ai sensi dell'art. 182 *septies* L.F., degli effetti dell'accordo al creditore (Cassa di Risparmio di Cesena) inizialmente non aderente al Piano di Ristrutturazione dei Debiti; successivamente, però, anche questo creditore riteneva di accogliere la proposta formulata da VEGAGEST, sicché l'Accordo sottoposto alla valutazione del Tribunale diventava per così dire "puro".

Il Tribunale, in via preliminare, (ri)esaminava e (ri)valutava positivamente la sussistenza dei presupposti formali di ammissibilità (indagine questa già compiuta al momento della concessione avvenuta il 3 dicembre 2015 del provvedimento interdittivo ex art. 182 *bis* comma 6 L.F.) quali: (i) l'assoggettabilità dell'impresa al fallimento; (ii) la competenza del Tribunale adito; (iii) la presenza dei documenti di cui all'art. 161 L.F. compresa la Relazione sull'attuabilità dell'accordo; (iv) l'avvenuta pubblicazione dell'Accordo nel Registro delle Imprese competente territorialmente; (v) la presenza di adesioni dei creditori in misura percentuale pari almeno al 60% del totale dei crediti; (vi) la completezza e la puntualità descrittiva dell'ACCORDO al fine di poter verificare la conformità dello stesso agli atti successivi che ne avrebbero costituito attuazione; (vii) la ragionevole attuabilità del progetto industriale posto a base dell'Accordo.

provvedimento di omologazione emergono differimenti del termine.

² Riguardo al procedimento, si osserva fin d'ora che il provvedimento di sospensione ex art. 182 bis comma 6 L.F. è stato emesso dal Tribunale di Milano il 3.12.2015 e la norma innanzi richiamata stabilisce che entro 60 giorni da tale data il ricorrente ha l'obbligo di depositare l'accordo raggiunto con i creditori e le relazioni attestative, mentre nel caso in esame il ricorso, con i relativi documenti allegati, è stato depositato solo il 29.7.2016. Il termine dei 60 giorni non sembra avere natura meramente ordinatoria, né dal

Successivamente, i giudici milanesi affrontavano tutte le ulteriori problematiche di diritto concernenti il ricorso proposto da VEGAGEST, quali:

- la questione dell'ammissibilità dell'Accordo proposto da una SGR, visto il divieto di accesso alle procedure concorsuali, previsto per questa tipologia di società, dagli articoli 80 comma 6 T.U.B.³ e 57, comma 3, T.U.F⁴;
- la problematica dell'ammissibilità del ricorso proposto da VEGAGEST, non per sé stessa, ma per il Fondo da essa gestito e ciò anche in relazione alla circostanza che lo stato di crisi non riguardava direttamente la "ricorrente";
- la possibilità per un Fondo Chiuso di Investimento Immobiliare che si trovi in stato di crisi di avvalersi (tramite la SGR) dello strumento di cui all'art. 182 bis L.F.;
- la ragionevole attendibilità del PIANO di Ristrutturazione presentato dalla ricorrente ed accettato dalla quasi totalità dei creditori (euro 87.736.960,86 su euro 88.624.047,32).

È così che il Tribunale di Milano, con provvedimento del 17 novembre 2016, omologava l'Accordo di Ristrutturazione dei Debiti ex art. 182 bis L.F. concluso dalla VEGAGEST SGR nell'interesse de Fondo Comune di Investimento Immobiliare di tipo chiuso ASTER con i creditori di quest'ultimo.

6

³ T.U.B. art.80, comma 6: "Le banche non sono soggette a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta prevista dalle norme della presente sezione; per quanto non espressamente previsto si applicano, se compatibili, le disposizioni del codice della crisi e dell'insolvenza" (Comma così modificato dall'art. 369, comma 1, lett. d), D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14. Si riporta il testo del comma antecedente alla modifica: "Le banche non sono soggette a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta prevista dalle norme della presente sezione; per quanto non espressamente previsto si applicano, se compatibili, le disposizioni della legge fallimentare).

⁴ <u>L'art. 57 comma 3 T.U.F.</u> richiama i commi da 3 a 6 dell'art. 80 del T.U.B.

2. CENNI SULLE CAUSE E CONSEGUENZE DELLA SITUAZIONE DI CRISI DEL **FONDO ASTER**

2.1 PREMESSA

Prima di esaminare nel dettaglio il contenuto dell'Accordo sottoposto all'omologazione del Tribunale e le modalità della sua esecuzione (Piano), è necessario riassumere, seppur brevemente, l'iniziativa imprenditoriale posta in essere dalla ASTER, le ragioni dell'insorgere dello stato di crisi e la sua evoluzione, perché le diverse articolate operazioni imprenditoriali, amministrative, societarie e finanziarie ipotizzate dai redattori dei ricorso per conseguirne il superamento hanno poi trovato posto nell'Accordo e nel Piano, ma non sempre con la dovuta chiarezza di illustrazione e dovizia di dettagli, in special modo per quanto attiene alle sue modalità esecutive, spesso lasciate volutamente nel vago in attesa di verificare l'evolversi della situazione, ed alle garanzie di puntuale adempimento degli impegni assunti.

A tal riguardo, si ricorda che una delle caratteristiche degli ADR risiede proprio nella libertà negoziale dell'Accordo, sicché i giudici sono investiti principalmente dell'onere di verificare che i creditori non aderenti siano pagati integralmente e puntualmente e che il Piano sia "teoricamente" attuabile, sicché, allorquando talune fasi del Piano esecutivo non siano predeterminate, vuoi per l'incertezza dell'evolversi futuro degli eventi dedotti, vuoi per volontà specifica del ricorrente, diventa meno agevole per il magistrato contestarne la fattibilità e per le Parti eccepirne la mancata esecuzione o opporsi a eventuali modifiche in corso d'opera.

Tutti questi aspetti verranno trattati, comunque, nel successivo Capitolo II, quando si affronteranno le caratteristiche dell'istituto degli ADR e la normativa che li disciplina.

2.2 Cause ed evoluzione della crisi

Fatta questa premessa e tornando alla storia della ASTER, va detto che il Fondo Comune di Investimento Immobiliare di tipo chiuso denominato ASTER è stato avviato il 21 aprile del 2006 e sottoscritto solo da investitori qualificati⁵ ex D.M. Tesoro n. 228 del 24

⁵ Per investitore o operatore qualificato s'intende l'operatore finanziario, persona giuridica e anche fisica, appartenente a una speciale categoria di investitori, secondo le definizioni regolamentari. L'art. 31.2 del regolamento di attuazione del TUF (d.lg. 1998/58) adottato dalla Consob con delibera n. 11522 del 1°.7.1998 e il d.m. Tesoro 24.5.1999 n. 228 definiscono "investitore qualificato": a) le imprese di investimento, le banche, gli agenti di cambio, le SGR, le Sicav, i fondi pensione, le imprese di assicurazioni, le società finanziarie capogruppo di gruppi bancari e le persone iscritte negli elenchi previsti dagli artt.

maggio 1999⁶.

Il Fondo aveva acquistato un esteso appezzamento di terreno sito nel Comune di Segrate (MI) sul quale costruire un complesso prevalentemente residenziale denominato "Milano Santa Monica" o "Boffalora". Il progetto originario prevedeva la costruzione di una ampia area residenziale con le annesse aree complementari di natura commerciale, ricettiva e d'interesse pubblico, oltre tutte le necessarie infrastrutture.

Già nel periodo 2008/2010, però, il Fondo attraversava una prima fase di crisi e di tensione finanziaria, superata mediante l'intervento di alcuni soci della SGR (banche e intermediari finanziari) e la sottoscrizione di un accordo transattivo con il Comune di Segrate. In funzione di tale accordo, per venire incontro alle richieste del Comune in termini di progettazioni e volumetrie residenziali ammissibili, il Fondo ASTER nel 2011 presentava la proposta per un nuovo Programma Integrato di Intervento (PII), parzialmente modificativo del precedente.

Le trattative con il Comune e le procedure amministrative finalizzate all'approvazione del nuovo PII andavano avanti con difficoltà e lentezza, quando nei primi mesi del 2014, il Comune di Segrate comunicava formalmente alla SGR l'avvio del procedimento per la cessazione degli effetti della convenzione urbanistica allora in vigore - perché la garanzia fideiussoria precedentemente rilasciata da Confidi non era stata ritenuta più congrua ed adeguata - e comunicava che la Commissione Territorio del Comune aveva bocciato anche la variante al PII avviata ben tre anni prima.

La SGR, quindi, portava a conoscenza dei partecipanti al Fondo (come detto, tutti operatori qualificati) lo stato dell'iniziativa immobiliare sulla quale avevano investito mediante l'acquisto delle quote della ASTER e li informava che, ormai, il FONDO versava in uno stato di grave crisi patrimoniale (patrimonio netto negativo per circa 40 mil./€) e finanziaria (mancanza della liquidità necessaria per lo svolgimento dell'attività e per il completamento dell'iniziativa), sicché, in mancanza di nuovi ingenti apporti finanziari, andava inderogabilmente avviata la procedura di liquidazione

^{106, 107} e 113 TUB; b) i soggetti esteri autorizzati a svolgere, secondo la normativa del Paese di origine, le medesime attività svolte dai soggetti del punto precedente; c) le fondazioni bancarie; d) le persone fisiche e giuridiche e gli altri enti in possesso di specifiche competenze ed esperienza in operazioni in strumenti finanziari espressamente dichiarata per iscritto dalla persona fisica o dal legale rappresentante.
⁶ <u>DECRETO 24 maggio 1999, n. 228</u> Regolamento recante norme per la determinazione dei criteri generali cui devono essere uniformati i fondi comuni di investimento (<u>GU Serie Generale n.164 del 15-07-1999</u>) Entrata in vigore del decreto: 30-7-1999

giudiziale⁷.

La VEGAGEST, intanto, per evitare la messa in liquidazione della ASTER e pervenire, comunque, al salvataggio dell'iniziativa immobiliare intrapresa dal Fondo anni addietro, aveva già avviato intense trattative per la ristrutturazione del debito con i creditori del Fondo, rappresentati principalmente da Istituti di Credito, e aveva messo in atto ogni iniziativa utile per individuare sul mercato eventuali operatori del settore interessati a supportare l'iniziativa o, in ultima analisi, a rilevarla. La SGR, quindi, predisponeva un nuovo progetto di massima (*Master Plan*) e presentava al Comune di Segrate una nuova proposta di PII "*Milano4You*" che veniva poi approvata nel maggio del 2015.

Sempre nel mese di maggio del 2015, intanto, le banche creditrici del Fondo, alcune delle quali, peraltro, partecipavano al capitale della SGR, prestavano una adesione di massima all'Accordo di ristrutturazione dei debiti predisposto da VEGAGEST, condizionando, però, l'adesione definitiva al completamento dell'iter amministrativo con il Comune di Segrate.

Il 30 settembre 2015 la SGR, per scongiurare eventuali iniziative individuali da parte di quei creditori con i quali ancora non era stato raggiunto un Accordo per la ristrutturazione dei debiti, presentava l'istanza di sospensione al Tribunale di Milano ex art. 182 bis comma 6 L.F., di cui è cenno nel paragrafo precedente. Istanza che, come detto, veniva accolta in data 3 dicembre 2015 con ordine alla SGR di depositare, entro e non oltre l'11 febbraio 2016, l'Accordo di ristrutturazione dei debiti e la Relazione attestativa redatta dal professionista ai sensi dell'art. 182 bis, comma 1, L.F.⁸

Inaspettatamente, però, il Comune di Segrate, con provvedimento del 19 novembre del 2015, sospendeva anche il procedimento di adozione del PII "*Milano4You*" disponendo che lo stesso fosse raccordato con la Variante al Piano di Governo del Territorio (PGT) ed alla connessa Valutazione Ambientale Strategica (VAS) poco prima avviata.

Naturalmente, la VEGAGEST rappresentava all'amministrazione comunale che tale ulteriore inatteso *stop* e conseguente allungamento dei tempi della procedura di approvazione del PII sarebbe stato incompatibile con la durata residua del Fondo ASTER fissata, dopo diverse delibere di rinvio, al 31.12.2015 e, soprattutto, con l'interesse dei creditori del Fondo e degli operatori del settore che si erano mostrati interessati a rilevare l'operazione immobiliare.

.

⁷ Art. 57, comma 6 bis del Decreto Legislativo n.58 del 24 febbraio 1998: Testo Unico della Finanza

⁸ V. nota 2

La SGR, quindi, avviava una serie di iniziative giudiziarie in sede amministrativa a tutela della posizione del Fondo ASTER e dei suoi creditori con i quali era già stata raggiunta un'intesa di massima sull'Accordo e sul Piano. Il Comune di Segrate, a sua volta, chiedeva l'accertamento della decadenza della Convenzione del PII vigente e la condanna anche della VEGAGEST al risarcimento di tutti i danni.

Instaurati i processi, però, riprendevano le trattative tra il Comune e la SGR affinché il Comune approvasse in via definitiva il PII "Milano4You" entro il 30 ottobre 2016, previo adeguamento dello stesso da parte della SGR alla Variante del PGT (in sostanza era prevista una significativa riduzione della volumetria residenziale edificabile).

I Partecipanti al Fondo ASTER, dal canto loro: (i) dichiaravano a VEGAGEST la disponibilità ad una ulteriore proroga del termine di durata del Fondo per dare modo alla società di gestione di continuare la negoziazione sia con il Comune per l'approvazione definitiva del progetto immobiliare e sia con i creditori del FONDO per l'approvazione di un Accordo definitivo per la ristrutturazione dei debiti e (ii) confermavano la disponibilità a dare attuazione all'assetto partecipativo che era stato prefigurato nell'Accordo Interbancario dell'ottobre 2015 per effetto della conversione dei crediti bancari in quote di nuova emissione del Fondo e della immissione di nuova finanza da parte di un terzo (la Phoenix o altro operatore industriale) al fine di preservare il valore dell'area Cascina Boffalora nella prospettiva che il PII "Milano4You" venisse definitivamente approvato dal Comune di Segrate.

VEGAGEST assumeva, quindi, una serie articolata di impegni nei confronti del Comune di Segrate al fine di ottenere nei tempi tecnici necessari l'approvazione definitiva del progetto immobiliare; i Partecipanti al FONDO ASTER, dal canto loro, davano fiducia alle attività poste in essere dal gestore VEGAGEST e prorogavano ancora una volta la durata del Fondo al 30.6.2017.

Lo stato di crisi in cui era entrato il Fondo ASTER, per colpa principalmente delle difficoltà incontrate sulla strada delle autorizzazioni amministrative al progetto immobiliare, aveva finito con il riverberarsi anche sulla situazione patrimoniale della stessa VEGAGEST – come vedremo nei paragrafi successi – per il rischio di perdere gli ingenti crediti vantati nei confronti della ASTER stessa per le commissioni di gestione non pagate.

L'organo di amministrazione della SGR, pertanto, mentre si adoperava per "sbloccare" le autorizzazioni ammnistrative necessarie alla prosecuzione dell'iniziativa immobiliare,

il 29 luglio del 2016 formalizzava tutti gli accordi con la maggioranza (in termini di valore) dei creditori della ASTER e, quindi, presentava al Tribunale di Milano il ricorso ex art. 182 bis L.F.

In conclusione, gli accordi venivano formalizzati e sottoposti al vaglio del Tribunale senza che il Piano desse alcuna certezza circa la favorevole conclusione dell'iter amministrativo e ciò, naturalmente, influì non poco sulla concretezza del Piano e sulle garanzie dei pagamenti (salvo naturalmente quelli relativi ai creditori non aderenti), in quanto il programma elaborato dalla VEGAGEST prevedeva diverse variabili in funzione sia dell'ottenimento o meno delle autorizzazioni e sia di altre condizioni tanto determinanti quanto incerte.

3. CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ DEL RICORSO VEGAGEST

3.1. IN GENERALE

I consulenti cui la VEGAGEST aveva affidato la gestione e la cura del salvataggio della ASTER (ed indirettamente di essa SGR) dovevano affrontare, tra le altre, una serie numerosa di difficoltà tecnico-giuridiche per la preparazione del ricorso per l'omologazione dell'Accordo raggiunto con i creditori del Fondo.

Difficoltà che, sotto il profilo formale, nascevano dalla novità del caso mai trattato prima nelle Corti italiane, vista la particolare natura giuridica delle Società di Gestione del Risparmio e dei Fondi Comuni di Investimento, sottoposti alla disciplina speciale del T.U.B. e del T.U.F. che fissa regole specifiche diverse rispetto al diritto comune. Sotto il profilo sostanziale, le difficoltà affrontate erano connesse principalmente alla mancanza nell'Accordo sottoposto all'omologa di un percorso chiaro ed univoco viste le numerose variabili operative previste.

Come vedremo, però, il Tribunale di Milano s'interessò poco degli aspetti di merito, ritendo suo precipuo dovere che fosse garantito il pagamento integrale e puntuale dei creditori "non aderenti", mentre sul resto dell'accordo e cioè per la parte che riguardava il pagamento dei creditori aderenti, si rimise sostanzialmente alla scelta da questi assunta con la sottoscrizione dell'Accordo, sancendo, di fatto, il "disinteresse" del Giudice alla parte degli ADR rimessa alla libera negoziazione privata tra ricorrente e creditori.

Le questioni afferenti all'ammissibilità del ricorso sotto il profilo formale, invece, erano dirimenti, in quanto, ove non fossero state accolte le tesi della VEGAGEST, l'esito della procedura sarebbe stato inevitabilmente negativo.

3.2 DIRITTO DELLE SOCIETÀ DI GESTIONE DEL RISPARMIO SGR AD AVVALERSI DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI EX ART. 182 BIS L.F.

Il primo problema affrontato fu quello di verificare - e convincere il competente Tribunale di Milano - che la VEGAGEST, quale SGR Società di Gestione del Risparmio⁹, rientrasse

^{. . .}

⁹ L'attività delle SGR è disciplinata dagli artt. 32 quater e ss. del <u>Testo Unico della Finanza - T.U.F.</u> Le SGR (Società di gestione del risparmio) sono società per azioni alle quali è riservata la possibilità di prestare congiuntamente il servizio di gestione collettiva e individuale di patrimoni. Le SGR sono autorizzate a: (i) gestire fondi comuni di propria istituzione e patrimoni di SICAV o SICAF; (ii) prestare il servizio di gestione di portafogli; (iii) prestare il servizio di consulenza in materia di investimenti; (iv) prestare il servizio di ricezione e trasmissione di ordini, qualora autorizzate a prestare il servizio di gestione di Fondi di investimento alternativi (FIA).

comunque, nonostante fosse sottoposta alla disciplina speciale del T.U.F., tra i soggetti abilitati ai sensi dell'art. 182 bis L.F. a fare ricorso alla procedura degli Accordi di Ristrutturazione dei Debiti.

Il 1° comma del richiamato art. 182 bis L.F. stabilisce che possono avvalersi del citato strumento solo gli *imprenditori in stato di crisi*, sicché era prima di tutto necessario accertare la sussistenza della qualità di "imprenditore" in capo al soggetto ricorrente e la presenza di uno "stato di crisi".

Per quanto riguardava la qualità di "imprenditore", la ricorrente SGR evidenziava come la detta norma non ponesse alcuna distinzione in termini di "dimensione" o "natura" dell'imprenditore¹⁰ e come l'attività posta in essere dalla SGR – ovvero gestione del patrimonio separato del Fondo Comune di Investimento – rientrasse certamente nella categoria delle attività imprenditoriali¹¹.

Il problema, però, era soprattutto un altro, e cioè se la Società di Gestione del Risparmio, in quanto sottoposta alla disciplina speciale prevista per gli intermediari finanziari (bancari e non bancari) e nonostante quanto stabilito dall'art. 80, comma 6, T.U.B.¹² e dall'art. 57, comma 3, T.U.F.¹³, potesse comunque considerarsi autorizzata ad avvalersi delle procedure di composizione delle crisi previste dal diritto comune e, nello specifico, degli Accordi di ristrutturazione dei debiti ex art.182 bis L.F.

_

I FIA sono fondi comuni che investono in strumenti finanziari e attività immobiliari caratterizzati da un minor grado di liquidità rispetto agli altri fondi comuni di investimento (Organismi di Investimento Collettivo in Valori Mobiliari - OICVM).

Le SICAV (Società di investimento a capitale variabile) e le SICAF (Società di investimento a capitale fisso) sono organismi di investimento collettivo del risparmio costituiti in forma societaria, introdotti nel nostro ordinamento rispettivamente dal decreto legislativo 84/1992 e dal decreto legislativo 44/2014 e attualmente disciplinati dal <u>Testo Unico della Finanza</u> (TUF). Gli investitori nel patrimonio di una SICAV possono in qualunque momento ottenere il rimborso del loro investimento; gli investitori nel patrimonio di una SICAF sono vincolati a mantenere il loro investimento per tutta la durata della società.

Le SGR, le SICAV e le SICAF sono sottoposte alla vigilanza della Banca d'Italia e della Consob e iscritte in appositi albi tenuti dalla Banca d'Italia: l'Albo delle SGR (Sezioni Gestori di OICVM e Gestori di FIA), l'Albo delle SICAV (Sezioni OICVM e FIA) e l'Albo delle SICAF (Fonte: https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/intermediari/#3

¹⁰ Bonfatti S. – Censoni P.F., *Lineamenti di diritto fallimentare, Padova, 2013, p.226,*

¹¹ L'art. 2082 c.c. stabilisce testualmente che "E' imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi".

¹² L'art. 80 , comma 6, T.U.B. stabilisce testualmente che: "6. Le banche non sono soggette a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta prevista dalle norme della presente sezione; per quanto non espressamente previsto si applicano, se compatibili, le disposizioni del codice della crisi e dell'insolvenza (Comma così modificato dall'art. 369, comma 1, lett. d), D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.)

¹³ 3. L'art. 57 del T.U.F. prevede che: "...Si applicano, in quanto compatibili, l'articolo 80, comma da 3 a 6, e gli articoli ... del Testo unico bancario, intendendosi le suddette disposizioni riferite alle Sim, alle società di gestione del risparmio, alle Sicav, alle Sicaf in luogo delle banche, e l'espressione "strumenti finanziari" riferita agli strumenti finanziari e al denaro ...".

In merito al requisito soggettivo richiesto ai fini dell'ammissibilità del ricorso agli ADR si rinvia per un esame più approfondito della normativa e del dibattito dottrinale e giurisprudenziale al successivo Capitolo II, § 2.2.¹⁴

Sul punto, comunque, il Tribunale di Milano, con il provvedimento di omologazione degli Accordi proposti dalla SGR VEGAGEST, accoglieva la tesi della ricorrente secondo la quale la predetta normativa speciale non vietava, però, il ricorso alle procedure di composizione delle crisi che non fossero qualificabili come "procedure concorsuali" e, ad avviso dei giudici milanesi, l'Accordo di ristrutturazione non era qualificabile come procedura concorsuale.

La questione della natura concorsuale o meno degli ADR¹⁵, in verità, era già ampiamente dibattuta dalla dottrina e dalla Giurisprudenza ed è possibile fin d'ora ipotizzare che, alla luce della Giurisprudenza più recente, il ricorso della VEGAGEST probabilmente sarebbe stato dichiarato inammissibile in quanto, al momento, si ritiene che gli ADR siano anch'essi da ricomprendere tra le procedure aventi natura concorsuale.¹⁶

Nel 2016, però, il Tribunale di Milano approvava la richiesta della SGR sulla scorta delle seguenti considerazioni:

-«... che, tuttavia, quanto a questo problema, si deve rilevare come il combinato disposto delle due previsioni normative teste citate (art. 80 comma 6 TUB ed art. 57 comma 3 TUF) 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 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

¹⁴ Nel capitolo II, § 2.2 si analizzerà quale impresa può accedere all'accordo (imprenditore commerciale, imprenditore agricolo, società irregolare, società di fatto, società di assicurazioni, società cancellate, gruppi di imprese, società finanziarie, etc.).

¹⁵ V. infra capitolo II, § 2.1.

¹⁶ Cassazione n.1182 del 18.1.2018; cassazione n.16347 del 21.6.2018

ravvisabile un provvedimento giudiziale di apertura; 2) è assente un organo deputato alla gestione della procedura; 3) non si realizza l'apertura del concorso tra 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)».

I giudici meneghini, comunque, ponevano in evidenza anche le linee di pensiero contrarie, secondo le quali gli ADR andavano ricompresi tra le procedure concorsuali sulla base di diversi 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 ADR nel Regolamento CEE n.848/2015; ...».

In ogni caso, il Tribunale voleva condividere la tesi della ricorrente circa la sua qualità di "imprenditore" e la possibilità di ricorrere al procedimento ex art. 182 bis e ss. L.F. perché non avente natura concorsuale.

Naturalmente, sempre sotto il profilo della sussistenza dei presupposti soggettivi di ammissibilità del ricorso, la SGR evidenziava ai giudici milanesi che, ferma la natura di imprenditore di essa SGR e ferma la classificazione degli ADR quali procedimento non avente natura concorsuale, l'attività della ASTER era certamente una *normale attività di natura immobiliare*¹⁷, sicché, anche per tale motivo, non vi sarebbe stata alcuna ragione per non ritenere ad essa applicabile il diritto concorsuale comune e, quindi, anche la procedura degli Accordi di Ristrutturazione dei Debiti.

3.3 DIRITTO DELLA SGR DI AVVALERSI DEGLI ADR NELL'INTERESSE DI UN FONDO COMUNE DI INVESTIMENTO

Ancora sotto il profilo soggettivo, i consulenti della ricorrente dovevano affrontare un'altra questione altrettanto se non più spinosa ancora e cioè l'ammissibilità del ricorso agli ADR da parte della SGR per conto e nell'interesse di un Fondo Comune di Investimento; problematica "spinosa" anche in relazione alla specifica e particolare natura giuridica del Fondo medesimo.

svolgente attività d'impresa.

15

¹⁷ Il Fondo era stato costituito per l'acquisto di terreni, la loro edificazione e la vendita degli edifici, a nulla rilevando la circostanza che l'esercizio di tale attività fosse funzionale a soddisfare l'obiettivo di investimento dei partecipanti del Fondo, la cui posizione era assimilabile a quella dei soci di una società

In considerazione del fatto che i Fondi Comuni di Investimento, secondo la Giurisprudenza e la dottrina prevalente, erano considerati privi di autonoma soggettività giuridica, rappresentando solo una sorta di patrimonio separato della SGR – tesi, peraltro, confermata anche da una recente sentenza della Corte di Cassazione ¹⁸, a fronte dell'obiezione secondo la quale, proprio per questo motivo, non sarebbero stati applicabili gli istituti di composizione delle crisi previsti dalla legge fallimentare (come gli ADR), la ricorrente poneva in luce che, al contrario, il diritto anche per i FCI di avvalersi – tramite le SGR – di tali procedimenti era da rinvenire proprio nell'art. 57 comma 6 *bis* del TUF¹⁹ il quale permette alla SGR di attivare, nell'interesse del Fondo che si trovi in stato di insolvenza, una procedura assimilabile alla Liquidazione.

La ricorrente, cioè, traeva da tale analisi una duplice conclusione: a) che proprio la predetta norma (art 57 comma 6 bis del TUF) attesta che una procedura concorsuale (che richiama la disciplina delle situazioni di crisi d'impresa) può essere disposta nei confronti di un Fondo Comune di Investimento nonostante tale patrimonio sia privo di soggettività giuridica; b) che se la SGR è autorizzata ad attivare nell'interesse del FCI la procedura prevista dal predetto art. 57 comma 6 bis del TUF, per quale motivo non dovrebbe essere facultata, ricorrendone i presupposti oggettivi²⁰, ad avvalersi sempre nell'interesse del Fondo da essa gestito, anche di qualsiasi altro strumento negoziale di gestione della crisi d'impresa, come gli ADR previsti dalla legge fallimentare di diritto comune ?

¹⁸ La Cassazione con la sentenza n. 12062 dell'08/05/2019 si è nuovamente pronunciata sulla questione della natura giuridica dei fondi comuni d'investimento, esprimendo il seguente principio di diritto: "I fondi comuni d'investimento sono privi di autonoma soggettività giuridica, costituendo patrimoni separati della società di gestione del risparmio sottolineando che, in caso di acquisto nell'interesse del fondo, l'immobile acquistato deve essere intestato alla società promotrice o di gestione la quale ne ha la titolarità formale ed è legittimata ad agire in giudizio per far accertare i diritti di pertinenza del patrimonio separato in cui il fondo si sostanzia".

Secondo la detta decisione i fondi fanno parte dei c.d. OICR (organismi collettivi d'investimento) ed hanno lo scopo di permettere a più soggetti d'investire le proprie risorse acquistando le quote di un patrimonio il quale verrà successivamente gestito in monte da un soggetto terzo (Cfr. art. 1 comma 1, lett. J) del TUF). Il TUF all'art. 36 comma 4 definisce i fondi comuni d'investimento come un "patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione del risparmio e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società [...]".

¹⁹ La norma prevede testualmente che: "Qualora le attività del Fondo o del comparto non consentano di soddisfare le obbligazioni dello stesso e non sussistano ragionevoli prospettive che tale situazione possa essere superata, uno o più creditori o la SGR possono chiedere la liquidazione del fondo al Tribunale del luogo in cui la SGR ha la sede legale …"

²⁰ Carriere P., FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO TRA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE E SOLUZIONI NEGOZIALI DI CRISI D'IMPRESA, IL FALLIMENTO, 2014 (6), 617 e ss. secondo il quale: "Peraltro, anche laddove si ritenesse il Fondo carente di autonoma soggettività ... nulla potrebbe opporsi all'adozione di strumenti di gestione e superamento della crisi (Piani Attestati o Accordi di Ristrutturazione) da parte, allora, della SGR (che quindi sarebbe individuabile formalmente come soggetto procedente) pur sempre, però, "per conto" e "nell'interesse" del Fondo "in crisi", e, quindi, secondo lo schema classico e consolidato che vede nella SGR il soggetto agente di un'attività giuridica i cui effetti sono poi ribaltati sul Fondo ..."

Il Tribunale di Milano, quindi, affrontava anche questa tematica e la risolveva, ancora una volta, in senso favorevole alla ammissibilità del ricorso, ma con una motivazione divergente, se non addirittura opposta, alla tesi giuridica proposta dalla ricorrente, in quanto riteneva di aderire a quella parte della dottrina che considerava il Fondo Comune di Investimento dotato di soggettività giuridica autonoma oltre che caratterizzato dal cd. patrimonio separato.

I giudici milanesi, infatti, confermavano l'orientamento già espresso con il decreto del 3 dicembre 2015 con il quale avevano accolto l'istanza di sospensione ex art. 182 bis comma 6 L.F. proposto dalla SGR nell'interesse della ASTER, sulla scorta delle seguenti argomentazioni:

«I) va in primo luogo considerato come sempre più forte si manifesti l'orientamento dottrinale che riconosce al Fondo chiuso soggettività giuridica autonoma, oltre che la già riconosciuta caratteristica di patrimonio separato (Cass. 15 luglio 2010 n.16605), al punto che una recente decisione di questo stesso Tribunale (...), sulla base di argomentazioni che merita qui richiamare:

- a) inserimento al comma 6 dell'art.36 del TUF delle parole "delle obbligazioni contratte per suo conto, il fondo comune di investimento risponde esclusivamente con il proprio patrimonio", così confermandosi che "il patrimonio è proprio del fondo non dunque della SGR";
- b) approvazione della legge 183/2011 il cui art.6 comma 1 prevede la possibilità per il MISE di conferire o trasferire beni immobili dello Stato ad uno o più fondi di investimento immobiliare;
- c) introduzione nel TUF del comma 6 bis dell'art. 57 TUF, che prevede la possibilità di ammettere i fondi comuni di investimento alla procedura di liquidazione coatta amministrativa indipendentemente dalla SGR che li gestisce

conclude che "si tratta di tre innovazioni normative sopravvenute (...) che tutte univocamente si pongono nel senso di riconoscere autonomia patrimoniale – dunque capacità di essere titolari di diritti sostanziali e processuali – ai fondi comuni di investimento", in tal modo permettendo di derivare logicamente la possibilità di trattare il fondo chiuso come soggetto la cui crisi può essere risolta mediante l'accordo di ristrutturazione»;

Il Tribunale milanese, quindi, poneva l'accento sulla soggettività giuridica autonoma dei FCI a differenza di quanto sostenuto dalla ricorrente a supporto della tesi sull'ammissibilità del ricorso.

I Giudici meneghini, però, nel prosieguo della disamina, prendevano in esame anche la tesi della ricorrente - cioè l'assenza di soggettività giuridica autonoma dei FCI – peraltro confermata anche dalla citata sentenza della Cassazione n. 12062/2019 e giungevano, comunque, alla stessa conclusione e cioè alla dichiarazione di ammissibilità del ricorso:

«II) In secondo luogo, anche a non voler aderire a tale conclusione sicuramente innovativa, resta il fatto che la già citata previsione di cui all'art. 57, comma 6, bis, TUF, nell'ammettere il Fondo (e non la sola SGR) alla procedura di liquidazione coatta amministrativa (e quindi nel delineare una procedura che investe il Fondo al di là della sua soggettività giuridica), apre nettamente lo scenario di un impiego – sempre per il solo Fondo (ed al di là della sua autonomia soggettiva) – di strumenti alternativi di soluzione della crisi, senza che si debba affermare in alcun modo come presupposto necessario lo stato di crisi della SGR medesima (che quindi ben può attivare tali strumenti quando la crisi investa il Fondo in sé e non la SGR), ed anzi dovendosi concordare con chi lamenta che, diversamente opinando, si dovrebbe rilevare una lacuna normativa nel caso in cui la situazione di crisi che interessasse il Fondo, non fosse pienamente sussumibile nell'art. 57, comma 6 bis, TUF. In conclusione deve ritenersi che un Fondo chiuso che si trovi in stato di crisi ben possa – attraverso la SGR che lo rappresenta – fare ricorso allo strumento dell'accordo di ristrutturazione la cui omologa, conseguentemente, potrà avvenire una volta verificato lo stato di crisi del Fondo (e non della SGR) e previa adesione di almeno il 60% dei creditori del Fondo medesimo, considerata la evidente natura imprenditoriale dell'attività che tramite il Fondo viene svolta».

Il Tribunale, quindi, condivideva le ragioni circa l'ammissibilità del ricorso fatte valere dalla ricorrente, sebbene con motivazioni pur significativamente differenti.

In ogni caso, i giudici meneghini, sotto il profilo formale, confermavano la qualità di imprenditore della SGR, la natura imprenditoriale dell'attività svolta dal FCI, la possibilità per la SGR di avvalersi degli ADR perché non rientranti tra le procedure aventi natura concorsuale, la possibilità per il FCI di utilizzare tramite la SGR lo strumento predetto sia nell'ipotesi che si ritenesse di aderire alla tesi per la quale il FCI non aveva soggettività giuridica autonoma e sia nell'ipotesi opposta.

La natura semi-negoziale degli ADR e la certezza che i creditori "non aderenti" sarebbero stati comunque soddisfatti integralmente, ha indotto i giudici milanesi a superare, laddove possibile, ogni ostacolo formale per consentire la realizzazione dell'ACCORDO ed il

salvataggio della ASTER. Con ogni probabilità, infatti, una posizione più rigida da parte dei giudici milanesi avrebbe portato al rigetto del ricorso VEGAGEST ed avrebbe avviato la ASTER verso la liquidazione giudiziale con probabile maggiore danno dei creditori del Fondo.

L'obiettivo principale degli ADR, cioè la salvaguardia dei diritti dei creditori non aderenti ed il salvataggio dell'impresa, ha probabilmente motivato il Tribunale ad assumere un atteggiamento di maggiore *favor* nei confronti del ricorrente, ma induce anche ad una riflessione sul bilanciamento delle esigenze di rispetto formale delle norme, cui il magistrato deve istituzionalmente tendere, con il diritto delle parti interessate dagli ADR alla libera gestione dei propri interessi economici; ovvero, fino a che punto, di fronte ad una chiara manifestazione di volontà dei soggetti coinvolti nello stato di crisi dell'azienda, sia ammissibile che da parte del giudice venga assunta una posizione di estremo rigore e fino a che punto, invece, non sia legittimo attendersi un più logico pragmatismo.

3.4 STATO DI CRISI DEL FONDO (E DELLA SGR) — PATRIMONIO SEPARATO DEI FONDI COMUNI DI INVESTIMENTO

L'art. 182 bis comma 1 L.F. prevede che l'imprenditore per potersi avvalere dello strumento degli ADR deve versare in stato di crisi.

La VEGAGEST nel ricorso evidenziava che lo stato di crisi riguardava in via diretta e principale il FONDO ASTER (mancanza di liquidità per proseguire l'iniziativa e *deficit* patrimoniale di circa 40 mil./euro), ma in via indiretta anche la stessa SGR, in quanto le difficoltà della ASTER impedivano alla SGR di percepire già da alcuni anni le commissioni di gestione che costituivano la sua unica fonte di ricavi (il credito della SGR nei confronti della ASTER ammontava ad oltre euro 7 mil./€).

Naturalmente, la ricorrente evidenziava che, in presenza di una pluralità di patrimoni separati, come nel caso della SGR che sia costituita proprio in funzione della gestione di più Fondi Comuni di Investimento, era necessario stabilire a quali di questi patrimoni fare riferimento per una corretta applicazione delle norme che disciplinano l'istituto degli ADR, in relazione, soprattutto, alla verifica delle percentuali dei creditori aderenti e all'ammontare delle passività che, invece, andavano soddisfatte in via integrale.

La VEGAGEST, quindi, illustrava che la normativa sugli ADR non prevedeva alcuna preclusione per le società che avessero costituito patrimoni separati ex art. 2447 bis e ss.

c.c., sicché nessun impedimento poteva essere ipotizzato nemmeno per le SGR che nascevano proprio per la gestione di una pluralità di patrimoni separati (quelli dei FCI ad essa facenti capo). Conseguentemente, concludeva sul punto la ricorrente, le disposizioni previste dall'art. 182 bis e ss. L.F. andavano applicate con riguardo ai rapporti giuridici facenti capo al patrimonio separato nel contesto del quale si erano prodotte le difficoltà che avevano determinato lo stato di crisi della società e sui quali s'intendeva intervenire con il ricorso all'Istituto dell'Accordo.

La ricorrente, quindi, chiariva subito il principio per il quale lo stato di crisi da trattare con lo strumento degli ADR riguardava in via diretta il FONDO ASTER e che la sua natura di patrimonio separato della SGR escludeva in radice qualsiasi corresponsabilità/solidarietà di quest'ultima²¹.

La VEGAGEST, però, nel dubbio che il Tribunale potesse trovare difficoltà nell'accogliere un ricorso ex art. 182 bis L.F. senza che la ricorrente versasse (direttamente) in stato di crisi, si premurava di spiegare che, comunque, la crisi di ASTER, ove non "curata", avrebbe certamente posto in stato di crisi anche la stessa SGR.

Il Tribunale di Milano, quindi, accoglieva nuovamente la rappresentazione della problematica posta dalla VEGAGEST, rilevando come fosse ammissibile che il ricorso agli ADR venisse presentato dalla ricorrente in relazione allo stato di crisi del Fondo da essa gestito (a prescindere dalla circostanza che lo stato di crisi di ASTER si sarebbe potuto estendere anche alla VEGAGEST che, pertanto, era comunque legittimata a presentare il ricorso)²².

.

²¹ V. nota n.19

²² Anche in relazione alla presente tematica, il provvedimento del Tribunale di Milano appare ispirato nuovamente al favor nei confronti dell'ammissibilità del ricorso "ad ogni costo", laddove aderisce alla teoria del FCI dotato di autonoma soggettività giuridica sebbene caratterizzato dal cd. patrimonio separato e ciò nonostante ritiene pacificamente ammissibile il ricorso presentato dalla SGR per il Fondo, senza che lo stato di crisi nemmeno riguardi la ricorrente in prima persona.

4. IL PRESUPPOSTO OGGETTIVO: LA SITUAZIONE ECONOMICO, PATRIMONIALE E FINANZIARIA DEL FONDO E DELLA SGR — RELAZIONE ATTESTATIVA EX ART. 182 BIS L.F.

4.1 SITUAZIONE ECONOMICA, PATRIMONIALE E FINANZIARIA DELLA ASTER E SUO STATO DI CRISI

La VEGAGEST documentava la situazione patrimoniale e finanziaria della ASTER depositando un Rendiconto alla data del 31.12.2015, aggiornato alla data del 31.3.2016. I dati principali di tale Rendiconto venivano indicati nel ricorso ai fini di una più agevole comprensione dell'Accordo e della fattibilità del Piano ed erano – in via di estrema sintesi – i seguenti:

Tab. 1

ATTIVO				
Codice conto	Descrizione	Saldo al 31.3.2016		
005	Immobili	48.328.234,10		
009	Liquidità disponibili	2.186.160,55		
011	Crediti	170.215,41		
013	Altre attività	107.290,40		
Totale Attivo		50.791.800,46		

Il valore degli immobili corrispondeva alle risultanze della Relazione di stima redatta dagli Esperti indipendenti ai sensi dell'art. 14 bis, comma 4, L.86/1994²³ e dell'art. 17, Titolo VI, DM 228/1999²⁴.

In sostanza, l'importo di euro 48.328.234,10 rappresentava la previsione di realizzo in sede di vendita delle aree e degli immobili già realizzati, nello stato in cui si trovavano senza procedere con il completamento del progetto immobiliare.

In merito alle altre poste dell'attivo, l'Esperto indipendente, invece, nella sua Relazione Attestativa, dichiarava che, a suo parere, il valore di realizzo effettivo: (i) dei *crediti* era da considerare pari a zero; (ii) delle *altre attività* era pari ad euro 50.951,41 e cioè egli riteneva effettivamente recuperabili solo i crediti verso l'Erario.

²⁴ L'art. 17, Titolo Vi del DM 228/1999 (Regolamento attuativo dell'art. 37 del TUF concernente la determinazione dei criteri generali cui devono essere uniformati i fondi comuni di investimento) specifica i requisiti che deve avere l'esperto indipendente

²³ La Legge n.86 del 25.1.1994 istituisce e disciplina i Fondi Comuni di Investimento Immobiliari di tipo chiuso e l'art. 14 bis, comma 4, prevede che il valore degli immobili deve essere periziato da esperti indipendenti.

Tab.2

PASSIVO				
Codice conto	Descrizione	Saldo al 31.3.2016		
025	Depositi bancari passivi	69.430.286,10		
025.01	- Carife	39.660.957,32		
025.02	- Cr. Cento	6.245.545,58		
025.03	- Pop. Bari	10.891.367,14		
025.04	- Unibanca – Cr. Cesena	12.632.416,06		
027	Finanziamenti ricevuti	5.530.127,38		
027.01	- Mutuo chirografario Cassa Risp. Ferrara	5.530.127,38		
031	Altre passività	16.597.186,57		
031.01	- Debiti v/Fornitori Italia	860.170,31		
031.05	- Debiti per provvigioni non liquidate	8.043.627,03		
031.09	- Ratei passivi	30.036,00		
031.13	- Debiti diversi	2.441.593,83		
031.15	- Depositi cauzionali e caparre	2.792.788,35		
031.07	- Debiti d'imposta	167.866,50		
031.19	- Fondo accantonamento rischi diversi	2.261.104,55		
Totale Passivo 91.557.600,0				

Il Passivo complessivo del FONDO, quindi, era pari ad euro 91.557.600,05 con ciò già evidenziando un *deficit* patrimoniale superiore ad euro 40.000.000,00.

Fortunatamente per la ASTER, però, l'82% circa del passivo era costituito da crediti vantati dalle banche in via chirografaria, mentre un residuo 9% circa dal credito vantato dalla stessa SGR e tale circostanza rappresentava una *chance* non indifferente per la VEGAGEST ai fini del raggiungimento di un Accordo con i creditori del Fondo, visto che l'assenza di garanzie reali da parte del ceto creditore bancario e la loro "naturale" predisposizione e capacità alla gestione delle perdite su crediti li rendeva certamente più malleabili al sacrificio, rispetto ad eventuali creditori o garantiti in via reale o finanziariamente incapaci di sopportare una perdita elevata.

La VEGAGEST nella stesura del ricorso procedette all'analisi dettagliata del passivo al fine di scomporre e suddividere i creditori tra le categorie di appartenenza, individuando quelli portatori di crediti prededucibili, i creditori privilegiati e suddividendo i creditori chirografari tra "aderenti" e "non aderenti".

In primis, quindi, si individuavano i creditori prededucibili ex art. 111 L.F.: 25

²⁵ L'art. 111 della legge fallimentare stabilisce l'ordine di pagamento dei creditori in sede fallimentare ed individua la categoria dei creditori prededucibili. In particolare, la detta norma così dispone:

[&]quot;Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:

¹⁾ per il pagamento dei crediti prededucibili (1);

Tab. 3

Creditori prededucibili	Credito	
Advisor legale	261.040,00	100%
Totale prededuzione	261.040,00	

poi i creditori assistiti da privilegio con l'indicazione del tipo di privilegio e, quindi, della norma di riferimento:

Tab. 4

Creditori privilegiati	Causa di prelazione	Credito	
Professionisti	art. 2751 bis n.2	116.675,38	41.00%
Erario c/ritenute	art. 2752 n.1	9.206,00	3,24%
Erario per IMU	art. 2752 e 2778 n.18 e 20	158.660,50	55,76%
Totale privilegio		284.542,88	100.00%

quindi i creditori chirografari rispetto ai quali andavano verificate le maggioranze di cui all'art. 182 bis L.F.:

Tab. 5

Creditori chirografari	Credito	
Debiti verso fornitori	1.717.512,83	1,94%
Debiti bancari e finanziamenti	74.990.449,48	84,90%
Debiti verso SGR	6.773.091,71	7,62%
Debiti verso banca depositaria	75.052,04	0,06%
Debiti diversi	52.192,57	0,10%
Acconti	85.576,77	1,94%
Anticipi da terzi	1.885.278,06	2,13%
Depositi cauzionali e caparre	2.792.788,35	3,16%
Totale chirografari non contestati	88.331.941,81	100,00%
Condominio Boffalora	contestati dal Fondo 1.900.000,00	70,89%
Causa Peraboni	contestati dal Fondo 361.104,55	13,47%
Contestazioni diverse	contestati dal Fondo 418.971,59	15,63%
Totale chirografari contestati	2.680.076,14	100%

TOTALE CHIROGRAFARI	91.012.017,95

Infine, si distinguevano tra creditori aderenti e creditori non aderenti:

_

²⁾ per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge;

³⁾ per il pagamento dei creditori chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso, compresi i creditori indicati al n. 2, qualora non sia stata ancora realizzata la garanzia, ovvero per la parte per cui rimasero non soddisfatti da questa.

Sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge; tali crediti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1)" (2).

⁽¹⁾ Numero sostituito dall'articolo 99, comma 1, lettera a) del D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

⁽²⁾ Comma sostituito dall'<u>articolo 99, comma 1, lettera b) del D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5</u> e successivamente modificato dall'<u>articolo 8, comma 2, del D.Lgs. 12 settembre 2007 n.169</u>, con la decorrenza indicata nell'articolo 22 del medesimo D.Lgs. 169/2007.

Tab. 6

Creditori Aderenti	Importo nominale	Importo min. da liquidare	%	Scadenza
Nuova Cassa Risp. Ferrara	45.208.242,29	18.502.108,85	40,92%	31.12.2017
Cassa di Risp. di Cento	6.531.108,50	2.840.044,13	43,48%	31.12.2017
Banca Popolare di Bari	11.178.939,88	4.742.234,44	42,42%	31.12.2017
Cassa di Risp. di Cesena	12.637.880,93	5.172.230,37	40,92%	31.12.2017
VEGAGEST SGR	7.668.347,65	7.668.347,65	100%	31.12.2017
Oasi nel Parco	425.642,83	425.642,83	100%	31.12.2017
RED	384.300,00	384.300,00	100%	31.12.2017
ATI	2.750.000,00	2.750.000,00	100%	30.09.2016
Fall.to Forza Quattro	952.498,78	500.000,00	52,52%	30.09.2016
TOTALE ADERENTI	87.736.960,86	42.984.907,47	48,99%	

I creditori non aderenti erano rappresentati principalmente dai creditori privilegiati (Erario e Professionisti) e da un discreto numero di creditori medio/piccoli, ma erano pari complessivamente solo ad euro 887.086,46 (9,7% del totale).

Come si vede dalla Tabella 6, gli accordi con i creditori "aderenti" erano tutti l'uno differente dall'altro, in funzione delle negoziazioni svolte con ciascuno di essi prima della presentazione del ricorso per l'omologa.

È interessante osservare, però, come la stessa VEGAGEST, titolare di un credito nei confronti della ASTER superiore a 7 mil./€, peraltro già portato a perdita per oltre il 50%, abbia previsto il pagamento integrale in suo favore, a differenza di altri creditori "estranei" - ai quali, invece, era stato richiesto un sacrificio ben superiore.

La libera negoziazione tra debitore e creditori per il raggiungimento di un accordo di ristrutturazione dei debiti rappresenta, probabilmente, uno degli aspetti più caratteristici degli ADR. La fase negoziale, infatti, come meglio vedremo al successivo Capitolo II, è del tutto priva di vincoli, in quanto ciascun creditore ha la possibilità di gestire il proprio credito nel modo che ritiene più opportuno, in termini di riduzione del suo ammontare, di dilazione dei pagamenti, di rinuncia ad eventuali privilegi o diritti di prelazione, senza che il debitore abbia alcuna necessità di rispettare il principio della *par condicio*, nemmeno in relazione ai creditori appartenenti alla stessa categoria.

La negoziazione della VEGAGEST, sotto questo profilo è sintomatica di tale libertà, visto che ciascun creditore aderente ha ricevuto un trattamento diverso e tutti hanno anche conservato il diritto di valutare in via autonoma e senza apparenti vincoli eventuali modifiche al PIANO.

4.2 RELAZIONE ATTESTATIVA EX ART. 182 BIS L.F.

Ai fini dell'attendibilità dei dati patrimoniali e finanziari di ASTER, va precisato che la ricorrente, in allegato al ricorso per l'omologazione degli ADR, oltre a depositare i predetti rendiconti, documenti, però, redatti dalla stessa beneficiaria, depositava anche, come previsto dalla disciplina degli ADR, la Relazione ex art. 182 bis L.F. redatta da un Professionista indipendente in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, comma 1, lett. a) e b) L.F. così come richiamato dall'art. 67, comma 3, lett. d) L.F. la quale attestò (pag.50-51):

- «la veridicità dei dati aziendali esposti nella proposta di accordo di ristrutturazione e nella documentazione da essa prodotta, dando atto che quanto rappresentato dal Fondo ASTER rispecchia l'effettiva situazione patrimoniale, economica e finanziaria in cui il medesimo attualmente si trova" precisando anche che "l'identificazione e la descrizione delle attività e delle passività risulta, inoltre, sufficientemente analitica e completa, tale da consentire l'immediata percezione della misura dello stato di crisi del Fondo. della natura delle attività che compongono il patrimonio aziendale dei loro vincoli di complementarità»;
- «l'attuabilità dell'accordo su cui si basa la proposta che la società ha sottoposto ai propri creditori, dando atto che lo stesso appare attendibile, sostenibile e coerente ...»,

Secondo la previsione normativa, la Relazione ex art. 182 bis L.F. ha la funzione di sottoporre alla valutazione (con conseguente assunzione di responsabilità) di un esperto indipendente e cioè non legato da alcun tipo di vincolo con la società debitrice beneficiaria del ricorso, l'attuabilità dell'Accordo di ristrutturazione dei debiti in relazione al Piano proposto, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo stesso.

Naturalmente, e tanto rileva ai fini di cui al presente paragrafo, il professionista incaricato di esprime tale parere tecnico motivato, deve necessariamente prendere le mosse dall'analisi dei dati contabili forniti dalla società e dalla loro verifica.

L'Esperto, infatti, a pag. 11 della Relazione dichiara espressamente che : «Le situazioni patrimoniali, economiche e finanziarie analizzate, con i relativi allegati, risultano sufficientemente dettagliate ed i dettagli che le corredano esprimono con chiarezza la situazione del Fondo. Conseguentemente, sulla base della situazione esaminata e delle verifiche effettuate anche a campione, si può esprimere un giudizio professionale

sull'adeguatezza dell'impianto contabile che non ha evidenziato situazioni e discordanze degne di nota».

4.3 DICHIARAZIONE DELL'ESPERTO EX ART. 182 BIS, COMMA 6, L.F.

Sempre ai fini dell'attendibilità dei dati finanziari e patrimoniali del Fondo ASTER, va precisato che la VEGAGEST, in occasione del deposito del ricorso per la sospensione ex art. 182 bis comma 6 L.F. aveva presentato anche la Dichiarazione dell'Esperto (diverso da quello che poi ha redatto la Relazione Attestativa di cui al paragrafo precedente) come richiesto dalla detta norma, anch'essa redatta da un Professionista indipendente il quale, dopo aver eseguito ogni necessario controllo dei dati contabili della ASTER, aver verificato (all'epoca) la esistenza delle trattative con i creditori del Fondo ed aver accertato che l'esecuzione dell'ACCORDO avrebbe fornito quelle risorse finanziarie aggiuntive necessarie, aveva attestato l'idoneità della Proposta di Accordo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori non aderenti.

Anche questo esperto indipendente, quindi, prima della presentazione del ricorso per l'omologazione, aveva sottoposto a controllo e verifica i dati patrimoniali e finanziari della ASTER, attestandone lo stato di crisi, ma anche la possibilità concreta di superarla se si fosse dato corso al PIANO con l'ACCORDO dei creditori a tanto dichiaratisi disponibili.

Il Tribunale, quindi, in sede di omologazione, come detto, non eseguiva alcuna verifica, né direttamente, né con l'ausilio di un proprio ctu, dei dati contabili della debitrice posti a base dell'ACCORDO e del PIANO, ma basava ogni sua valutazione e decisione sulle attestazioni svolte dagli esperti indipendenti nominati dalla debitrice ricorrente.

Il presente argomento verrà poi nuovamente trattato ed approfondito in sede di analisi dell'Istituto al successivo capitolo II .

4.4 STATO DI CRISI DELLA SGR

Come illustrato in precedenza, infine, la ricorrente, ben consapevole della difficoltà che avrebbe posto al Tribunale nel momento in cui avrebbe dovuto omologare gli ADR senza che lo stato di crisi richiesto dal 1° comma dell'art. 182 bis L.F. fosse ad essa ricorrente riferibile, riteneva utile ribadire che il mancato superamento dello stato di crisi della ASTER avrebbe prodotto anche un irreparabile stato di crisi di essa SGR ricorrente – per la perdita dell'ingente credito vantato a titolo di provvigioni – e con essa anche dell'ultimo Fondo Comune di Investimento gestito ed ancora operativo e cioè il Fondo

Europa Immobiliare 1 di tipo aperto (con il rischio, quindi, di provocare un ingente danno anche ai suoi 36.000 quotisti).

Il Tribunale di Milano, però, nel provvedimento con il quale omologava l'Accordo proposto dalla VEGAGEST affrontava solo *en passant* la suddetta questione, deducendo semplicemente quanto segue: «che la ricorrente, consapevole della criticità del profilo in esame, ha, in realtà, operato una prospettazione alternativa, argomentando – come accennato – sia nel senso della possibilità per lo stesso fondo chiuso di concludere (sempre per il tramite della SGR) un accordo di ristrutturazione con i soli creditori del fondo medesimo, sia nel senso di configurare uno stato di crisi della stessa SGR (sulla quale si riverserebbe lo stato di crisi del fondo), legittimando quest'ultima a concludere l'accordo di ristrutturazione».

Successivamente, i giudici meneghini concludevano deducendo che era comunque ammissibile il ricorso presentato dalla SGR nell'interesse del Fondo chiuso da essa gestito per la definizione dello stato di crisi in cui il FCI si trovava.

In sostanza, il Tribunale non riteneva in alcun modo necessario che lo stato di crisi fosse direttamente riferibile alla ricorrente, visto e considerato che aveva già ritenuto ammissibile la presentazione del ricorso da parte della SGR nell'interesse del FCI gestito.

5. IL CONTENUTO DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI SOTTOPOSTO ALL'OMOLOGAZIONE DEL TRIBUNALE E PIANO DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI PER L'ESECUZIONE DELL'ACCORDO

5.1 STRUTTURA DELL'ACCORDO IN GENERALE

L'Accordo per la Ristrutturazione dei Debiti raggiunto dalla VEGAGEST con la grande maggioranza dei creditori del Fondo ASTER (Banche e Intermediari Finanziari), era particolarmente complesso ed articolato perché subordinato al verificarsi di una serie alternativa di condizioni che, a prescindere dal loro accadimento, doveva assicurare comunque il rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 182 bis L.F. e cioè l'integrale pagamento dei creditori non aderenti; inoltre, doveva assicurare ai sottoscrittori dell'accordo (creditori aderenti) il rispetto degli impegni contrattualmente assunti e, sotto tale ultimo profilo, ad avviso di chi scrive, l'Accordo appariva assolutamente approssimativo e carente di certezze, sia in relazione ai pagamenti che ai tempi degli stessi.

L'Accordo prevedeva una Prima Fase "necessaria" finalizzata al pagamento dei creditori non aderenti e a cercare di creare le condizioni per il rilancio dell'iniziativa immobiliare. Nel caso si fossero verificati i presupposti per il rilancio, allora si sarebbe passati alla Fase 2 cd. "eventuale" finalizzata al completamento dell'iniziativa; in caso contrario, la Fase 1 si sarebbe conclusa con il pagamento anche dei creditori aderenti, nella misura indicata nell'Accordo, mediante la liquidazione del compendio immobiliare nello stato di fatto in cui si trovava.

5.2 PRIMA FASE "NECESSARIA" DELL'ACCORDO E SUA ESECUZIONE

La Fase 1, come detto, doveva portare a generare le disponibilità liquide necessarie per dare corso al pagamento integrale dei creditori non aderenti nei termini di legge e doveva concludersi inderogabilmente entro il 31.12.2017.

La Prima Fase prendeva le mosse da un contratto preliminare immobiliare per persone da nominare sottoscritto tra la VEGAGEST e la Europa Investimenti S.p.A., società operante nel settore della realizzazione di investimenti di capitali di rischio nell'ambito del *private* equity²⁶, con il quale la E.I. s'impegnava ad acquistare dal Fondo ASTER le n.25 porzioni

_

²⁶ Secondo la definizione di Borsaitaliana.it, il private equity è una forma di investimento di medio-lungo termine in imprese non quotate ad alto potenziale di sviluppo e crescita (*high grow companies*) effettuata prevalentemente da investitori istituzionali con l'obiettivo di ottenere un consistente guadagno in conto capitale dalla vendita della partecipazione acquisita o dalla quotazione in borsa.

immobiliari già realizzate (Lotto 1 bis) previo versamento di un acconto (pari all'importo quasi integrale del prezzo) di euro 1.500.000.

L'efficacia del contratto preliminare era, però, subordinata alla condizione risolutiva del mancato assenso da parte del Comune di Segrate, entro il 31.12.2017, al subentro di E.I. a VEGAGEST (e per essa al Fondo) per l'esecuzione della Convenzione riguardante gli immobili compravenduti.

In caso di mancato assenso da parte del Comune di Segrate (al subentro di E.I. a VEGAGEST nella Convenzione) il contratto preliminare immobiliare si sarebbe risolto ed avrebbe acquistato efficacia il contratto preliminare mobiliare, concluso in via alternativa sempre tra VEGAGEST ed Europa Immobiliare, in forza del quale la prima si era obbligata a cedere (in via *pro soluto*) alla seconda, per il medesimo prezzo già corrisposto in acconto sul contratto preliminare immobiliare poi risolto, i crediti spettanti al Fondo a seguito della vendita delle n.25 unità immobiliari oggetto del primo contratto (fino alla concorrenza degli importi corrisposti dai terzi acquirenti delle medesime predette unità immobiliari).

Con questo doppio (alternativo) contratto preliminare la VEGAGEST si era assicurata la provvista finanziaria necessaria, in uno con la liquidità in cassa, per onorare tutti gli obblighi necessari alla prosecuzione del programma ed al pagamento dei creditori non aderenti.

L'intervento di Europa Investimenti S.p.A., però, non era finalizzato al mero acquisto delle 25 unità immobiliari già realizzate dalla ASTER, ma all'acquisizione della maggioranza del capitale di VEGAGEST ed al subentro nell'intera operazione immobiliare ancora da realizzare (cd. progetto PII "Milano4You") in corso di

il mercato stesso manifesti fiducia nella società al momento della sua quotazione.

L'attività di *private equity* non comporta unicamente l'apporto di capitale di rischio, ma riguarda anche una serie di attività connesse e strumentali alla realizzazione dell'idea imprenditoriale; fondamentale è l'apporto professionale dello stesso investitore nell'attività della società, di fatto questi partecipa alle decisioni strategiche dell'impresa apportando le proprie conoscenze ed esperienze professionali lasciando all'imprenditore e al management la gestione operativa. Lo stesso investitore istituzionale può essere una figura di prestigio dell'ambiente finanziario, comportando notorietà per l'azienda stessa e facendo sì che

Se la società in cui si è investito ha successo, l'uscita dell'investitore istituzionale si ha quando la società ha raggiunto lo sviluppo previsto. Nel caso di insuccesso l'investitore abbandona quando si rende conto che non è più possibile risolvere la situazione di crisi. Il disinvestimento può avvenire: con la quotazione in Borsa dei titoli della partecipata; con la vendita dei titoli ad un'altra società o investitore istituzionale; con il riacquisto della partecipazione da parte del gruppo imprenditoriale originario; con la vendita a nuovi e vecchi soci. Quando l'investitore istituzionale entra in una società *high growth* durante la fase di start up si parla di "venture capital".

approvazione da parte del Comune di Segrate, come risulterà più chiaro dall'esame delle ulteriori pattuizioni raggiunte tra le parti.

Le banche creditrici del Fondo, che avevano aderito all'accordo e che, si ricorda, erano titolari di oltre il 70% del capitale sociale della VEGAGEST, dal canto loro, si erano irrevocabilmente impegnate:

- a cedere le proprie azioni della SGR ad E.I. subordinatamente al *change of control* da parte di Bankitalia²⁷ al valore simbolico di 1 euro a condizione che l'Accordo fosse omologato dal Tribunale;
- a differire la riscossione dei propri crediti durante tutto il procedimento di omologazione e, in caso di omologa, fino all'esecuzione del Piano sotteso all'Accordo e comunque non oltre il 30.6.2018:
- a rinunciare al 60% circa dei loro crediti nei confronti del FONDO (cd. "crediti subordinati"), nonché agli interessi maturati e maturandi dalla data del 1° gennaio 2016 e fino alla data di cessione da parte del FONDO (esclusa l'ipotesi di sua Liquidazione Giudiziale) dell'*asset* costituito dal complesso immobiliare "Milano Santa Monica" o, in alternativa sino alla data di perfezionamento di un accordo che preveda il rilancio del progetto industriale costruito *sull'asset* di cui sopra.

La rinuncia ai crediti subordinati, però, sarebbe diventata definitiva:

- alla data di cessione dell'asset per il valore stabilito nel Piano di euro 48.828.234,10;
- ovvero alla data di perfezionamento di un accordo in grado di dare l'avvio al progetto industriale compiuto *sull'asset* stesso che fosse ritenuto da ciascun creditore affidabile e non peggiorativo rispetto alle aspettative di ciascuno di essi per il recupero della porzione di credito prevista nell'Accordo;
- o in ultima analisi, alla data del 31.12.2017, con l'intesa che anche parte dei cd. crediti subordinati avrebbe potuto trovare copertura in caso di apprezzamento del valore dell'*asset*, rispetto alla stima effettuata dall'esperto indipendente *Yard Valtech* (pari ai predetti 48.828.234,10), al momento della sua cessione ovvero al momento del perfezionamento di un accordo avente ad oggetto il progetto industriale relativo all'*asset* medesimo.

L'ACCORDO, quindi, nella PRIMA FASE NECESSARIA, prevedeva, in sintesi, anche la rinuncia da parte delle banche a circa il 60% dei loro crediti e la cessione per il prezzo

-

²⁷ Art. 15 Decreto Legislativo n.58/1998 (T.U.F.)

simbolico di 1 euro delle loro partecipazioni in VEGAGEST in favore di E.I., quindi, successivamente, il recupero del 40% circa dei loro crediti dalla liquidazione dell'*asset*. Non è dato comprendere, però, a chi, a quali condizioni ed a quale prezzo sarebbe stato venduto l'*asset* e, quindi, se sarebbero mai state rispettate le previsioni / impegni assunti nell'Accordo.

Tutti gli altri creditori aderenti, invece, si impegnavano a differire al 31.12.2017 la riscossione del credito nella misura ridotta concordata nell'Accordo.

5.3 PIANO FINANZIARIO RELATIVO ALLA PRIMA FASE DELL'ACCORDO

La Fase 1, come detto, doveva portare prima di tutto a generare le disponibilità finanziarie necessarie per procedere al pagamento dei creditori non aderenti entro il secondo semestre del 2016 e poi a creare le condizioni per consentire, entro la fine del 2017, il rilancio dell'iniziativa immobiliare concernente l'asset "Milano Santa Monica", mediante l'intervento di un operatore economico che immettesse nuova finanza in misura non inferiore ad euro 8.000.000; ove si fosse perfezionato l'accordo con tale operatore, si sarebbe passati alla Fase 2 dell'Accordo; in caso contrario, la Prima Fase si sarebbe conclusa con il pagamento anche dei creditori aderenti mediante la liquidazione del patrimonio del Fondo e cioè la cessione dell'asset nelle condizioni in cui si trovava al prezzo valutato dall'esperto indipendente.²⁸

I flussi finanziari previsti dal PIANO per i quattro semestri 2016/2017 possono così sintetizzarsi:

1 ab. 7

Cash Flow	1° sem. 2016	2° sem. 2016	1° sem. 2017	2° sem. 2017
Creditori Aderenti		(1.050.000)		(41.934.907)
Anticipazioni VEGAGEST				(23.823)
Costi running	(470.860)	(898.841)	(519.300)	(1.930.688)
Fondi rischi				(2.318.972)
Totale out flow	(470.860)	(2.572.481)	(519.300)	(46.306.069)
Cessione appartamenti ad E.I.		1.500.000		14.293
Vendita area e beni			313.782	46.18.587
Altri attivi				123.487
Credito IVA				282.153
Totale in flow		1.500.000	313.782	46.538.519
	(470.060)	(4.070.404)	(205 540)	222 450

Flusso di periodo	(470.860)	(1.072.481)	(205.518)	232.450
Cassa iniziale	2.115.625	1.642.765	570.284	3.64.766
Cassa Finale	1.612.765	570.284	364.766	597.216

²⁸ Si fa presente che nell'ACCORDO e nel PIANO none era prevista, però, alcuna garanzia sulla vendita dell'*asset* al termine della Fase 1

Nel corso del primo semestre 2016 erano previste solo le uscite per i costi cd. di *running* del Fondo ASTER e cioè il pagamento dell'IMU, degli acconti ai professionisti incaricati di curare l'approvazione del progetto presso il Comune di Segrate, il pagamento degli oneri condominiali ed altri costi di gestione. Non era previsto alcun incasso e, quindi, il flusso netto di periodo era negativo e le disponibilità finanziarie a disposizione del Fondo subivano un pari decremento.

Nel secondo semestre, invece, era postulata l'omologa dell'Accordo di Ristrutturazione ex art. 182 bis L.F. e, pertanto, oltre al sostenimento dei costi di *running* del Fondo, era previsto il pagamento integrale dei creditori non aderenti ed il pagamento di alcuni acconti ai creditori aderenti. In questo periodo, però, era previsto l'incasso da Europa Investimenti S.p.A. dell'acconto sul contratto preliminare immobiliare o sull'alternativo contratto preliminare mobiliare. Il flusso di periodo netto era ancora negativo ed era coperto dalle disponibilità liquide residue del Fondo.

Nel primo semestre 2017, invece, si prevedeva la conclusione dell'iter amministrativo attivato presso il Comune di Segrate volto, da una parte, ad ottenere le necessarie autorizzazioni alla realizzazione del progetto immobiliare presentato e, dall'altra, a individuare un operatore interessato a rilevare l'operazione immobiliare mettendo a disposizione nuova finanza per almeno euro 8.000.000. Pertanto, le uscite di cassa riguardavano solo i *running cost* che venivano sostenuti con le disponibilità residue di cassa del Fondo, integrate dall'incasso del prezzo di vendita di due unità immobiliari già finite.

Nel secondo semestre 2017, infine, in mancanza dei presupposti necessari per avviare la Fase 2 (ovvero se non si fosse individuato l'operatore disponibile a finanziare l'intervento immobiliare), si sarebbe conclusa la Fase 1 con la liquidazione degli attivi del FONDO ASTER, mediante la cessione a terzi dell'area e degli immobili già realizzati e la soddisfazione dei Creditori aderenti grazie ai proventi realizzati dalla cessione dell'asset. L'eventuale residuo attivo, per la parte non necessaria a fronteggiare ulteriori costi connessi all'esecuzione del Piano nonché alla liquidazione e chiusura del Fondo, sarebbe stato destinato sempre ai "Creditori Aderenti" ad integrazione dell'importo loro corrisposto in virtù dell'Accordo.

Va ribadito, però, che l'Accordo non accennava ad alcun contratto per la vendita dell'*asset*, né ad alcun potenziale acquirente, sicché si trattava solo di mere aspettative tutte da realizzare e concretizzare.

5.4 SECONDA FASE "EVENTUALE" DELL'ACCORDO: IN GENERALE E SUA ESECUZIONE

La Fase 2 "eventuale", come detto, si sarebbe aperta solo a condizione che nel corso della Fase 1 "necessaria" si fosse proceduto al pagamento integrale e puntuale dei creditori non aderenti e si fossero create le condizioni per il rilancio dell'iniziativa (nuova finanza per almeno euro 8.000.000 e sviluppo industriale del complesso immobiliare per l'intervento di un operatore del settore). In caso contrario, la Fase 1 si sarebbe chiusa con la liquidazione dell'*asset* ed il pagamento anche dei creditori aderenti secondo gli accordi da ciascuno di essi raggiunti con la VEGAGEST.

La Fase 2, quindi, si sarebbe caratterizzata per la possibilità di portare a conclusione lo sviluppo industriale del complesso immobiliare, mediante la riproposizione dell'accordo interbancario concluso con le banche creditrici nell'ottobre del 2015, poi non attuato a causa della sospensione e successivo abbandono dell'approvazione dell'originario progetto "Milano4You".

La Seconda Fase, quindi, prevedeva²⁹ che le banche creditrici aderenti rinnovassero gli impegni assunti con l'accordo interbancario già sottoscritto nell'ottobre del 2015:

- esclusivamente con RED s.r.l. (general contractor nonché project manager dell'operazione Milano4You) fino alla data del 31.12.2016 a condizione che la detta società provvedesse ad apportare al Fondo ASTER l'importo di euro 8.000.000 entro il 31.12.2016 ed assumesse tutti gli impegni già previsti nel Term Sheet ³⁰ e nell'accordo interbancario, ovvero
- oltre che con RED s.r.l. con Phoenix o con altro operatore del settore, fino alla data del 30.6.2017.

In conseguenza di ciò le banche si sarebbero obbligate – in luogo della rinuncia prevista come modalità di esecuzione della Fase 1 – a convertire l'80% circa dei crediti vantati verso il Fondo (cd. crediti convertendi) in quote di nuova emissione del Fondo rappresentanti complessivamente il 20% delle quote emesse, riducendo in tal modo l'ammontare dei crediti che avrebbero dovuto essere soddisfatti in denaro .

L'ACCORDO stabiliva, altresì, che in caso mancata realizzazione entro il 30.6.2017 dell'approvazione del PII da parte del Comune di Segrate, o in caso di mancato verificarsi dei "presupposti per il rilancio" e cioè di mancato apporto di nuova finanza, o in caso di

٠

²⁹ V. Relazione attestativa ex art. 182 bis L.F. pagg. 38 e 39

³⁰ Il *Term Sheet* nelle definizioni dell'ACCORDO sta ad indicare "l'accordo operativo concordato tra VEGAGEST SGR e le altre società coinvolte nell'accordo

mancato accordo con RED o Phoenix o altro operatore del settore, l'*asset* sarebbe stato ceduto/liquidato sul mercato entro il 31.12.2017 ed il ricavato sarebbe stato utilizzato per il pagamento dei creditori aderenti.

L'Accordo sottoposto all'omologa da parte del Tribunale prevedeva, infine, ai sensi dell'art. 182 septies comma 2 L.F., l'estensione della sua efficacia anche alla Cassa di Risparmio di Cesena che non aveva aderito all'accordo, nonostante tutte le altre banche creditrici del Fondo, rappresentanti una percentuale complessiva superiore al 75% del totale debiti verso banche avessero prestato il loro consenso. L'applicazione di tale normativa speciale, però, non fu più necessaria, in quanto il Tribunale ebbe modo di prendere atto che nelle more del procedimento di omologazione anche il predetto Istituto aveva prestato il suo assenso all'accordo. Le ultime clausole dell'accordo, infine, riguardavano le ipotesi di risoluzione dello stesso.

Gli elementi principali di esecuzione del detto accordo, pertanto, erano i seguenti:

- immissione di nuova finanza nel Fondo ASTER per almeno 8.000.000 euro da un operatore interessato a sviluppare il nuovo progetto "Milano4You" a fronte della sottoscrizione di quote di nuova emissione del Fondo in ragione del 75% del totale di quelle attuali;
- conversione dei crediti bancari (aderenti), in una misura pari a circa l'80% degli ammontari originari in ulteriori quote di nuova emissione del Fondo ASTER, in ragione del 20% del totale di quelle attuali, riducendo in tal modo l'ammontare dei crediti da soddisfare in denaro.

Tale progetto, in alternativa alla mera liquidazione dello stesso, avrebbe prodotto i seguenti effetti.

- incasso di liquidità per euro 8.000.000 fornita dal nuovo operatore industriale interessato;
- possibilità di dare corso all'esecuzione dei progetti di costruzione previsti dal *Business*Plan grazie all'intervento diretto (tramite apporto full equity) o indiretto (tramite reperimento di nuove linee di credito) dell'operatore industriale;
- diminuzione dell'ammontare complessivo dell'indebitamento nei confronti delle banche da euro 74.960.393,48 (100%) ad euro 16.000.000 (20% circa);
- conversione dell'80% circa dei crediti bancari in ulteriori quote di nuova emissione del Fondo ASTER, in ragione del 20% del totale di quelle attuali.

La situazione dei crediti delle banche aderenti poteva così riassumersi:

Tab. 8

			Tub. 8
Crediti bancari (Fase 2)	Importo nominale Crediti "convertenc		Crediti "esigibili"
Carife	39.660.957,32	31.195.482,58	8.465.474,74
CR Cento	6.245.545,58	4.912.458.54	1.333.087,04
Banca Pop. Bari	10.891.367,14	8.566.647,38	2.324.719,31
Cassa Risp. Cesena (Fid. Carife)	12.000.000,00	9.438.647,38	2.561.352,62
Cassa di Risparmio Cesena	632.416,06	497.429,35	134.986,71
Carife (chirografario)	5.530.107,38	4.349.727,80	1.180.379,58
Totale	74.960.393,48	58.960.393,48	16.000.000

Con l'esecuzione della Fase 2 e cioè con lo sviluppo industriale del progetto, ovvero con il completamento dell'operazione immobiliare, le banche creditrici di ASTER avrebbero recuperato il 20% dei loro crediti ed avrebbero convertito il residuo 80% in quote di nuova emissione del Fondo in ragione del 20% del totale, così procurandosi la legittima aspettativa di recuperare un'altra quota dei loro crediti originari dall'incasso della proporzionale quota di utili distribuiti dal Fondo all'esito delle vendite del complesso immobiliare una volta terminato.

La differenza in termini di distribuzione di utili sarebbe stato appannaggio del nuovo quotista del Fondo e cioè dell'operatore industriale che, con il suo intervento, aveva consentito il completamento del progetto.

Il Business Plan dell'Accordo per quanto riguardava alla FASE 2 era il seguente:

Tab. 9

Worst Case		Base Case	Base Case		
(tempistica 7 anni)		(tempistica 6 a	nni)		
RICAVI		RICAVI			
- Vendite	334.835.200,00	- Vendite	334.835.200,00		
- Commissioni di vendita	(5.859.633,50)	- Commissioni di vendita	(5.859.633,50)		
Totale Flussi in entrata	328.976.566,50	Totale flussi in entrata	328.976.566,50		
COSTI		COSTI			
- Valore area	41.530.000,00	- Valore area	52.040.000,00		
- Costi di costruzione	135.111.200,00	- Costi di costruzione	135.111.200,00		
- Costi tecnici	9.457.784,00	- Costi tecnici	9.457.784,00		
- Imprevisti	4.053.336,00	- Imprevisti	4.053.336,00		
- Oneri	31.350.594,70	- Oneri	31.350.594,70		
- Assicurazioni	1.613.388,00	- Assicurazioni	1.613.388,00		
- IMU	6.158.482.00	- IMU	6.158.482.00		
- Fee SGR	3.972.322,00	- Fee SGR	3.972.322,00		
- Varie	1.200.000,00	- Varie	1.200.000,00		
Totale flussi in uscita	234.447.106,70	Totale flussi in uscita	244.957.106,70		
Totale flussi di cassa netti	94.529.459,80	Totale flussi in uscita	84.019.459,80		

Profitto dell'iniziativa	35.570.000,00	Profitto dell'iniziativa	37.640.000,00
Profitto Developer (18% ricavi di vendita)	59.215.781,97	Profitto Developer (18% ricavi di vendita)	59.215.781,97

Secondo quanto prospettato nell'Accordo dalla VEGAGEST e confermato nella Relazione dell'Esperto, dal *Business Plan* di cui innanzi risulterebbe evidente che *lo scenario che prevede lo sviluppo industriale dell'asset sia di gran lunga più vantaggioso rispetto all'ipotesi della mera liquidazione.*

In verità, non si comprende rispetto a quale soggetto tra quelli coinvolti nell'Accordo si sia valutato come più conveniente lo sviluppo del progetto immobiliare, ma questo argomento verrà affrontato nel successivo conclusivo paragrafo 6.

La conclusione che si può fin d'ora trarre è che, con l'esecuzione della Fase 2 dell'Accordo:

- l'operatore industriale, a fronte dell'esborso iniziale di nuova finanza per un minimo di euro 8.000.000, avrebbe acquisito la maggioranza (75%) delle quote del Fondo ASTER (e quindi dell'enorme complesso immobiliare e del relativo progetto);
- le banche creditrici aderenti, invece, avrebbero dovuto incassare nel corso dello sviluppo del progetto solo il 20% dei loro crediti (16.000.000 di euro), avendo assunto l'obbligo di convertire il residuo 80% dei loro crediti (58.960.393,48 euro) in quote di nuova emissione della ASTER ma nella misura complessiva solo del 20% del loro totale;
- la Europa Investimenti S.p.A. avrebbe acquisito la proprietà della VEGAGEST risanata, la quale, a sua volta, dall'omologazione degli ADR, avrebbe conseguito in ogni caso il recupero integrale dei suoi crediti;
- i quotisti originari del FONDO e gli azionisti originari della SGR avrebbero perso integralmente i loro investimenti.

5.5 Provvedimento del Tribunale in relazione alla Fase 2

Il Tribunale di Milano, in relazione alla Fase 2 dell'Accordo, preso atto della negoziazione intervenuta tra la VEGAGEST ed i creditori del Fondo ASTER, nonché degli impegni assunti tra i detti soggetti ed i terzi soggetti in diverso modo interessati al PIANO ed allo sviluppo del progetto immobiliare (Europa Investimenti S.p.A. e RED

s.r.l. o Phoenix), ritenne di procedere all'omologazione dell'ADR presentato da VEGAGEST nell'interesse di ASTER.

I Giudici meneghini presero la loro decisione senza formulare alcuna valutazione di merito dell'accordo raggiunto con i creditori, ma ritenendo la relazione del professionista attendibile, adeguatamente motivata e coerente; essi dichiararono nella motivazione del provvedimento di omologazione che «pur nell'evidente aleatorietà di previsioni poliennali inerenti per di più ad un settore di mercato (quello immobiliare) in continua evoluzione ed a persistente elevata criticità, questo tribunale non ha ragione di discostarsi significativamente o di disattendere criticamente le valutazioni del professionista; che la idoneità del Piano a rimuovere l'eventuale attuale stato di insolvenza discende in modo anche evidente dall'elevata percentuale di adesioni, risultando in modo abbastanza chiaro che le risorse liberate nell'immediato sono comunque sufficienti a soddisfare gli attuali creditori non aderenti e potendosi pertanto – ma solo in ipotesi – formulare dubbi (...) unicamente in ordine alla tenuta futura del piano, e quindi all'idoneità dello stesso a soddisfare non tanto i creditori attuali, ma quelli futuri, la cui entità peraltro non è neppure pronosticabile ...».

È così che il Tribunale omologava gli Accordi raggiunti dalla VEGAGEST nell'interesse del Fondo ASTER con i suoi creditori e dava il via all'articolato rilancio del progetto innanzi esaminato.

6. CONCLUSIONE DELL'ACCORDO E CONSIDERAZIONI CRITICHE

Dai documenti a disposizione del PIANO VEGAGEST non è dato sapere come si sia concluso e quale esito abbia poi avuto il progetto immobiliare.

Le indagini eseguite presso le competenti Camere di Commercio e le notizie di stampa sulla VEGAGEST SGR, sulla Europa Investimenti S.p.A. e sulla RED s.r.l. hanno consentito di apprendere che, effettivamente, la SGR riuscì ad ottenere il rilancio del progetto industriale "MILANO4YOU" attualmente quasi del tutto completato con la costruzione di quella che viene definita la "prima Smart City italiana"³¹.

Il punto di domanda, però, è chi ha tratto davvero vantaggio dal risanamento del Fondo ASTER e, quindi, riprendendo il filo delle riflessioni svolte nel paragrafo precedente, sulla base dei documenti a disposizione, è possibile trarre le seguenti conclusioni.

I creditori non aderenti hanno recuperato per intero i loro crediti e possono, pertanto, certamente ritenersi soddisfatti dall'esito del Accordo e dall'esecuzione del Piano che, come previsto dalla normativa ex art. 182 bis e ss. L.F., ha sempre mirato alla tutela dei loro diritti.

I quotisti originari del FONDO ASTER, ovvero gli investitori qualificati che avevano creduto nel progetto ed avevano investito per l'acquisto dell'area di oltre 300.000 mq nel Comune di Segrate e per lo sviluppo del progetto immobiliare, hanno perso il loro investimento del quale, però, altri soggetti hanno tratto vantaggio.

L'investimento in un FCI, però, è cosa ben diversa dall'investimento in una società e dalla conseguente assunzione del rischio d'impresa, perché la normativa vigente mira a proteggere l'investitore con una serie articolata di normative speciali (*in primis* T.U.F.) poste a tutela dell'interesse pubblico connesso al mercato del risparmio e degli investimenti³².

-

³¹ https://www.milanofouryou.com/chi-siamo/

³² Consob- educazione finanziaria – forme di tutela: "La tutela degli investitori costituisce il compito fondamentale della Consob nel settore dei servizi finanziari, in attuazione del principio costituzionale dell'incoraggiamento e della tutela del risparmio. Accanto a questa finalità primaria vi sono la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario e la sua stabilità, nel duplice intento di tutelare gli investitori e garantire il buon funzionamento dei mercati mobiliari attraverso la trasparenza delle operazioni e la correttezza dei comportamenti degli operatori assicurando che le norme previste a tal fine si applichino a tutti i soggetti che intervengono sul mercato. Le finalità declinate dal Testo Unico della Finanza sono perseguite attraverso gli "strumenti" della vigilanza sulla trasparenza e sul rispetto delle regole di condotta cui sono sottoposte le specifiche categorie di soggetti vigilati dalla Consob: intermediari, mercati ed emittenti".

Gli azionisti originari di VEGAGEST hanno "dovuto" cedere per 1 euro la proprietà della SGR alla Europa Investimenti S.p.A., successivamente acquisita dal Gruppo internazionale facente capo alla Arrow Global³³, società specializzata nell'acquisto e gestione dei crediti non performanti, cd. NPL, tant'è che la VEGAGEST, oggi SAGITTA SGR, liquidato anche l'ultimo fondo immobiliare in gestione, è stata completamente ristrutturata ed "è la società di gestione del risparmio del Gruppo Arrow Global in Italia, specializzata nella gestione di attivi non performanti NPLs e UTPs"³⁴

La VEGAGEST, peraltro, a differenza degli altri creditori aderenti, ha pure recuperato il 100% del credito complessivo vantato verso il Fondo ASTER, ciò rappresentando un ulteriore vantaggio per i nuovi azionisti.

I creditori aderenti, infine, se il *Business Plan* (Tab. 9) è stato rispettato, dovrebbero aver incassato il 20% dei loro crediti nel corso della Fase 2 e il 20% degli utili distribuiti da parte del Fondo, a completamento del progetto, quali titolari di quote del Fondo nella misura del 20% totale.

Se si considerano attendibili i dati del *Business Plan*, quindi, nella migliore delle ipotesi tali utili sarebbero stati pari a circa 12 mil./€ (20% di 60 mil./€) che sommati ai 16 mil./€ recuperati nel corso del programma, portano il totale del recuperato presumibilmente a 28 mil./€ e cioè a poco più del 37,3% dei loro crediti originari (circa 75 mil./€ v. tab. 8), senza tenere conto del tempo occorso per il recupero. La Fase 1, però, prevedeva un recupero (non garantito) a favore dei creditori aderenti di 31,2 mil./€ circa, pari a poco più del 41,5% del totale, il tutto, peraltro, in tempi anche molto più brevi (tab.6).

Il calcolo che precede non tiene conto di eventuali oneri fiscali a carico delle banche sulle somme ricevute a titolo di dividendi ³⁵ sul presupposto che tali incassi, provenendo di fatto dalla liquidazione del Fondo a conclusione dell'iniziativa, rappresentino la liquidazione della quota per un importo di gran lunga inferiore al costo di carico della stessa (pari al maggior valore dei crediti convertiti) e, quindi, che non comportino alcuna tassazione. In caso contrario, il recupero netto a favore degli Istituti di Credito andrebbe a ridursi di un ulteriore 12,50% sulle somme incassate dalla liquidazione del Fondo.

L'unico motivo ragionevole, quindi, che poteva indurre le banche ad accettare un

-

³³ https://www.arrowglobal.net/en/index.html

³⁴ https://www.sagittasgr.it/

³⁵ Dal 1° gennaio 2004 il D. L. 269/03 per i fondi comuni di investimento immobiliari di tipo chiuso ha sostituito il sistema impositivo precedente con una ritenuta d'imposta pari al 12,50% per i privati ed a titolo di acconto per le imprese commerciali

Accordo con notevole sacrificio dei propri crediti e senza nessuna garanzia sui pagamenti e sui tempi degli stessi – a differenza di tutti i creditori non aderenti e di quasi tutti gli altri creditori aderenti – doveva essere la ragionevole "certezza" che il realizzo previsto a conclusione della Fase 1, conseguente la liquidazione dell'*asset*, fosse solo teorico e praticamente irrealizzabile ai valori indicati nel Piano e che, pertanto, sarebbe stato più conveniente favorire il passaggio alla Fase 2 nella speranza che l'iniziativa immobiliare si fosse conclusa positivamente, ciò comportando la possibilità di incassare un'ulteriore quota di credito dalla liquidazione del Fondo.

Allora, il problema si sposta sul ruolo del Tribunale chiamato ad omologare gli ADR, atteso che i giudici hanno il compito anche di valutare – sebbene sulla scorta delle relazioni degli Esperti e con tutte le riserve del caso – l'attuabilità concreta dell'Accordo e, nel caso di specie, tale accertamento ha avuto esito positivo, benché l'Accordo ed il Piano non prevedessero alcuna garanzia, per i creditori aderenti, di realizzo dei ricavi previsti nella Fase 1 e tanto meno nella Fase 2 e nessuna garanzia nemmeno per il regolare adempimento delle obbligazioni che sarebbero state assunte nel corso della gestione della Fase 2.

Salvo che per il pagamento dei creditori non aderenti, tutte le altre previsioni del Piano rappresentavano solo delle mere ipotesi e congetture sulle quali il Tribunale non avrebbe potuto esprimersi nemmeno in termini approssimativi.

CAPITOLO II

EVOLUZIONE NORMATIVA DELL'ISTITUTO E SUA DISCIPLINA

SOMMARIO – 1. Genesi dell'Istituto nel nostro ordinamento – 1.1 Introduzione – 1.2 Brevi cenni sull'origine della Legge fallimentare – 1.3 I tentativi di riforma del diritto fallimentare negli anni 2000 - 1.3.1 Disegno di legge delega C-7458 del 24.11.2000 -1.3.2 Proposta di legge C-7497 del 14 dicembre 2000 – 1.3.3 Commissione Trevisanato 1.4 La gestione della crisi d'impresa in alcune legislazioni straniere
 1.4.1 Il diritto statunitense - 1.4.2 Il diritto tedesco - 1.4.3 Il diritto francese - 1.5 Le riforme degli anni 2000 - 1.5.1 D.L. 14 marzo 2005 n. 35 convertito in legge con modifiche dalla L.14 maggio 2005 n.80 e conseguente D. Lgs. 9 gennaio 2006 n.5 - 1.5.2 D. Lgs. 169 del 12 settembre 2007 - 1.5.3 Decreto-legge n.78 del 31 maggio 2010, convertito con modificazioni dalla Legge n.122 del 30 luglio 2010 – 1.5.4 Decreto-legge 22 giugno 2012 n. 83 e Decreto-legge 27 giugno 2015 n.83 – 2. Disciplina degli Accordi di Ristrutturazione dei Debiti – 2.1 Storia e sviluppi del dibattito in dottrina e giurisprudenza sulla natura degli Accordi di ristrutturazione dei debiti - 2.2 Requisiti soggettivi - 2.2.1 Nozioni e caratteristiche generali - 2.2.2 Il caso "VEGAGEST" -Considerazioni sull'ammissibilità del ricorso in relazione agli artt. 80, comma 6, T.U.B. e 57, comma 3, T.U.F., alla natura giuridica dei Fondi Comuni di Investimento ed alla connessa problematica dei patrimoni separati riguardante i fondi di investimento ex art. 36, comma 4, T.U.F. - 2.3 Requisiti oggettivi - 2.3.1 nozioni e caratteristiche generali; 2.3.2 stato di crisi del Fondo chiuso ASTER e stato di crisi potenziale della VEGAGEST -2.4 Fase negoziale della procedura – 2.4.1 nozioni e caratteristiche generali – 2.4.2 Contenuto, struttura e forma degli accordi – 2.4.3 Piano ed attestazione – 2.4.4 Proposta di accordo o preaccordo – 2.5 Effetti del preaccordo e dell'accordo – Misure di protezione e cautelari – 2.6 Le diverse tipologie di finanziamento - La prededuzione L'esenzione da revocatoria – 2.7 Accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari - 2.8 Convenzione di moratoria - 2.9 Trattamento dei crediti tributari e contributivi – 2.10 Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed i gruppi di imprese - 2.11 Fase giudiziale della procedura di omologazione - Opposizione -Provvedimento di accoglimento o di rigetto del ricorso – 2.12 Esecuzione degli accordi Inadempimento

* °°° *

1. GENESI DELL'ISTITUTO NEL NOSTRO ORDINAMENTO

1.1 INTRODUZIONE

L'istituto degli Accordi di Ristrutturazione dei Debiti è stato introdotto dall'art.2 d.l. n.35 del 14 marzo 2005 (cd. decreto competitività)³⁶, convertito nella legge n.80 del 14 maggio

³⁶ <u>Decreto-Legge 14 marzo 2005, n. 35</u> Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. (GU Serie Generale n.62 del 16-03-2005), entrata in vigore del decreto: 17-3-2005.

2005³⁷, mediante l'inserimento dell'art. 182 bis nel Titolo III della Legge Fallimentare dedicato, fino a quel momento, agli istituti del Concordato Preventivo e dell'Amministrazione Controllata.

Dall'istituzione della legge fallimentare nel marzo del 1942³⁸ e per 63 anni, il nostro ordinamento non ha conosciuto altro strumento giuridico, oltre i citati istituti disciplinati dagli artt.160 e ss. L.F., finalizzato a supportare le aziende in difficoltà per evitarne, ove possibile, la dissoluzione conseguente la dichiarazione di fallimento.

Il Legislatore, però, consapevole che i tempi erano ormai mutati e che un sistema economico più moderno, dinamico, flessibile ed interconnesso richiedeva strumenti adeguati anche sotto il profilo della gestione delle crisi d'impresa, con la riforma del 2005, dopo una lunga gestazione ed uniformandosi anche ai principi ispiratori delle principali legislazioni straniere (§ 1.4 e ss.), ha introdotto nella Legge Fallimentare gli *Accordi di Ristrutturazione dei Debiti* con l'art. 182 bis³⁹ ed i *Piani di Risanamento* con l'art. 67, comma 3, lett. d), finalizzati prima di tutto al salvataggio dell'azienda e dei posti di lavoro e solo in ultima analisi alla sua liquidazione. Si attuava così una prima svolta, epocale nell'obiettivo ma timida nella sostanza, rispetto al sistema precedente che considerava primario l'interesse pubblicistico al regolare andamento dell'attività d'impresa privata, indisponibile la gestione negoziale dell'insolvenza e non derogabile il principio della *par condicio creditorum* costituente uno dei pilastri sul quale reggeva l'intero sistema della

³⁷ Legge n.80 del 14 maggio 2005 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali (GU Serie Generale n.111 del 14-05-2005 - Suppl. Ordinario n. 91), entrata in vigore del legge: 15-5-2005.

³⁸ REGIO DECRETO n.267 del 16 marzo 1942, in G.U. n.81 del 6 aprile 1942

³⁹ Tra i primi interventi della dottrina sugli Accordi di ristrutturazione dei debiti si segnalano: G. FAUCEGLIA, Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti, Diritto Fallimentare, 1, 2005, 842; E. FRASCAROLI SANTI, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis L.F. I.f.) e gli effetti per i coobbligati e fideiussori del debitore, Diritto Fallimentare, I, 2005, 849; VERNA G., Sugli accordi di ristrutturazione ex. art. 182 bis L.F. della legge fallimentare, Ibidem, 876; FERRO M., I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva, Il Fallimento, 2005, 595; AMROSINI S., Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni, Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, 4, 2005, 739 e ss.; FABIANI M., Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla "reorganization", Il Foro italiano, I, pt.1, 2006, 263 e ss.; PRESTI G., Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Banca borsa e titoli di credito, I, pt.1, 2006, 16; ID., Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in AA.VV., a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, 396; Nardecchia G., Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Il Fallimento, 6, 2006, 670Valensise, sub art. 182bis, in NIGRO - SANDULLI (a cura di), La riforma della legge fallimentare, 2, Torino, 2006, 1102; v. ZANICHELLI, La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali, Torino, 2006, 127; ABETE L., Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa, Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, 2007, 623. Evidenza l'ampliamento dei confini dell'autonomia privata GABRIELLI E., Autonomia privata e procedure concorsuali, Rivista di diritto privato, 4, 2005, 739.

Legge Fallimentare.

Le prime modifiche introdotte dal D.L. 35/2005, quindi, non furono che il primo passo verso la riforma integrale del diritto fallimentare che culminerà, dopo una serie ulteriore di interventi correttivi ed integrativi, nell'istituzione del *Codice della Crisi di impresa e dell'insolvenza* ex D. Lgs. n.14 del 2019⁴⁰ con il quale il Legislatore sta cercando di realizzare l'obiettivo a lungo perseguito di riformare radicalmente il sistema normativo della gestione delle crisi d'impresa a partire dalla soppressione terminologica anche della parola stessa "Fallimento"; soppressione, peraltro, indicativa proprio del fine perseguito e cioè favorire, ove possibile, il superamento dello stato di crisi, e permettere la sopravvivenza dell'impresa e la continuità aziendale con la salvaguardia dei posti di lavoro.

Naturalmente, erano anni che il Legislatore mirava ad attuare una riforma organica della Legge Fallimentare, ma non riuscendo evidentemente a trovare un terreno politico comune per una svolta di tale portata, ha iniziato con l'effettuare in pochi anni (dal 2005 al 2015) una serie consecutiva di interventi normativi, prima semplicemente abbozzati e poi progressivamente più specifici e dettagliati che dovevano, almeno nelle intenzioni, implementare la Legge Fallimentare, ma che in realtà hanno finito con l'alterare l'idea originaria, senza, però, conferire quella organicità sia procedurale che ideologica certamente necessaria.

Negli stessi anni, infatti, mentre il Legislatore eseguiva questi continui interventi di *restyling* su un *corpus* normativo ormai vecchio, dopo alcuni tentativi di riforma radicale non riusciti (§ 1.3 e ss.) la Commissione Rordorf si adoperava per strutturare una nuova legge che riformasse in maniera organica e sistematica l'impianto normativo della crisi d'impresa e soprattutto che fosse ispirata a principi ed obiettivi diversi da quelli che avevano animato l'ormai obsoleta Legge Fallimentare.

1.2 Brevi cenni sull'origine della Legge Fallimentare

La Legge Fallimentare, come sistema normativo omogeneo ed autonomo⁴¹, nasceva, come detto, nel 1942, durante il regima fascista e, circostanza da non sottovalutare, in piena Seconda guerra mondiale e, ciò nonostante, in un momento storico del nostro paese

_

⁴⁰ Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza è stato introdotto con il Dlgs 14/2019 e, salvo le norme previste dall'art. 379 già operative dal 16 marzo 2019, doveva entrare in vigore dal 15 agosto 2020, ma con il Dl 23/2020 (Decreto liquidità) la sua entrata in vigore è stata differita al 1° settembre 2021 (v. Capitolo III).

⁴¹ Fino a quel momento le norme di diritto fallimentare erano incluse nel Codice del Commercio del 1882

di vivido fermento legislativo: il 28 ottobre del 1940 veniva promulgato il nuovo Codice di procedura civile e lo stesso 16 marzo 1942 il nuovo Codice civile.

Il Legislatore, quindi, avrebbe potuto inserire le nuove norme del diritto fallimentare nel corpo del Codice di procedura civile, vista la natura prevalentemente processuale ed "esecutiva" della legge, ma ha evidentemente deciso di dedicare a tale "patologia" del sistema economico una legge specifica, ritenendo che la disciplina della crisi d'impresa meritasse un'attenzione particolare.

Negli anni '40 in cui l'Italia era sottoposta ad un rigido sistema autoritario e contemporaneamente era attraversata dai venti gelidi di una guerra senza confini, il sistema imprese era al collasso ed andavano create le basi per la sua ricostruzione, a partire dall'impianto normativo della gestione della crisi d'impresa che significava gestione dell'economia. Funzione, questa, che la Politica intendeva "controllare" riducendo lo spazio, fino ad allora ampio, lasciato alla negoziazione privata tra debitori in crisi e creditori.

Il nuovo spirito della riforma del diritto fallimentare, rispetto al previgente sistema normativo regolato dalle norme comprese nel Codice di Commercio del 1882 e dalla Legge del 1903 sul concordato preventivo⁴², attuata a seguito ed in linea con la riforma introdotta dal ministro Alfredo Rocco con la L.995/1930⁴³, è immediatamente percepibile già dalla lettura dell'introduzione alla relazione accompagnatoria alla legge del 1930.

Le parole che seguono rendono perfettamente l'idea sottostante la L.995/1930 e, quindi allo stesso successivo R.D. 267/1942 e renderanno più agevole comprendere il mutamento ideologico ed il cambiamento rivoluzionario avviato ben 63 anni dopo con le riforme degli anni 2000:

«Il presente disegno di legge non intende arrecare alcun attentato agli interessi individuali dei creditori e sarebbe assurdo che fosse diversamente, perché la liquidazione fallimentare è fatta per i creditori. Ma rafforzando i

_

⁴² La prima normativa in Italia in materia di fallimento la ritroviamo nel Codice Albertino del 1842, ispirato al *Code Napoleon* del 1807 e poi alla Legge francese sui fallimenti del 1838, quindi, nel primo Codice di Commercio del 1865 post unità d'Italia. "*La parte fallimentare del codice , contenuta nel libro III, si caratterizzava ... per il grandissimo potere attribuito all'organo gestore della procedura, i sindaci, nominati dai creditori, e per il correlativo ridotto potere del giudice al quale spettavano solo funzioni di vigilanza. ... Nell'ideale triangolo tra Stato, debitore e creditori, la nuova legislazione italiana dava voce a questi ultimi, lasciandoli arbitri del destino del patrimonio del fallito". Il Codice di Commercio del 1882 non mutò la filosofia di fondo della normativa in materia fallimentare, mentre la legge del 1903 introdusse l'istituto del concordato preventivo a beneficio del debitore "onesto ma sfortunato". (LORENZO STANGHELLINI, in <i>La Cultura degli anni 30* a cura di Giuseppe Morbidelli).

⁴³ Legge 10 luglio 1930, n. 995 Disposizioni sul fallimento, sul concordato preventivo, e sui piccoli fallimenti (*GU n.179 del 1-8-1930*) entrata in vigore 31/08/1930; provvedimento abrogato dal D.L. 22 dicembre 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla L. 18 febbraio 2009, n. 9.

poteri dell'autorità giudiziaria, riorganizzando radicalmente la curatela fallimentare e attuando una più rigorosa e celere procedura, mentre da un lato elimina ogni assurda indulgenza nei confronti del debitore, dissestato, dall'altro impone ai diritti dei creditori concorrenti quella maggiore disciplina che si rende necessaria per la tutela dell'interesse comune, che coincide con la tutela del credito pubblico.

In ciò sta l'impronta fascista del disegno di legge.»

Ma ancor più esplicativa è la Relazione del 16 marzo del 1942 del Ministro Guardasigilli (Grande) alla *Maestà del Re Imperatore* ⁴⁴ che rende appieno il senso dell'impianto normativo voluto dal regime nel 1942 e, quindi, la portata storica delle riforme successivamente attuate :

«SIRE.

la legge che mi onoro presentare alla Vostra Augusta approvazione è destinata a sostituire il libro terzo del codice di commercio del 1882, dopo che la riforma del Codice civile e il nuovo codice della navigazione hanno assorbito la materia degli altri libri del codice di commercio.

La presente legge non tratta però solo del fallimento, come il tevzo libro del codice di commercio, ma tratta anche, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa. Con ciò 10 nuova legge non intende compiere solo una riunione formale di istituti fra loro connessi, ma dare un'impronta sostanzialmente unitaria alla disciplina della crisi economica dell'impresa in relazione ai superiori interessi dell'economia generale.

Ciò conferisce a questa legge una particolare importanza anche politica, per modo che, se anche la presente legge non viene a inserirsi formalmente nel codice, non si può dubitare che ne costituisca parte integrante, e concorre coi codici medesimi a formare il nuovo corpus juris della nazione.»

Nel prosieguo della sua Relazione introduttiva, il Ministro illustra al Re nel dettaglio e con maggiore chiarezza i criteri ispiratori della riforma e si esprime con le seguenti parole:

«... 3. - Nelle sue línee generali la presente legge reagisce decisamente alla concezione troppo liberalistica del codice del 1882 e sviluppa su un piano organico i principi affermati dalla legge Rocco del 1930 nel senso di una più energica tutela degli interessi generali sugli interessi individuali de creditori e del debitore. Si suole a questo proposito parlare di una nuova concezione pubblicistica del fallimento in contrapposto a una tradizionale concezione privatistica. Non è però tanto importante né in materia di fallimento - né più in generale in materia di processo civile - la definizione astratta dei sistemi. Ciò che importa è che la nuova legge assume la tutela dei creditori come un altissimo interesse pubblico e pone in essere tutti i mezzi perché la realizzazione di questa tutela non venga intralciata da alcun interesse particolaristico, sia del debitore sia dei singoli creditori.

Rispondono a questi criteri la nuova disciplina degli organi preposti al fallimento, con un accrescimento dei poteri del tribunale e del giudice delegato: la concentrazione del poteri, assegnati dalla legislazione anteriore alla assemblea dei creditori, nel comitato dei creditori, nominato dal giudice delegato; l'estensione della procedura monitoria per l'accertamento del

-

⁴⁴ Il Regio Decreto n.267 del 16 marzo 1942 con la Relazione accompagnatoria del Guardasigilli Grande venne pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n.081 del 6.4.1942.

passivo anche all'accertamento dei diritti reali dei tevzi sui beni mobiliari in possesso del fallito; la semplificazione delle norme circa la liquidazione dell'attivo; le nuove più severe norme circa il fallimento delle società commerciali, la più spedita disciplina del concordato fallimentare e preventivo; la semplificazione della materia dei gravami.

Non meno importanti sono le innovazioni della presente legge circa gli effetti della dichiarazione di fallimento che attengono anche al diritto sostanziale. Alle frammentarie norme date in proposito dal codice di commercio abrogato si sostituisce infatti una disciplina organica degli effetti del faliimento, nei confronti del patrimonio del fallito, nei confronti dei creditori, nei confronti degli atti pregiudizievoli ai creditori e nei confronti dei rapporti giuridici in corso, la quale da un lato colma le più lamentate lacune della legislazione abrogata, dall'altro lato innova profondamente alla legislazione anteriore, specialmente in materia, di revocatoria fallimentare.

Consapevole del danno che l'insolvenza dell'impresa reca all'economia generale, la nuova legge à giustamente severa nelle sue sanzioni, dove vi sono responsabilità personali da colpire, come risulta dalle norme penali che la integrano, aliene da ogni malintesa indulgenza....

La nuova legge ha inteso soprattutto uniformarsi ai principi generali ispiratori della nuova codificazione fascista. Essa va diretta al suo scopo dovunque è in gioco la tutela di un interesse generale; mantiene una linea di moderazione, dovunque si tratta di dirimere contrasti tra interessi individuali divergenti. La nuova legge vuole essere così, anche in tema di fallimento, una legge di giustizia sociale.»

Il Regio Decreto del 1942 era ispirato: a chiari principi punitivi nei confronti del fallito che veniva indelebilmente marchiato e con infamia definitivamente estromesso dal sistema economico, con gravi risvolti anche sotto il profilo dei diritti civili⁴⁵; alla tutela privilegiata e prevalente dell'interesse pubblico a che i soggetti insolventi ed incapaci di onorare i propri impegni – a prescindere dai motivi del dissesto – fossero di fatto espulsi dal sistema economico, quali soggetti indegni di continuare ad avere un ruolo nella società civile; al criterio direttivo ed autoritario secondo il quale la gestione del procedimento fallimentare era nelle mani del Giudice il quale aveva l'unico obiettivo di liquidare tutto il patrimonio del fallito, con i creditori destinatari passivi della tutela normativa perché senza poteri effettivi di intervento, se non di mera informazione.

qualvolta è chiamato ...".
Inoltre l'art 2 comma 1 lett a) del d P

⁴⁵ Si ricorda che nelle loro versioni originali l'art. 48 (*Corrispondenza diretta al fallito deve essere consegnata al curatore, il quale ha diritto di trattenere quella riguardante interessi patrimoniali. Il fallito ha diritto di prendere visione della corrispondenza. Il curatore deve conservare il segreto sul contenuto di questa estraneo agli interessi patrimoniali", mentre l'art. 49 (<i>Obbligo di residenza del fallito*) che "Il fallito non può allontanarsi dalla sua residenza senza permesso del giudice delegato, e deve presentarsi personalmente a questo, al curatore o al comitato dei creditori ogni

Inoltre, l'art.2, comma 1, lett. a) del <u>d.P.R. 20 marzo 1967, n. 223</u> (testo unico delle leggi per la disciplina dell'elettorato attivo e per la tenuta e la revisione delle liste elettorali), abrogato dall'articolo 152, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. privava il fallito del diritto all'elettorato attivo.

Era quello un sistema dove le imprese fallite venivano cancellate dal sistema economico, ma le grandi imprese venivano spesso salvate mediante l'intervento pubblico con lo strumento delle partecipazioni statali e, quindi, a carico del bilancio dello Stato⁴⁶.

Era quello un sistema, infine, estremamente autoritario, dirigistico e ben poco interessato alla sopravvivenza dell'azienda in crisi, anzi basato sull'idea che l'insolvenza fosse evento disdicevole da punire severamente, in particolare per i piccoli e medi imprenditori.

Alcuni autori (Lorenzo Mossa) sostennero la tesi "dell'impresa come comunità", ovvero "l'impresa non più proiezione di un soggetto e del suo dominio ma come una comunità che vede coinvolte nel suo governo anche le forze di lavoro"47. La nuova filosofia della gestione della crisi d'impresa prevedeva "il superamento della centralità della proprietà in favore di un concetto d'impresa quale comunità di produzione il cui interesse va oltre l'individuo che la gestisce, in quanto alla sua attività concorrono vari soggetti e dal suo successo moltissimi dipendono".48

Tale situazione è rimasta sostanzialmente invariata per decenni, tant'è che, ad esempio, la Corte costituzionale con la sentenza n. 43 del 12 marzo 1970 49 sulla questione dell'esclusione del fallito dall'elettorato attivo ebbe a dichiarare che la sanzione era giustificata in quanto motivata dall'indegnità morale dalla quale egli era colpito:

«La realtà è che almeno nell'ordinamento attuale, il fallito subisce una diminuzione nella sua capacità che prescinde dalle ragioni del dissesto e ha base in una sfiducia dell'ordine giuridico nella sua persona; si può inoltre ricordare che il fallito viene iscritto in un albo pubblico, che alcuni suoi atti sono colpiti da presunzione di frode sia pure iuris tantum, e che non può assumere alcuni uffici determinati dalla legge, né svolgere alcune professioni pure da essa precisate e, secondo l'opinione comune, quegli altri uffici e quelle altre professioni per la cui esplicazione si richiede il possesso dei diritti civili . E pure in tali cause si prescinde dalle indagini sulle cause del fallimento. Non è irrazionale, dunque, che senza avere riguardo ai fatti che hanno determinato il dissesto, si privi il fallito anche della capacità elettorale, sotto la specie dell'indegnità, perché l'elettorato, attenendo a diritti attribuiti nell'interesse generale, presuppone nel cittadino qualità adeguate all'altissima portata civica del suo contenuto...».

In realtà, l'impresa fino agli anni '30 era concepita secondo un criterio prevalentemente

⁴⁶ STANGHELLINI L., op. cit.

⁴⁷ GROSSI P. in *Itinerari dell'impresa*, in *Quaderni fiorentini, XXVIII, "*Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica (1999), 999, ss.

⁴⁸ GROSSI P., op. cit.

⁴⁹Corte costituzionale con <u>la sentenza n. 43 del 12 marzo 1970</u>.

privatistico ⁵⁰, nel senso che la sua attività e le sorti della stessa riguardavano l'imprenditore ed i suoi creditori ai quali era affidata la gestione e l'impulso per la liquidazione del patrimonio del debitore fallito e la soddisfazione dei propri diritti. L'intervento statale era minimo e, soprattutto, non era diretto a tutelare uno specifico interesse pubblico.

Il sistema normativo in materia di fallimento, contenuto nel Codice del Commercio del 1882 prima dell'introduzione della Legge Fallimentare nel 1942, infatti, era improntato sulla liquidazione del patrimonio del fallito affidata principalmente all'iniziativa ed alla gestione dei creditori. È solo con la riforma del 1942 che la gestione del fallimento dell'imprenditore passa nelle mani del Tribunale e degli organi fallimentari che ne assumono il pieno controllo, riducendo la figura del creditore in posizione subalterna rispetto all'interesse statale alla regolare gestione del sistema economico a partire dall'impresa privata quale suo nucleo primigenio.

L'impianto normativo della Legge fallimentare del 1942 era, pertanto, figlio legittimo di quel periodo storico. Quel che stupisce e che davvero appare degno di nota è che tale stato di cose sia rimasto sostanzialmente immutato per decenni, benché la società e l'economia del nostro paese, con la fine della guerra e la caduta del regime fascista, sia mutato radicalmente ed abbia intrapreso un percorso di sviluppo industriale vorticoso, tanto da portare l'Italia tra i paesi più industrializzati del mondo, in un contesto politico liberista e democratico.

Un tale contesto economico-politico avrebbe dovuto portare ad un'immediata revisione di una legge tanto obsoleta, quanto punitiva nei confronti dell'imprenditore in crisi e ben poco interessata alla sopravvivenza dell'azienda ed alla conservazione dei posti di lavoro.

È pur vero che «regole troppo dure per l'imprenditore possono scoraggiare la produzione di ricchezza, regole troppo morbide, all'opposto, possono scoraggiare il credito, senza il quale in un'economia moderna nessuna ricchezza viene prodotta»⁵¹, sicché trovare il giusto ed equilibrato bilanciamento tra queste opposte esigenze non è agevole, ma è altrettanto fuor di dubbio che proprio la sinergia tra forze opposte nella costruzione delle regole sulla gestione della crisi d'impresa, dovrebbe rappresentare l'obiettivo di un sistema politico lungimirante.

-

⁵⁰ FIORAVANTI M. in *La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942 - Introduzione,* La cultura degli anni '30 a cura di Giuseppe Morbidelli, Passigli Editore

⁵¹ STANGHELLINI L., in *La cultura negli anni 30 a cura di Giuseppe Morbidelli,* Passigli Editore.

1.3 I TENTATIVI DI RIFORMA DEL DIRITTO FALLIMENTARE NEGLI ANNI 2000

1.3.1 Disegno di legge delega C-7458 del 24.11.2000⁵²

Il primo progetto di legge con l'obiettivo di riformare radicalmente il sistema normativo della crisi d'impresa, anche mediante l'introduzione di istituti negoziali di composizione della crisi finalizzati alla conservazione dell'azienda, è stato il disegno di legge delega n. C-7458 presentato al Parlamento il 24.11.2000 ad iniziativa del Ministro Fassino.

Il Progetto di Legge evidenziava chiaramente la finalità perseguita e cioè ridisegnare la materia delle procedure concorsuali – disciplinate dalla legge fallimentare del 1942 e dal decreto legislativo n.270/1999 recante norme sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi - ormai ancorata da decenni alla liquidazione delle imprese insolventi, alla tutela accentuata dei diritti dei creditori, al completo spossessamento del patrimonio del debitore.

La riforma presentata dal Ministro Fassino, quindi, mirava, in conformità con la legislazione europea⁵³, al recupero delle imprese in crisi, mediante la soppressione delle numerose procedure previste dalla legge fallimentare (fallimento, concordato preventivo, amministrazione controllata e liquidazione coatta amministrativa) e la loro sostituzione con una procedura sostanzialmente bifasica: una preliminare procedura anticipatoria della crisi ed una successiva eventuale procedura unitaria di insolvenza.

L'avvio della procedura anticipatoria della crisi era rimesso alla responsabilità esclusiva dell'imprenditore debitore allorquando l'attività d'impresa avesse mostrato segni di squilibrio patrimoniale, economico e finanziario tali da determinare il pericolo dell'insolvenza, mentre l'intervento del potere giurisdizionale era limitato, sostanzialmente, al controllo di legittimità del piano di risanamento, mediante un celere giudizio di omologazione del programma medesimo.

Questa prima fase era caratterizzata dall'obbligo dell'imprenditore di proporre un piano di risanamento che doveva completarsi al massimo entro due anni dall'omologazione da parte del Tribunale; il contenuto del piano (modalità, tempi e percentuali dei pagamenti)

⁵²Disegno di legge delega n. C-7458 presentato al Parlamento il 24.11.2000, ad iniziativa del Ministro

⁵³ La Relazione al Disegno di legge evidenzia "la tendenza manifestatasi nelle legislazioni dei paesi europei a non considerare più le procedure concorsuali in termini meramente liquidatori, ma piuttosto destinate, ove possibile, ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa, a volte al fine di assicurare la sopravvivenza di questa ed, in altri casi, allo scopo omologo di procurare alla collettività, ed in primo luogo agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento ed il trasferimento a terzi delle strutture aziendali".

era ispirato ad una certa libertà di scelta da parte dell'imprenditore, purché il Piano fosse finalizzato, per quanto possibile, alla sopravvivenza dell'azienda ed alla tutela dei livelli occupazionali⁵⁴.

Secondo il progetto, la procedura di crisi era comunque aperta con decreto del Tribunale il quale nominava un giudice delegato, un commissario giudiziale ed un comitato dei creditori, ma la gestione dell'impresa e l'amministrazione del patrimonio restavano affidate al debitore sotto la vigilanza del commissario giudiziale.

Con l'apertura della procedura di crisi erano vietate le azioni esecutive individuali ed inoltre era esclusa l'applicabilità, nel corso della procedura e fino all'omologazione del piano di risanamento, delle disposizioni di cui agli artt. 2447 e 2448 c.c., per evitare che le imprese in difficoltà fossero costrette alla messa in liquidazione (in caso di impossibilità di reintegra del capitale) così vanificando ogni possibilità di accordo con i creditori per il risanamento dell'impresa ed il superamento dello stato di crisi, nonché dell'art. 2560 c.c. con l'evidente obiettivo di favorire la cessione dell'intera azienda, evitando che il debitore ed il cessionario restassero sempre obbligati per i debiti dell'impresa ceduta.

Inoltre, i crediti sorti per la gestione dell'impresa durante la fase di risanamento erano prededucibili e tali restavano anche in caso di avvio della procedura di insolvenza che il Tribunale poteva in qualsiasi momento disporre, previa dichiarazione di cessazione della preliminare procedura di crisi.

Il piano di risanamento che il debitore aveva l'obbligo di predisporre (art. 2 lett. t ed u) doveva, comunque, essere sottoposto prima al vaglio del commissario giudiziale cui era demandato l'onere di predisporre una relazione; quindi all'approvazione dei creditori; infine, all'omologa del Tribunale.

Il Disegno di legge effettivamente poneva al centro del nuovo impianto normativo la fase della gestione della crisi mediante la preparazione di un piano di risanamento, ma ancora elevate apparivano le ingerenze dell'autorità giurisdizionale e ridotte le caratteristiche negoziali degli eventuali accordi, assomigliando l'istituto più ad un nuovo tipo di concordato preventivo che agli ADR che poi saranno embrionalmente introdotti dalla legge del 2005.

Il progetto di riforma, inoltre, sempre nell'ottica ridurre il carattere punitivo e sanziona-

⁵⁴ Art.2 lett. e), f), g) ed h) del Disegno di Legge.

torio del fallimento e favorire il salvataggio dell'azienda ed il mantenimento dei livelli occupazionali, eliminava la revocatoria concorsuale per i pagamenti normali, ferma però la possibilità di provare che l'intenzione del debitore fosse stata proprio quella di favorire alcuni creditori in danno di altri.

Sotto il profilo penalistico⁵⁵, veniva confermata la punibilità dell'imprenditore per le condotte già previste dalla legge fallimentare, sebbene il ricorso alla punizione fosse riservata ai soli casi di colpa grave cui sia conseguito un aggravamento del dissesto. S'intendeva, quindi, limitare la sanzione ai soli casi di marcata offensività della condotta dell'imprenditore.

La mancata conclusione del procedimento anticipatorio o di crisi portava il Tribunale ad aprire la procedura unica di insolvenza volta, nuovamente, in una fase iniziale, a valutare celermente la possibilità di risanamento dell'azienda e, in alternativa, alla liquidazione del patrimonio. Secondo il progetto, quindi, nel caso in cui la procedura di insolvenza avesse fatto seguito a quella anticipatoria, era previsto un ulteriore termine di massimo 90 giorni durante il quale il Curatore doveva esaminare la situazione complessiva dell'impresa per valutare la possibilità del risanamento dell'impresa rispetto alla sua liquidazione.

Tale ultimo aspetto fu oggetto di aspre critiche in sede di esame del progetto, ma è sintomatico del cambio di prospettiva che si voleva dare alla normativa sulla crisi d'impresa.

Il Disegno di Legge C-7458 è stato il primo tentativo degli anni 2000 per riformare la materia del diritto fallimentare, affinché la nuova normativa fosse diretta prima di tutto al salvataggio dell'azienda ed alla conservazione dei posti di lavoro e poi, solo in ultima analisi, alla liquidazione del patrimonio del debitore per il soddisfacimento dei diritti dei creditori. La presenza del giudice e degli organi correlati era certamente meno invasiva, lasciando maggiore libertà al debitore di gestire la situazione di crisi.

Nel Disegno di legge, però, non era contemplato alcun istituto che avesse le caratteristiche degli ADR e cioè una fase negoziale rimessa alla libera trattativa tra debitori e creditori ed una fase giurisdizionale solo per l'eventuale omologazione degli accordi già raggiunti.

-

⁵⁵ Le principali norme di contenuto penalistico della legge fallimentare sono l'art.216 che disciplina il reato di bancarotta semplice, l'art. 217 per i reati di bancarotta fraudolenta ed l'art.223 che estende la punibilità già prevista per l'imprenditore ad altri soggetti (direttore generale, sindaci, liquidatori).

1.3.2 Proposta di legge C-7497 del 14 dicembre 2000⁵⁶

Quasi contemporaneamente al detto Disegno di Legge, ad iniziativa di un gruppo di parlamentari di centro-sinistra, venne presentata anche la Proposta di Legge n. C-7497.

La finalità di questa proposta di legge era la stessa del Disegno di Legge precedente, ovvero modificare i meccanismi di risoluzione delle crisi di aziende, per favorime il risanamento. La Relazione introduttiva, preliminarmente poneva in luce le numerose carenze delle procedure concorsuali vigenti e cioè la durata eccessiva delle stesse, la scarsa efficienza in termini di soddisfazione dei creditori anche per l'elevato costo delle stesse, la scarsa propensione dell'imprenditore a fare emergere lo stato di crisi, le scadenti percentuali di successo delle procedure concordatarie, e poi rilevava come fosse giunto il momento di modificare radicalmente l'impianto normativo vigente in quanto, come sottolineato anche da alcuni organismi internazionali (in particolare il Fondo monetario internazionale), buone procedure concorsuali incrementano il valore delle attività economiche.

Il progetto prevedeva: a) l'incentivazione dell'imprenditore in crisi a rivelare tempestivamente lo stato di dissesto anche mediante l'alleggerimento delle sanzioni a suo carico; b) il coinvolgimento del debitore nelle fasi di ristrutturazione dei debiti in modo da sfruttare il vantaggio informativo che egli possiede con riferimento alla valutazione della convenienza economica dell'eventuale continuazione dell'attività; c) la previsione della prededucibilità dei crediti sorti nel corso della procedura per favorire la contrazione di nuovi debiti necessari per la prosecuzione dell'attività aziendale; d) il contenimento dei tempi e dei costi delle procedure.

Il nuovo impianto normativo contemplava i principi generali cui avrebbe dovuto ispirarsi la legge (art. 2), nonché due procedure concorsuali principali, la procedura di ristrutturazione delle passività (art. 3) e la procedura di insolvenza (art. 4), quindi la disciplina degli accordi stragiudiziali (art. 5), le procedure concorsuali dei gruppi di imprese (art. 6) e la disciplina penale (art. 7).

Prima di esaminare la *disciplina degli accordi stragiudiziali* che maggiormente interessa ai fini del presente elaborato, appare utile dare uno sguardo di insieme alle altre novità che si volevano introdurre.

⁵⁶ Proposta di legge n. 7497 presentata al Parlamento il 14.12.2000 ad iniziativa di alcuni deputati (Veltroni, Mussi, Finocchiaro, etc.)

A tal proposito è significativo del fine perseguito dai parlamentari proponenti quanto stabilito all'art.2, comma 3, lett. f-g in tema di *principi e cri*teri direttivi generali , laddove si specifica che tra gli obiettivi da perseguire vi è anche «f) il riconoscimento e la valorizzazione dell'autonomia privata nella soluzione delle crisi d'impresa, agevolando soluzioni adottate con il consenso delle categorie interessate, rimuovendo eventuali ostacoli di natura legislativa, regolamentare e fiscale ..." e "g) l'incentivazione dei comportamenti cooperativi del debitore e dei creditori, introducendo specifiche sanzioni per la violazione dei doveri di buona fede, correttezza e trasparenza.»

L'intento era, quindi, quello di assegnare un ruolo sempre più forte alla libera negoziazione tra il debitore ed i creditori, responsabilizzandoli all'osservanza dei principi di correttezza, trasparenza e buona fede e, per converso, ridurre ancora più l'ingerenza della funzione giurisdizionale alla quale doveva essere riservata la gestione della procedura di insolvenza.

Venendo al merito della proposta di legge che, come detto, non venne approvata, ma che, insieme con la precedente, rappresenterà le basi delle riforme frammentariamente attuate a partire dal 2005 e, per certi versi, anche della riforma integrale del 2019, è interessante evidenziarne le caratteristiche principali.

La procedura di ristrutturazione delle passività, prevista all'art. 3, era promossa con ricorso al Tribunale dal debitore che, trovandosi in stato di crisi o anche di insolvenza, presentava un piano di ristrutturazione delle passività (attestato da un esperto) che doveva prevedere la continuazione totale o parziale dell'attività anche per soddisfare i creditori con gli utili attesi dalla continuazione, oppure la cessazione totale o parziale dell'impresa e la liquidazione del patrimonio aziendale.

Era previsto che la proposta di ristrutturazione fosse a contenuto libero sicché era possibile anche pagare i creditori privilegiati in percentuale o attribuire in pagamento azioni, quote o obbligazioni anche convertibili.

L'intera procedura, però, ferma la libertà di contenuto della proposta, doveva essere preliminarmente sottoposta al vaglio del Tribunale il quale, ritenutala ammissibile, dopo la nomina di un giudice delegato ed un commissario giudiziale, la sottoponeva al voto dei creditori. Quindi, predisposta una relazione sul Piano da parte del Commissario, ricevuto il voto favorevole dalla maggioranza dei creditori di ciascuna classe, il Piano veniva sottoposto all'omologazione da parte del Tribunale e poi si dava il via alla sua esecuzione sotto il controllo del Commissario Giudiziale.

La Procedura di Ristrutturazione delle Passività, in buona sostanza, andava a sostituire le procedure di amministrazione controllata e di concordato preventivo con un'unica procedura dal contenuto potenzialmente ampio, ma rispetto alla quale l'ingerenza degli organi giurisdizionali era ancora particolarmente significativa. Basti pensare che l'intera procedura era incentrata su un Piano di ristrutturazione che, predisposto dal debitore ed attestato da un esperto di sua scelta, doveva poi essere vagliato dal Commissario Giudiziale e solo dopo il suo *placet* poteva essere sottoposto al voto dei creditori.

Inoltre, il fatto che i creditori fossero tenuti ad esprimere il loro voto in sede di adunanza in Tribunale privava il debitore della possibilità di attivare negoziazioni anche individuali, con la conseguenza che la proposta diventava necessariamente meno adattabile alle specificità dell'azienda in crisi.

L'art. 4 del Disegno di Legge, invece, disciplinava la procedura di insolvenza alla quale si accedeva quando il debitore non aveva ritenuto di attivare la procedura di ristrutturazione delle passività, oppure quando il tentativo di ristrutturazione non aveva dato il risultato auspicato.

Come la procedura fallimentare, anche la procedura di insolvenza aveva finalità essenzialmente liquidatorie con un *favor* particolare, però, verso la dismissione dell'intera azienda per evitare, laddove possibile, la distruzione dei valori residui. La Relazione evidenziava al riguardo come l'aver dato la possibilità all'imprenditore in crisi di proporre un piano per la ristrutturazione delle passività a contenuto sostanzialmente libero doveva necessariamente comportare che, nel caso il debitore non se ne fosse voluto avvalere, oppure non avesse trovato alcun'intesa, la parola doveva passare ai creditori con il riconoscimento del loro diritto e soddisfarsi sul patrimonio del debitore.

La differenza fondamentale tra le due procedure, però, risiedeva nella volontà di "salvaguardare i valori del patrimonio e, in primo luogo, ..., il valore dell'avviamento": era, infatti, prevista, salvo diversa disposizione del Tribunale, l'automatica continuazione dell'attività d'impresa (salvo che non fosse già cessata alla data di apertura della procedura) sotto la gestione del Curatore con l'eventuale ausilio di esperti manager, per un periodo di due mesi durante i quali si sarebbe verificata la possibilità di portare avanti la gestione per non disperdere il valore dell'avviamento fino alla vendita della stessa.

La riforma prevedeva una serie di interventi sia per accelerare i tempi di realizzo dell'attivo, sia per favorire operazioni di finanza straordinaria utili alla conclusione della

procedura, sia per ridurre i casi di revocatoria o favorire i concordati fallimentari, nonché la liberazione del debitore persona fisica dai debiti non soddisfatti.

Come detto, il progetto si poneva il problema dell'applicazione delle procedure concorsuali anche alle imprese che facevano parte di un gruppo (art. 6), con l'obiettivo di «adattare la disciplina ordinaria a situazioni di collegamento che esigono da un lato un coordinamento tra le procedure pur nella separatezza dei patrimoni, dall'altro una maggiore severità nei confronti di atti che potrebbero configurare depauperamenti ed indebiti trasferimenti di ricchezza all'interno del gruppo, con danno dei creditori».

Il criterio generale cui era ispirata la disciplina dell'impresa di gruppo in crisi, quindi, era il rispetto della soggettività di ciascuna impresa – ovvero separatezza delle rispettive masse attive e passive – ma considerazione ed attenzione vero i collegamenti di natura funzionale, economica e finanziaria tra le diverse realtà aziendali. Ad esempio, era ipotizzato che nel caso più società del gruppo fossero ammesse a procedure concorsuali poteva nominarsi un unico giudice delegato ed un unico commissario (art. 7 lett. c); oppure, che la competenza territoriale potesse radicarsi per tutte le società del gruppo presso il Tribunale del luogo ove aveva sede la capogruppo (art. 7 lett. a); o ancora che la capogruppo fosse assoggettabile alla procedura di ristrutturazione dei debiti o di insolvenza anche quando non eserciti alcuna attività produttiva di beni o servizi (art. 7 lett. e); infine che la controllante ed i suoi amministratori fossero responsabili in solido con gli amministratori della controllata, per i danni da questi causati alla controllata insolvente in caso di abuso dell'attività di direzione unitaria (art. 7 lett. h).

L'ultimo articolo del progetto era, invece, dedicato alle norme penali (art.7) con l'intento di ridurre le sanzioni applicabili nel corso delle procedure concorsuali ai soli casi del dolo e della colpa grave, con esclusione della punibilità a titolo di colpa, il tutto pur nel rispetto dell'interesse alla corretta applicazione delle stesse.

Quel che interessa principalmente ai fini del presente lavoro è, invece, l'introduzione della Procedura di composizione negoziale della crisi (art.5)⁵⁷:

⁵⁷ ART. 5.- COMPOSIZIONE NEGOZIALE DELLE CRISI. «1. La disciplina della composizione negoziale delle crisi dovrà ispirarsi ai sequenti principi e criteri direttivi:

a) fermo restando quanto previsto dall'articolo 7, comma 1, lettera a), numeri 4) e 5), incentivazione delle soluzioni negoziali delle crisi, mediante: 1) facoltà per qualsiasi debitore, senza limitazioni di carattere soggettivo, di sottoporre all'omologazione dell'autorità giudiziaria gli accordi conclusi con uno o più creditori al fine di superare, in modo durevole, una situazione di crisi, in atto oppure imminente, di carattere economico, patrimoniale o finanziario; 2) inclusione negli accordi di cui al numero 1) di una situazione patrimoniale di riferimento corredata dalla relazione di un esperto, scelto dal debitore tra i soggetti indicati all'articolo 3, comma 2, lettera b), avente ad oggetto la correttezza dei dati contabili posti

Con questo istituto ci si proponeva di disciplinare gli accordi di natura negoziale e stragiudiziale tra il debitore ed i suoi creditori, diretti a superare le situazioni di crisi solo previste o anche in corso, nel rispetto dei diritti di tutte le parti interessate.

I principali elementi di novità – la gran parte dei quali li troveremo degli ADR introdotti nel 2005 – risiedevano:

- nella possibilità che della stessa se ne potevano avvalere tutti i debitori senza limitazioni di carattere soggettivo e, quindi, non era limitata agli imprenditori commerciali;
- nella facoltà per il debitore di raggiungere accordi anche solo con parte dei creditori e, quindi, nella possibilità di individuare quei creditori ritenuti essenziali ai fini della prosecuzione dell'attività aziendale e come tali più disponibili a discutere le condizioni per il risanamento e accettare eventuali sacrifici delle proprie ragioni creditorie;
- nella previsione che l'accordo fosse accompagnato da una relazione redatta da un esperto indipendente che doveva attestare *la correttezza dei dati contabili posti alla base degli accordi e la loro attitudine a consentire al debitore di superare durevolmente lo stato di crisi;* non era previsto, quindi, alcun controllo giurisdizionale al riguardo, avendo rimesso ogni responsabilità al debitore ed all'esperto da egli nominato, il tutto con evidenti vantaggi in termini di tempi e di costi procedurali;
- nella previsione che l'omologazione degli accordi raggiunti tra il debitore ed i creditori
 fosse limitata alla verifica sommaria della loro attitudine al superamento della crisi; il
 Tribunale, quindi, veniva coinvolto solo per "ratificare" l'accordo già raggiunto, senza
 dover entrare nel merito dello stesso, ma solo del suo potenziale buon esito;

alla base degli accordi stessi e la loro attitudine a consentire al debitore di superare durevolmente lo stato

di crisi; all'esperto si applicano le disposizioni dell'articolo 64 del codice di procedura civile, salva la sua responsabilità civile; 3) omologabilità degli accordi di cui al numero 1), da parte dell'autorità giudiziaria, sulla base di una verifica sommaria circa l'attitudine degli stessi a consentire al debitore di superare durevolmente lo stato di crisi; facoltà per l'autorità giudiziaria di disporre una consulenza tecnica d'ufficio a spese del debitore e di imporre all'esperto di riferire periodicamente sull'attuazione dell'accordo; 4) revocabilità dell'omologa in tempi determinati, qualora i dati e gli elementi di valutazione posti a base dell'accordo si dimostrino inattendibili e passibili di pregiudicare gravemente la corretta realizzazione delle

sue finalità; 5) salvezza degli effetti degli atti legittimamente compiuti in esecuzione degli accordi raggiunti con i creditori ed omologati dall'autorità giudiziaria, con conseguente esclusione della assoggettabilità ad azioni revocatorie degli atti posti in essere in esecuzione degli stessi, salvo il caso di revoca dell'omologa; b) introduzione di una normativa fiscale che non penalizzi le soluzioni delle crisi conseguite mediante accordi fra il debitore e i suoi creditori, con particolare riferimento alla deducibilità delle perdite su crediti, alla valutazione delle partecipazioni acquisite ed alla deducibilità degli accantonamenti a fronte di

- nella fondamentale tutela salvezza degli effetti degli atti compiuti in esecuzione degli accordi ove omologati dal Tribunale e, quindi, nell'esclusione della loro revoca, salvo il caso della revoca del provvedimento di omologazione;
- nella previsione di una normativa fiscale favorevole alla conclusione degli accordi.

In buona sostanza, con questo Progetto il Legislatore aveva immaginato e strutturato un procedimento di natura prevalentemente negoziale, rimesso alla (quasi) esclusiva volontà delle parti interessate – debitore e creditore – con l'intervento dell'autorità giurisdizionale solo per l'omologazione necessaria per sacramentare l'accordo e rendere inattaccabili le operazioni compiute in sua esecuzione. Veniva compreso come nessuno più del creditore potesse decidere le sorti del proprio diritto di credito, sia nel senso dell'adesione all'accordo con l'impegno quindi a rispettarlo ed a favorire la ripresa del debitore e sia nel senso di non aderire e, quindi, conservare ogni diritto ad egli spettante nei confronti del debitore inadempiente.

Il progetto di legge, comunque, non fu approvato ed anche questo tentativo di riforma del sistema fallimentare cadde nel vuoto. L'esigenza di individuare un nuovo sistema normativo per disciplinare organicamente le crisi d'impresa era sempre più pressante e la tendenza, in conformità con quanto accadeva nel resto d'Europa, era quella di consentire all'azienda di superare la crisi e conservare il proprio valore e preservare i posti di lavoro, facendo affidamento soprattutto su soluzioni negoziali alternative alla mera liquidazione del patrimonio del debitore.

1.3.3 Commissione Trevisanato

È in questo contesto che nel 2001 veniva costituita presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia la Commissione presieduta dell'avv. Sandro Trevisanato.

La Commissione aveva l'incarico di elaborare «I principi ed i 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».

Nemmeno la proposta presentata dalla Commissione, però, veniva accolta.⁵⁸

Gli obiettivi condivisi della riforma erano rappresentati dal superamento della contrapposizione tra tutela dei creditori e conservazione degli organismi produttivi ⁵⁹;

⁵⁸ La Commissione presentò addirittura una proposta "doppia", la prima approvata dalla maggioranza della Commissione e la seconda, di stampo più "liberista", a firma della minoranza, elaborata con il contributo dei rappresentanti di Banca d'Italia, ABI e Confindustria.

⁵⁹ L'idea sottesa era quella di favorire il consenso dei creditori verso soluzioni che evitassero la liquidazione dell'azienda, senza che la stessa venisse loro imposta.

dall'attenzione ai modelli stranieri; dall'individuazione di strumenti di prevenzione e di allerta per consentire interventi tempestivi nella gestione della crisi d'impresa; dalla individuazione e costruzione di un meccanismo di protezione (cd. "ombrello") cui l'imprenditore in crisi possa tempestivamente accedere per avere il tempo di negoziare e raggiungere il migliore accordo possibile con i creditori; dall'avvio della procedura liquidatoria in caso di impossibilità di raggiungere l'accordo anzidetto.

Il sistema proposto dalla Commissione Trevisanato, quindi, era fondato su tre pilastri: l'individuazione di misure di allerta e di prevenzione; quindi la procedura di composizione concordata della crisi ed infine la procedura di liquidazione concorsuale.

Anche la Commissione Trevisanato, pur nell'impossibilità di elaborare un progetto unitario, aveva ipotizzato, però, che prima di procedere con la liquidazione concorsuale del patrimonio aziendale (o dell'azienda nella sua interezza) il debitore potesse tentare il salvataggio della sua azienda mediante un accordo con i creditori: protagonisti, quindi, di questa fase erano nuovamente il debitore ed i creditori, mentre al Tribunale spettava un ruolo marginale.

La procedura poteva essere attivata da qualsiasi imprenditore (commerciale, agricolo o anche "piccolo") che si trovasse in stato di insolvenza o anche in stato di squilibrio patrimoniale o economico o finanziario e l'accesso alla procedura non era sottoposto ad alcuna valutazione di ammissibilità da parte del giudice. Era solo previsto, però, che l'autorità giurisdizionale potesse interrompere il procedimento allorché fossero emersi atti in frode o fossero venuti meno i presupposti per la sua prosecuzione. Il testo "ufficiale" (quello approvato dalla maggioranza della Commissione) prevedeva che il debitore, una volta dichiarata la volontà di accedere alla procedura, dovesse presentare subito anche il Piano da sottoporre tempestivamente alla valutazione del Commissario e degli organi della procedura affinché ne valutassero la serietà; la proposta "alternativa" (quella approvata dalla minoranza della Commissione), invece, concedeva al debitore più tempo per predisporre e presentare il Piano ed il programma.

Ampio era il ruolo del comitato dei creditori il quale aveva anche la facoltà di autorizzare gli atti di straordinaria amministrazione e lo scioglimento dei rapporti in corso non ritenuti utili per il buon esito della procedura. L'asse portante rappresentato nella procedura vigente dal rapporto debitore-commissario – giudice delegato, in questo caso era sostituito dal rapporto debitore – comitato dei creditori.

I creditori potevano essere divisi in classi, ma la minoranza della Commissione aveva previsto che in caso di dissenso da parte di un numero anche ristretto di creditori di una classe, il Tribunale potesse imporre la volontà della maggioranza ove avesse ritenuto che la soluzione proposta fosse comunque migliore rispetto ad una eventuale procedura liquidatoria (cd. *best of creditor's interest test*) La proposta alternativa venne però severamente censurata perché si riteneva che fosse eccessivamente penalizzante per la libertà dei creditori di decidere il destino dei loro crediti.

Altra divergenza in seno alla Commissione sorse sul ruolo del Tribunale in merito al Piano proposto. Il testo ufficiale prevedeva che il Tribunale avesse un potere autonomo di valutazione della fattibilità del piano per tutelare i creditori dissenzienti che fossero costretti a aderire al programma approvato dalla maggioranza. Secondo la minoranza della Commissione, invece, al Tribunale doveva essere riservato solo il controllo di legittimità con esclusione di ogni valutazione sul merito, perché già effettuata dal Commissario e dalla maggioranza dei creditori divisi per classi.

Il testo "ufficiale", infine, prevedeva (ma la minoranza della Commissione era contraria) che i creditori dissenzienti venissero soddisfatti immediatamente ed in via integrale.

Naturalmente, il progetto stabiliva l'attivazione della procedura di liquidazione concorsuale laddove l'accordo tra debitore e creditori non fosse possibile o non fosse andato a buon fine.

La Commissione Trevisanato esprimeva nuovamente il desiderio che la soluzione della crisi aziendale fosse lasciata alla libera negoziazione tra debitore e creditori, così da riservare alla liquidazione concorsuale un ruolo secondario e subalterno e, quindi, solo eventuale, sebbene pur sempre finalizzato, ove possibile alla continuazione dell'attività aziendale mediante la cessione dell'intero complesso.

Come abbiamo visto, però, nemmeno la Commissione riuscì a trovare un punto d'incontro per licenziare un testo condiviso e, quindi, alla fine, l'attività svolta non portò alcun frutto, ma anch'essa contribuì a porre le basi per l'introduzione nel 2005 degli Accordi di Ristrutturazione dei Debiti che, come vedremo, avranno diversi punti in comune con la procedura di Composizione concordata della crisi ideata dagli esperti giuristi della Commissione, come, ad esempio, l'obbligo di soddisfare in via anticipata ed integrale tutti i creditori dissenzienti.

1.4 LA COMPOSIZIONE DELLA CRISI D'IMPRESA IN ALCUNE LEGISLAZIONI STRANIERE⁶⁰

1.4.1 Il diritto statunitense⁶¹

Il diritto fallimentare statunitense è stato completamente riformato con l'introduzione nel 1978 del nuovo codice fallimentare (*Bankruptcy Code*) che si compone di vari articoli (*Chap*ter), tra i quali meritano di essere annoverati il *Chap*ter 11 ed il *Chap*ter 7: il primo disciplina la riorganizzazione dell'impresa; il secondo la sua liquidazione (in pratica il nostro fallimento).

La finalità del *Chap*ter 11 (così viene definita la procedura ivi disciplinata) è chiaramente conservativa perché il suo scopo è quello di fornire uno strumento flessibile alle imprese in difficoltà per preservare il loro "going concerne value" (ossia il valore dell'impresa che continua ad operare) a favore dei loro creditori⁶².

Nella prassi operativa statunitense tale risultato viene spesso conseguito mediante la vendita dell'azienda o dei rami d'azienda attivi in favore di una *NewCo* e l'eventuale liquidazione della parte rimanente dell'azienda; talvolta, il *Chapter 11* viene utilizzato per la rinegoziazione di precedenti accordi intercorsi tra il debitore e i suoi creditori (cd. "prepackaged plan")⁶³.

Il Sistema americano del *Chap*ter 11 vede come protagonisti i seguenti soggetti:

- il *debtor in possession* (c.d. DIP), che spesso coincide con il debitore, ma può anche essere il management della società (eventualmente rinnovato)⁶⁴ che assume la gestione

⁶⁰ QUATRARO B. e BURCHI B., *Gli Istituti di composizione della crisi d'impresa in alcune legislazioni straniere*, Giappichelli, in www.nuovodirittodellesocietà.it

⁶¹ MANGANELLI, Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto, 129-140.

⁶² BRAMATI-MORELLI (*Crisi delle compagnie aeree nell'esperienza del Chapter* 11, in Fallimento & Crisi d'impresa n. 7-8/2008) definiscono il *Chapter* 11 come "un procedimento di natura giurisdizionale finalizzato alla risoluzione della crisi d'impresa perseguita attraverso accordi con i creditori nell'ambito di un piano di riorganizzazione del patrimonio d'impresa e del suo capitale, volto ad evitarne la liquidazione".
63 MANGANELLI (*Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fallimento* n. 2/2011, 136) rileva che il *Prepackaged Plan of Reorganization* è un meccanismo

che consente al debitore una più rapida emersione della procedura del Chapter 11: "nella procedura in esame il debitore predispone il piano di riorganizzazione, lo negozia e lo sottopone alla votazione dei propri creditori prima di depositare l'istanza di ammissione al Chapter 11. Al momento della presentazione dell'istanza medesima, il debitore depositerà contestualmente il piano di risanamento che avrà già ottenuto l'approvazione formale dei creditori. Completata la votazione ed aperta la procedura di Chapter 11, il Prepackaged Plan è sottoposto alla valutazione e alla conferma della bankruptcy court con le modalità ed i criteri visti sopra per le ordinarie procedure di Chapter 11".

⁶⁴ QUATRARO B. e BURCHI B, op. cit., evidenziano come "Spesso, al fine di evitare conflitti di interessi e di garantire una totale imparzialità rispetto alla gestione precedente, al momento dell'entrata in procedura, viene nominato un nuovo management che possa così ricoprire il ruolo di DIP in maniera più imparziale ed oggettiva. Capita anche che, per ricoprire il ruolo di DIP, venga inserita una vera e propria figura di "riorganizzatore capo", scelto all'esterno della struttura societaria ed esperto in gestione e risoluzione della crisi aziendale".

del procedimento e viene incaricato di gestire tutto il patrimonio del debitore nell'interesse del ceto creditorio. In buona sostanza, il DIP corrisponde alla figura del trustee e possiede tutti i diritti e gli obblighi di un fiduciario che agisce nell'interesse dei creditori;

- l'appointment of trustee, individua l'eventuale nomina da parte dei creditori di un fiduciario (trustee) indipendente in sostituzione del debtor in possession;
- l'appointment of examiner, individua l'eventuale nomina da parte della Corte di un esperto che sia di supporto nella risoluzione di particolari questioni;
- l'unsecured creditors commitee, ovvero una sorta di comitato dei creditori chirografari, che viene ufficialmente nominata dal *United States Trustee*; i creditori privilegiati (c.d. "secured creditors") possono anche non prendere parte alla Commitee;
- lo *U.S. Trustee*, organo del Dipartimento di Giustizia con la funzione di garantire il normale svolgimento della procedura, scegliere e sorvegliare il *trustee* e controllare che I DIP adempiano ai loro doveri;
- e gli *shareholders*, ovverosia gli azionisti che possono avere interesse a partecipare alla procedura e ad essere sentiti dalla Corte.

Sotto il profilo soggettivo, qualsiasi debitore, sia persona fisica che persona giuridica o anche semplice associazione, può beneficiare del *Chap*ter 11, ad eccezione degli agenti di cambio, delle compagnie di assicurazioni o delle banche.

Il procedimento viene avviato dal debitore con la presentazione di una istanza corredata di una situazione patrimoniale aggiornata e dettagliata alla quale fa seguito un'udienza preliminare presieduta dal *United States Trustee* e con la partecipazione del debitore e dei creditori.

Dalla presentazione dell'istanza vige il divieto per tutti i creditori di iniziare o continuare azioni esecutive nei confronti del debitore (c.d. *automatic stay*).

Entro 120 giorni dalla presentazione dell'istanza introduttiva del *Chapter 11*, il debitore deve presentare un piano di riorganizzazione (c.d. *exclusivity period*, decorso il quale anche i creditori sono autorizzati a presentare il proprio piano di riorganizzazione) che poi deve essere sottoposto all'approvazione dei creditori. Il piano deve essere

accompagnato da una relazione illustrativa (c.d. *disclosure statement*)⁶⁵ e deve contenere la proposta diretta ai creditori previamente suddivisi in classi⁶⁶.

Per ogni classe di crediti, è necessario che il piano indichi quale di esse è falcidiata (c.d. *impaired*) e, soprattutto, spieghi la ragione di tale falcidia. Infatti, solo i creditori *impaired* hanno diritto di voto per l'approvazione del piano, mentre quelli *unimpaired* non possono votare, essendovi una presunzione di accettazione da parte di chi non subisce alcun danno dal piano. I creditori appartenenti alla *priority claims* devono essere sempre pagati per primi ed integralmente e, quindi, il piano non può mai prevedere una decurtazione dei loro crediti.

Il piano si considera approvato anche se vota a favore una sola di classe di creditori ammessi al voto, purché all'interno di questa classe abbiano votato favorevolmente i creditori che rappresentino i 2/3 dell'ammontare dei crediti e la maggioranza numerica dei creditori. Una volta che il piano sia stato approvato dai creditori allora viene sottoposto all'approvazione della Corte la quale, per compensare il *favor* che la normativa ha nei confronti del proponente (basti pensare che il piano si approva con l'adesione anche di una sola classe di creditori) e, quindi, la facilità di ottenimento del consenso, sottopone il debitore, su impulso dei creditori dissenzienti, ad una serie di "test" diretti a verificare la convenienza sostanziale del piano.

Innanzitutto, ogni singolo creditore che si senta pregiudicato dal piano potrà provocare il *cram down*, previo esperimento del c.d. *best interest test*. In altre parole, ogni creditore potrà opporsi alla proposta concordataria contestando il trattamento ad egli riservato ed il debitore dovrà dimostrare (*best interest test*) che la soluzione alternativa e cioè l'applicazione del *Chap*ter 7 comporterebbe effetti peggiori di quelli proposti⁶⁷; in pratica si finisce con il confrontare il valore dell'impresa se resta in attività secondo il piano (c.d. *going concern value*) e quello in caso di sua liquidazione (c.d. *liquidation value*).

_

⁶⁵ MANGANELLI (Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto, in Fallimento n. 2/2011, 135) rileva al riguardo che "una serie di adempimenti preliminari sono tuttavia richiesti affinché il piano possa essere validamente presentato, e tra questi i più importanti sono le c.d. disclosure statements: il debitore deve fornire ai terzi interessati tutte le informazioni relative al plan of reorganization, idonee a consentire a qualsiasi ipotetico investitore o creditore la possibilità di compiere una valutazione completa e precisa del piano proposto (le c.d. adequate information)".

⁶⁶ La legge statunitense annovera tre categorie di creditori: i crediti garantiti (c.d. *secured claims*), i crediti chirografari (c.d. *unsecured claims*) e, infine, i crediti "con priorità" (c.d. *priority claims*).

⁶⁷ LENOCI (in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti* in Giuffrè, 2010, 34) fa riferimento al *best interest of creditors, "*nel senso che il tentativo di risanamento potrà proseguire solo nell'ipotesi in cui i creditori abbiano la concreta prospettiva di ricevere più di quanto riceverebbero a seguito di una procedura di *liquidation"*.

Considerato, poi, che secondo la legge americana il debitore è libero di intervenire sulla *priority rule*, nel senso che può decidere anche di soddisfare prima i creditori di rango inferiore rispetto a quelli di rango superiore, oppure di non offrire lo stesso trattamento nemmeno ai creditori delle classi di pari rango, il sistema di contrappesi prevede che ciascun creditore appartenente ad una classe dissenziente potrà ricorrere al giudizio di *cram down*, previo esperimento del *fair and equitable test:* in tal caso, il debitore dovrà dimostrare che la classe asseritamente danneggiata non avrebbe avuto un trattamento migliore se l'ordine di priorità fosse stato rispettato.

L'ultimo test che il debitore deve superare perché il piano sia ammesso dalla Corte è il c.d. *feasibility test*. Il debitore dovrà cioè dimostrare che il piano può effettivamente essere portato a conclusione evitando la liquidazione ai sensi del *Chap*ter 7.

Il piano, quindi, potrà essere approvato anche contro la volontà dei creditori (è proprio questo il c.d. *cram down*) solo se la Corte si convinca attraverso i tre test suindicati che il piano sia stato proposto in buona fede, regoli i diritti dei creditori in maniera ragionevolmente equa ed onesta e che ha concrete possibilità di successo.

Ultimo aspetto importante del *Chap*ter 11 è la liberazione del debitore da tutti i debiti anteriori all'istanza una volta che il piano sia stato approvato dai creditori ed omologato dalla Corte (cd. effetto del *discharge*). Al contrario, nell'ipotesi di mancata approvazione e/o omologazione del piano, il procedimento si trasformerà nella liquidazione ai sensi del *Chap*ter 7.

Il *Chap*ter 11 è un procedimento che, in sostanza, fonde la procedura di concordato preventivo, che rappresenta il procedimento di base, con gli accordi di ristrutturazione dei debiti, che invece ne rappresenta una possibile aggiunta, in quanto al debitore è consentito di sottoporre all'approvazione dei creditori un piano prima di portarlo all'esame della Corte (cd. *prepackaged plan*).

Il sistema statunitense ha cercato di contemperare l'esigenza di favorire il debitore nell'obiettivo di salvare l'azienda o la parte di essa meritevole di essere salvata, conferendogli la massima libertà nella trattativa con i creditori, prevedendo la possibilità di conseguire l'approvazione del piano anche contro la volontà della maggioranza degli stessi (nel caso, ad esempio, che il piano sia approvato da una sola classe di creditori con le altre contrarie), ma al contempo stabilendo una serie di verifiche di "convenienza" e di "fattibilità" del piano affidate all'autorità giurisdizionale.

Il *Chap*ter 11, in definitiva, conferisce al debitore le massime *chance* di risolvere la situazione di crisi, anche contro il parere dei creditori, ma alla sola condizione che il piano proposto sia effettivamente la soluzione migliore e sia realmente e concretamente perseguibile.

1.4.2 Il diritto tedesco

Il diritto fallimentare tedesco è stato completamente rinnovato nel 1999 con l'introduzione di una sola procedura concorsuale (cd. *Insolvenzordnung* (InsO)⁶⁸ nel cui ambito si inseriscono quali sub procedure il concordato preventivo e quello fallimentare.

La *InsO* è accessibile a tutti i debitori (presupposto soggettivo) e, quindi, anche i non imprenditori (per le persone fisiche, però, è previsto un procedimento semplificato), allorquando sia presente uno dei seguenti presupposti oggettivi: l'insolvenza (*Zahlungsunfahigkeit*), ovvero l'incapacità del debitore di adempiere ai debiti già scaduti; il rischio di insolvenza (*drohende Zahlungsunfahigkeit*), cioè quando si prevede che il debitore non riuscirà a soddisfare i crediti alla scadenza; lo sbilancio patrimoniale (*Uberschuldung*) e cioè quando il passivo è superiore all'attivo.

La procedura prevede due modalità per giungere al soddisfacimento dei diritti del creditore: la liquidazione del patrimonio del debitore; la continuazione dell'esercizio dell'impresa, attraverso il relativo risanamento.

Il debitore (o anche il curatore su richiesta del comitato dei creditori) deve presentare un "piano di regolazione dell'insolvenza" (*Insolvenzplan*) dal contenuto estremamente flessibile e vario: si può prevedere che il debitore continui temporaneamente nell'esercizio dell'impresa (*Saniemngsplan*), oppure che tutti i beni aziendali vengano ceduti a un terzo, il quale può accollarsi anche parzialmente i debiti impegnandosi a soddisfare i creditori (*Ubertragungsplan*), oppure possono prevedersi piani di pagamento dei debiti, attraverso una liquidazione atomistica dei beni del debitore (*Lìquidationsplan*).

In ogni caso, il piano può prevedere la suddivisione dei creditori in classi e deve specificare gli strumenti che s'intende utilizzare per riportare l'impresa in equilibrio, ove sia questa la finalità del piano; tempi e modalità dei pagamenti dei creditori (anche in via parziale); la sorte dei contratti in corso.

1999 e ha sostituito le precedenti leggi vigenti (la legge fallimentare, *Konkursordnung* del 1977; la legge sul concordato preventivo, *Vergleichsordnung* del 1935; la legge sulla procedura esecutiva concorsuale, *Gesamtvollstreckungsordnung* del 1976).

⁶⁸ La *Insolvenzordnung* (InsO), cioè la legge sull'insolvenza è entrata in vigore in Germania il 1° gennaio 1999 e ha sostituito le precedenti leggi vigenti (la legge fallimentare. *Konkursordnung* del 1977: la legge

Il Piano viene sottoposto all'approvazione solo dei creditori che vedono in qualche modo compressi i loro diritti e viene approvato se si raggiunge il voto favorevole della maggioranza delle classi e, all'interno di ciascuna classe, viene richiesta una doppia maggioranza.

Una volta approvato dai creditori, allora il piano viene sottoposto all'omologazione da parte del Tribunale che, se rifiutata, rende il procedimento totalmente improduttivo di effetti. Considerato che il piano deve essere approvato dalla maggioranza delle classi di creditori e dalla maggioranza di questi in ciascuna classe, al Tribunale è demandato solo il controllo che il piano sia stato presentato in buona fede e che abbia concrete possibilità di successo e che all'esito dello stesso i creditori ottengano una somma maggiore di quella che avrebbero potuto conseguire con la procedura di liquidazione

Anche nel sistema tedesco, è previsto un meccanismo (*Obstruktionsverbot*) simile al *cram down* statunitense, in quanto rispetto ai creditori dissenzienti può essere necessario dover dimostrare che il risultato conseguibile dall'esecuzione del piano sia migliore di quello eventualmente derivante dalla procedura liquidatoria.

L'esecuzione del piano comporta, inoltre, normalmente, la liberazione del debitore dalle proprie obbligazioni.

1.4.3 Il diritto francese⁶⁹

Anche il sistema del diritto fallimentare in Francia ha subito una recente radicale trasformazione per effetto della legge n. 845 del 26 luglio 2005, detta *loi de sauvegarde des enterprises*.

Con la riforma del 2005 le procedure vigenti sono le seguenti: *Mandatarie ad hoc, Conciliation, Sauvegarde, Redressement Judiciarie, Liquidation juduciarie.*

La *conciliation* assomiglia ai nostri Accordi di ristrutturazione dei debiti (ma non contempla la clausola cd. *automatic stay*), in quanto è praticamente una composizione negoziale tra il debitore ed i suoi creditori gestita da un conciliatore nominato dal Tribunale su istanza del debitore in difficoltà, a condizione che questi non abbia interrotto i pagamenti da oltre 45 giorni. Possono accedere alla procedura non solo le imprese commerciali o artigiane, ma anche i professionisti. Se risulta impossibile un accordo, il conciliatore ne relaziona al presidente che fa cessare con una decisione il procedimento.

⁶⁹ Guernelli M., La riforma delle procedure concorsuali in Francia ed in Italia, Diritto fallimentare e delle società commerciali, 2, 2008

La *sauveguarde*, invece, è procedura di salvaguardia alla quale può accedere solo l' imprenditore che si trovi in stato di difficoltà, ma che non abbia ancora cessato i pagamenti⁷⁰.

L'obiettivo perseguito dalle due procedure è, comunque, la salvaguardia dell'impresa, la continuità dell'attività e dell'occupazione, l'estinzione delle passività.

Entrambe le procedure cominciano con una fase di osservazione che serve all'amministratore giudiziario per predisporre il bilancio ed un piano economico-finanziario e per proporre al giudice la soluzione più adeguata in base alle proprie osservazioni, compresa la vendita totale o parziale dell'impresa.

Mentre nella procedura di risanamento giudiziario, però, il debitore può essere interamente sostituito dall'amministratore giudiziario, nella procedura di salvaguardia, invece, egli continua a gestire la sua impresa, eventualmente con la sola sorveglianza dell'amministratore giudiziario.

Il debitore dovrà costituire almeno due comitati dei creditori, uno per gli istituti di credito e l'altro per i fornitori principali, oltre quelli per eventuali creditori pubblici ed obbligazionisti. Successivamente, ai due comitati sarà presentato un progetto di piano di risanamento con l'indicazione dettagliata di tutte le operazioni societarie e finanziarie necessarie per il risanamento, così che ciascun comitato possa discuterne al proprio interno a tutela delle posizioni specifiche dei propri componenti e poi formulare le proprie osservazioni e proposte di modifica, votando a maggioranza dei rispettivi membri che rappresentino almeno i 2/3 dei crediti. Eseguita la votazione con esito favorevole, il Tribunale procede con l'omologazione.

Se, invece, l'imprenditore si trova in uno stato di cessazione dei pagamenti e non vi sono i presupposti per il risanamento dell'azienda allora si dovrà dare corso alla procedura di *liquidation judiciaire* finalizzata al realizzo delle poste attive ed al riparto del ricavato tra i creditori. La procedura liquidatoria, infine, verrà chiusa o per estinzione del passivo oppure per insufficienza dell'attivo.

⁷⁰ WENNER-CARBONE in *Le procedure concorsuali in Francia*, in *Il Foro Padano* ott.-Dic. 2010, rileva che "in

debitore è già in cessazione dei pagamenti, deve chiedere l'apertura della procedura di redressement judiciaire o di una procedura di liquidazione giudiziaria se la sua impresa non può essere riassestata con un piano".

presenza di difficoltà finanziarie insormontabili di natura tale da condurre alla cessazione dei pagamenti, il dirigente dell'impresa può chiedere l'apertura di una procedura di sauvegarde che comporta gli effetti tradizionali di una procedura concorsuale; la sospensione delle procedure individuali, l'obbligo dei creditori di sottomettersi alla verifica dei crediti, la designazione di un amministratore giudiziario e l'apertura di un periodo di osservazione destinato alla preparazione di una soluzione di riassestamento. Se invece il debitore à già in conseguine dei pagamenti dave chiedera l'apertura della presedura di redressement

1.5 LE RIFORME DEGLI ANNI 2000

1.5.1 D.L. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in legge con modifiche dalla L.14 maggio 2005 n.80⁷¹ e D. Lgs. 9 gennaio 2006 n.5

I tentativi esperiti dal Legislatore e dal Governo negli anni 2000 per riformare integralmente e radicalmente il sistema del diritto fallimentare in Italia, il tutto anche in coerenza con quanto già avvenuto nei principali paesi occidentali, non avevano sortito l'effetto sperato, ma avevano aperto la strada almeno per alcune importanti riforme del RD n.267 del 16 marzo 1942.

È così che con il D.L. 14 marzo 2005 n.35 (cd. decreto competitività), convertito con la Legge n.80 del 14 maggio 2005, vengono – tra l'altro - apportate diverse rilevanti modifiche al diritto fallimentare ⁷² e, per quanto interessa il presente lavoro, viene introdotto anche in Italia un procedimento negoziale della gestione della crisi di impresa, finalizzato ad evitare la dissoluzione dell'azienda conseguente il suo fallimento. L'art. 2, comma 1, lett. 1) del detto D.L., infatti, introduce l'art. 182 bis L.F. intitolato "Accordo di ristrutturazione dei debiti"⁷³.

Prima di esaminare il nuovo istituto nella sua iniziale formulazione (negli anni successivi alla sua introduzione e fino al 2012 subirà diverse importanti modifiche ed integrazioni) è utile porre in luce quelle che erano state le principali innovazioni alla legge fallimentare introdotte dal D.L. 35/2005 per comprendere come l'idea del diritto della crisi d'impresa era ormai mutato e come il Legislatore volesse strutturare il nuovo diritto fallimentare.

In primo luogo, va detto che con la Legge di conversione n.80 del 14 maggio 2005 il Governo era anche delegato a adottare "uno o più decreti legislativi recanti la riforma

⁷¹ Decreto Legge 14 marzo 2005, n. 35, Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale (GU Serie Generale n.62 del 16-03-2005), convertito con modificazioni dalla Legge 14 maggio 2005, n. 80 (in SO n.91, relativo alla G.U. 14/05/2005, n.111)

⁷² Vanno segnalate, in particolare, le modifiche all'articolo 67 in materia di revocatoria fallimentare ed agli artt. 160, 161, 163, 167, 180 e 181 in materia di concordato preventivo (a parte l'introduzione dell'art. 182 bis L.F. in tema di Accodi di Ristrutturazione dei Debiti)

⁷³ **Art. 182 bis L.F. – Accordo di Ristrutturazione dei Debiti -** (in vigore dal 15.5.2005 al 31.12.2007): «*I. Il debitore può depositare, con la dichiarazione e la documentazione di cui all'articolo 161, un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un esperto sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.*

II. L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese; i creditori ed ogni altro interessato possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla pubblicazione.

III. Il Tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato.

IV. Il decreto del tribunale è reclamabile alla Corte di appello ai sensi dell' articolo 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese.

V. L'accordo acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione nel registro delle imprese».

organica delle procedure concorsuali" (art. 1 comma 5 e 6). In particolare, al comma 6, venivano indicati i criteri direttivi da seguire per la modifica della disciplina del fallimento, tra i quali:

- l'indicazione di una serie di parametri oggettivi (ammontare attivo patrimoniale, totale debiti e totale ricavi lordi) per l'individuazione dei soggetti fallibili;
- l'ampliamento delle competenze del comitato dei creditori, indicativo della necessità di conferire al creditore maggiore potere nella gestione della crisi del proprio debitore;
- l'eliminazione delle sanzioni personali poste a carico del fallito, indicativo della volontà di dismettere le caratteristiche di afflittività e meramente punitive conseguenti la dichiarazione di fallimento;
- la riduzione dei termini per l'esercizio delle azioni revocatorie, all'evidente fine di dare certezza ai rapporti giuridici e "tranquillizzare" le imprese nella gestione della propria attività;
- la modifica della disciplina sugli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti,
 al fine di dare più tempo al curatore per manifestare la propria scelta e, quindi, favorire
 la prosecuzione dei rapporti e non la loro risoluzione;
- il favor per la continuazione temporanea dell'esercizio di impresa;
- la modifica del programma di liquidazione degli asset per favorire, ove possibile, anche la cessione unitaria dell'azienda o di singoli rami, ampliando anche i poteri del comitato dei creditori;
- la modifica della disciplina del concordato fallimentare soprattutto in termini di celerità della procedura;
- l'introduzione dell'istituto dell'esdebitazione del fallito persona fisica, favorendo in particolare quelli che abbiano cooperato con gli organi della procedura e non abbiano compiuto operazioni di distrazione del patrimonio;
- l'abrogazione dell'amministrazione controllata.

È così che, come prevedeva la legge delega, veniva pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il D. Lgs. n.5 del 9 gennaio 2006⁷⁴ con il quale il Governo introduceva un ulteriore tassello sul mosaico della riforma, ma sempre con la tecnica della "novellazione" del testo del

⁷⁴ <u>Decreto Legislativo n.5 del 9.1.2006</u> (GU Serie Generale n.12 del 16-01-2006 - Suppl. Ordinario n. 13), entrata in vigore il 17/7/2006, ad eccezione degli articoli 45 (corrispondenza diretta al fallito), 46 (obblighi del fallito), 47 (abrogazione del Pubblico Registro dei Falliti), 151 e 152 (abrogazione di alcune limitazioni personali poste a carico del fallito, come in materia di elettorato attivo) che entrano in vigore il 16/01/2006

1942, senza cioè pervenire alla sua completa sostituzione con un nuovo impianto normativo.

La Relazione illustrativa al decreto legislativo 5/2006⁷⁵ dopo aver ribadito quella che era la filosofia di fondo del sistema fallimentare introdotto con il R.D. n.267 del 16 marzo 1942:

«L'attuale disciplina si ispira ad una finalità essenzialmente liquidatoria dell'impresa insolvente e ad una tutela accentuata dei diritti dei creditori, determinando un completo spossessamento del patrimonio del debitore che viene posto in una condizione di assoluta incapacità di disporre, anche con effetti extra concorsuali e di tipo personale del proprio patrimonio. In tale quadro, la finalità recuperatoria del patrimonio imprenditoriale ha finito per trovare collocazione secondaria rispetto allo scopo sanzionatorio del fallimento»

evidenziava, però, l'indifferibilità di una riforma radicale:

«Si tratta di una procedura che non risulta più adeguata alle finalità che la evoluzione socio-economica intende realizzare nelle situazioni di insolvenza imprenditoriale: finalità ispirate ad una maggiore sensibilità verso la conservazione delle componenti positive dell'impresa (beni produttivi e livelli occupazionali); inoltre, il rilevante contenzioso a cui la procedura dà vita ne determina l'eccessiva durata»

rappresentando la necessità che la riforma s'ispirasse

«ad una nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell'impresa, nelle quali non è più individuabile un esclusivo interesse dell'imprenditore, secondo la ristretta concezione del Legislatore del '42, ma confluiscono interessi economici e sociali più ampi, che privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale»,

il tutto in continuità anche con la legislazione europea nella quale si è

«da tempo affermata la tendenza non dissimile volta a considerare le procedure concorsuali non più in termini meramente liquidatorisanzionatori, ma piuttosto come destinate ad un risultato di conservazione

⁷⁵ <u>Relazione Illustrativa al D. Lgs. 5/2006</u> in Guida al Diritto, Il Sole 24 Ore, aprile 2006, dossier 4, pagine 54 e ss.

dei mezzi organizzativi dell'impresa, assicurando la sopravvivenza, ove possibile, di questa e, negli altri casi, procurando alla collettività, ed in primo luogo agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento e il trasferimento a terzi delle strutture aziendali».

Le innovazioni principali introdotte dal D.Lgs. 5/2006 riguardavano, in primo luogo, l'eliminazione della procedura di Amministrazione Controllata, restando operativi solo gli istituti del Fallimento, del Concordato Preventivo e della Liquidazione Coatta Amministrativa.

Inoltre, come detto, venivano fissati dei criteri "quantitativi" oggettivi e ripetuti negli anni ai fini della fallibilità del debitore, introducendo dei nuovi parametri per l'individuazione del cd. "piccolo imprenditore" - fino ad allora escluso dal fallimento – che prescindevano dal criterio stabilito dall'art. 2083 Codice civile.

In considerazione delle numerose sentenze di illegittimità costituzionale dell'art.15 L.F. che prevedeva che il Tribunale avesse solo la facoltà e non l'obbligo di sentire il debitore prima della dichiarazione di fallimento, veniva disciplinato anche il procedimento per la dichiarazione di fallimento, quale procedimento in camera di consiglio, quindi di natura comunque sommaria, stabilendo, però, l'obbligo del Tribunale di ascoltare il debitore prima di assumere qualsiasi decisione.

Erano ridimensionati i poteri del Giudice Delegato ed amplificati quelli del Curatore e del Comitato dei Creditori.

Al Giudice Delegato era riservata una attività prevalentemente di vigilanza e di controllo e non più di direzione (art. 25 comma 1) mentre, al contempo, si prevedeva un'ampia autonomia gestionale del curatore (artt. 27-39) e maggiori poteri al comitato dei creditori (art. 41).

Di estrema importanza per la comprensione del nuovo spirito che aveva animato il Legislatore con la riforma del 2006, è stata la soppressione del Registro dei falliti (art. 50) e l'introduzione dell'istituto della riabilitazione. Si cercava, quindi, di eliminare quel carattere sanzionatorio ed afflittivo che aveva connotato la sentenza di fallimento per decenni, per favorire la riabilitazione civile del debitore. Venivano inoltre, soppresse le incapacità personali (in materia elettorale ed in relazione alla ricezione della corrispondenza) che prima erano collegate alla dichiarazione di fallimento.

Era introdotto, inoltre, l'istituto dell'esdebitazione (articoli 142-144) ovvero la liberazione del debitore (persona fisica) fallito da tutti i debiti residui, a condizione, però,

che questi avesse collaborato con gli organi della procedura, che non avesse commesso illeciti e che non si fosse già avvalso del medesimo beneficio nei dieci anni precedenti. Naturalmente, la finalità dell'istituto era quella di premiare il fallito "sfortunato" e consentirgli di riprendere l'attività imprenditoriale senza doversi schermare dietro prestanomi e familiari.

Si decideva, quindi, di rafforzare il concordato fallimentare prevedendo la divisione dei creditori in classi e la possibilità di soddisfare anche solo parzialmente quelli privilegiati.

Con l'art. 146 del D.Lgs. 5/2006, infine, si inseriva un ulteriore tassello anche alla disciplina degli ADR con l'introduzione dell'art. 182 ter intitolato "*Transazione fiscale*"⁷⁶.

⁷⁶ **Art. 182 ter – Transazione Fiscale** - (in vigore dal 17.7.2005 al 31.12.2007): «I. Con il piano di cui all' articolo 160 il debitore può proporre il pagamento, anche parziale, dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori, limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria anche se non iscritti a ruolo, ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea. La proposta può prevedere la dilazione del pagamento. Se il credito tributario è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali; se il credito tributario ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari.

II. Copia della domanda e della relativa documentazione, contestualmente al deposito presso il tribunale, deve essere presentata al competente concessionario del servizio nazionale della riscossione ed all'ufficio competente sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore, unitamente alla copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici nonché delle dichiarazioni integrative relative al periodo sino alla data di presentazione della domanda, al fine di consentire il consolidamento del debito fiscale. Il concessionario, non oltre trenta giorni dalla data della presentazione, deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso. L'ufficio, nello stesso termine, deve procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni ed alla notifica dei relativi avvisi di irregolarità, unitamente ad una certificazione attestante l'entità del debito derivante da atti di accertamento ancorché non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo, nonché da ruoli , vistati, ma non ancora consegnati al concessionario. Dopo l'emissione del decreto di cui all' articolo 163 copia dell'avviso di irregolarità e delle certificazioni devono essere trasmessi al Commissario giudiziale per ali adempimenti previsti dall' articolo 171, primo comma, e dall' articolo 172. In particolare, per i tributi amministrati dall'agenzia delle dogane, l'ufficio competente a ricevere copia della domanda con la relativa documentazione prevista al primo periodo, nonché a rilasciare la certificazione di cui al terzo periodo, si identifica con l'ufficio che ha notificato al debitore ali atti di accertamento.

III. Relativamente ai tributi non iscritti a ruolo, ovvero non ancora consegnati al concessionario del servizio nazionale della riscossione alla data di presentazione della domanda, l'adesione o il diniego alla proposta di concordato è approvato con atto del direttore dell'ufficio, su conforme parere della competente direzione regionale, ed è espresso mediante voto favorevole o contrario in sede di adunanza dei creditori, ovvero nei modi previsti dall' articolo 178, primo comma.

IV. Relativamente ai tributi iscritti a ruolo e già consegnati al concessionario del servizio nazionale della riscossione alla data di presentazione della domanda, quest'ultimo provvede ad esprimere il voto in sede di adunanza dei creditori, su indicazione del direttore dell'ufficio, previo conforme parere della competente direzione regionale.

V. La chiusura della procedura di concordato ai sensi dell' articolo 181, determina la cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi di cui al primo comma.

VI. Ai debiti tributari amministrati dalle agenzie fiscali non si applicano le disposizioni di cui all' articolo 182-bis».

Il Legislatore comprendeva che disciplinare la gestione anche in via transattiva delle debitorie fiscali era indispensabile per consentire la riuscita di un qualunque piano di risanamento aziendale, ma con la prima versione dell'art. 182 ter L. F. ne escludeva espressamente l'applicabilità agli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis L.F. Si tratterrà, ovviamente, di una valutazione errata che sarà poi corretta con l'intervento normativo successivo.

Dopo il D.L. 35/2005 che, per quanto interessa il presente lavoro, ha introdotto l'art. 182 bis L.F. ed il D.Lgs. 6/2006 che, invece, tra le tante novità, ha introdotto l'art. 182 ter, il Legislatore interveniva nuovamente con il D.Lgs. n.169/2007 (§ 1.5.2), il D.L. n.78/2010 (§ 1.5.3) e con i D.L. n.83/2012 ed 83/2015 (§ 1.5.4).

È interessante rilevare come la scelta del Legislatore di introdurre con il D.L. 35/2005 gli ADR abbia "segnato il definitivo superamento del concetto di indisponibilità dell'insolvenza" e come tale scelta pare "essere stata influenzata dall'esperienza statunitense dei c.d. «prepackaged»"78

In ogni caso, l'introduzione di questo nuovo strumento nel nostro ordinamento fu la dimostrazione di come il Legislatore guardasse con favore la gestione della crisi d'impresa anche mediante gli accordi stragiudiziali così da "tutelare il valore economico dell'impresa e del complesso aziendale"79

La prima versione degli ADR, come introdotti dal D.L. 35/2005, pose naturalmente una serie considerevole di problemi applicativi perché l'Istituto era stato solo "abbozzato",

⁷⁷ FRASCAROLI SANTI, Accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale, Padova

⁷⁸ BONFATTI, La promozione e la tutela delle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa nella riforma della legge fallimentare, in www.judicium.it; BELLO, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare, in Riv. not. 2006, 322, 9, sottolinea che «che il principale punto di riferimento è il Chapter 11 del Bankruptcy Code statunitense, che disciplina la procedura della c.d. « corporate reorganization ». Nell'ottica statunitense gli accordi tra debitore e creditori sono chiamati a svolgere un ruolo fondamentale, alla luce della volontà di preservare le ragioni dell'impresa e dell'imprenditore (si parla infatti di procedure debtor oriented). Uno degli obiettivi fondamentali è rappresentato dall'esigenza di fornire all'impresa un'altra opportunità di operare sul mercato (c.d. « fresh start »). La procedura statunitense prevede anche la suddivisione dei creditori in classi secondo interessi omogenei ed il trattamento differenziato delle singole classi. Secondo quanto rileva l'autore, la differenza più profonda tra gli accordi statunitensi e quelli italiani è data dall'assenza nel nostro ordinamento della regola del c.d. « cram down », secondo la quale, se c'è almeno una classe di creditori a favore dell'accordo, questo si impone anche ai creditori il cui dissenso rispetto all'accordo non è giustificato perché non ricevono un trattamento iniquo, ovvero un trattamento inferiore a quanto potrebbero ricevere in sede di liquidazione dell'impresa. In senso contrario, PRESTI, Gli Accordi di ristrutturazione dei debiti, in Banca, borsa, 2006, 20

⁷⁹ Frascaroli Santi, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da Galgano, XXXVII, Padova 2005, 234 e ss.; Id., in Commentario breve alla legge fallimentare a cura di , 5° ed. Padova 2009, sub art. 182 bis L.F., pag. 1056.

mancava di una disciplina dettagliata e, soprattutto, non esprimeva ancora una visione chiara di come il procedimento avrebbe dovuto svolgere la funzione per la quale era stato istituito.

Anche una lettura superficiale della prima versione degli ADR faceva emergere una quantità considerevole di dubbi e perplessità che ne rendevano l'applicazione pratica sostanzialmente impossibile.

Il primo aspetto oggetto di dubbi in sede di applicazione del procedimento riguardava il soggetto proponente che veniva identificato semplicemente con il termine "Debitore", in tal modo ricomprendendo -almeno sotto il profilo lessicale - qualunque soggetto, persona fisica o giuridica, che fosse semplicemente indebitato, senza alcun riferimento all'eventuale attività svolta o alla qualifica di imprenditore (di qualsiasi natura e dimensione).

L'Istituto, però, mentre da una parte veniva concepito come uno strumento a disposizione del mero e semplice debitore, dall'altra, veniva attivato mediante il deposito dell'accordo corredato da "(...) la dichiarazione e la documentazione di cui all'art. 161 (...)". Nella sua prima versione, infatti, gli ADR erano stati "immaginati" come una sorta di possibile addendum alla proposta concordataria che, però, era riservata solo all'imprenditore in stato di crisi e non a tutti i debitori in quanto tali. Quanto precede lascia supporre che il Legislatore, pur utilizzando il termine "debitore", intendeva comunque riferirsi all'imprenditore-debitore, ma sotto il profilo terminologico si trattava di un errore anch'esso emendato con il successivo D.Lgs. 169/2007 (§ 1.5.2).

D'altra parte, che si trattasse di una erronea indicazione lessicale appare dimostrato anche dall'obbligo sancito al terzo comma di procedere alla pubblicazione dell'accordo nel Registro delle Imprese, adempimento però riservato al solo debitore-imprenditore.

Inoltre, sotto il profilo oggettivo, la norma non precisava in quali condizioni economiche doveva trovarsi il "debitore" per poter accedere agli ADR. Verosimilmente, visto il riferimento espresso alla procedura concordataria della quale era uno strumento accessorio, il requisito oggettivo andava individuato ai sensi dell'art. 160 e, quindi, nello stato di crisi.

Altre perplessità sorgevano dalla lettura dell'art. 182 bis L.F. nella sua formulazione iniziale con il riferimento alla "dichiarazione e documentazione di cui all'art. 161". Appare, infatti, abbastanza evidente che gli ADR non erano stati immaginati come un procedimento del tutto autonomo, ma solo come una "variabile" o meglio una possibilità

ulteriore del procedimento concordatario nel cui ambito poteva essere inserito l'accordo raggiunto con i creditori che rappresentavano almeno il 60% dei crediti. A questo punto, però, si poneva il problema di come conciliare la disciplina concordataria con quella degli ADR e cioè in che modo poteva incastrarsi un accordo di ristrutturazione dei debiti già raggiunto i creditori (almeno il 60%) con gli obblighi previsti dal procedimento concordatario, ad esempio, in relazione all'obbligo di acquisire il consenso dei creditori a seguito di votazione da eseguirsi sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, oppure in ordine alle maggioranze previste dalla legge per l'approvazione del concordato⁸⁰.

È probabile, allora che il Legislatore non avesse intenzione di attribuire agli ADR la natura di addendum della proposta concordataria, ma la dizione utilizzata dalla norma nella sua prima versione lascia più di un dubbio al riguardo ed in ogni caso non può certamente considerarsi costruita con chiarezza.

Inoltre, la norma non prevedeva alcun divieto per i creditori di proporre o continuare azioni esecutive individuali (cd. automatic stay) e ciò rendeva spesso impraticabile qualsiasi accordo, anche se raggiunto con una considerevole maggioranza di creditori.

In conclusione, gli ADR erano stati solo abbozzati e soprattutto erano stati scritti con poca chiarezza, probabilmente, perché ancora poco chiare erano le idee su come il procedimento dovesse svolgersi⁸¹.

medesima. Il tribunale, riscontrata in ogni caso la maggioranza di cui al primo comma, può approvare il concordato nonostante il dissenso di una o più classi di creditori, se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente

⁸⁰ Art. 177 L.F. nella sua versione modificata per effetto dell'articolo 2, comma 1, lettera g), del D.L. 14 marzo 2005, n. 35 convertito, con modificazioni, in legge 14 maggio 2005, n. 80, stabiliva che "II concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto nella classe

praticabili. I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, non hanno diritto al voto se non rinunciano al diritto di prelazione. La rinuncia può essere anche parziale, purché non inferiore alla terza parte dell'intero credito fra capitale ed accessori.

Qualora i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca rinuncino in tutto o in parte alla prelazione, per la parte del credito non coperta dalla garanzia sono assimilati ai creditori chirografari; la rinuncia ha effetto ai soli fini del concordato.

Sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze il coniuge del debitore, i suoi parenti e affini fino al quarto grado, i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta di concordato".

⁸¹ G PRESTI, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, BBTC, I, 2006, 20, secondo il quale «In sostanza la legge ha almeno in parte tipizzato gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ma (...) ha schivato gli altri profili sui quali da più parti si chiedeva di intervenire. (...) la doglianza non riguarda le soluzioni legislative, ma il silenzio che il Legislatore ha serbato su tali importanti profili scaricando interamente sull'interprete il compito di ricostruire contenuto ed effetto degli accordi ex art. 182 bis L.F.».

1.5.2 D. Lgs. 169 del 12 settembre 200782

Con il D.Lgs. 169/2007 il Governo cercò di porre riparo a tutte le problematiche che erano state messe in evidenza sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza in merito al procedimento ex art. 182 bis L.F. nei primi mesi di applicazione dell'istituto.

Non va dimenticato, d'altra parte che il Legislatore era ben consapevole che la decisione di intervenire con provvedimenti integrativi e modificativi dell'impianto originario avrebbe comportato la necessità di ripetute operazioni di correzione e di armonizzazione, tant'è che già la legge 89/2005, di conversione del D.L. 35/2005, prevedeva all'art. 1 comma 5 bis la possibilità per il Governo di apportare correzioni al decreto legislativo entro un anno alla sua entrata in vigore purché sempre *nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi* che avevano animato il primo intervento normativo riformatore.

È così, quindi, che il Governo emetteva quest'ulteriore decreto composto di 22 articoli contenente una serie di norme di natura integrativa della legge fallimentare, tra le quali spiccavano quelle:

- sui criteri di fallibilità, con la modifica dell'art. 1 L.F. e l'individuazione di soglie quantitative precise (attivo patrimoniale, ricavi lordi e ammontare debiti) a fini della dichiarazione di fallimento; in particolare, veniva stabilito che non erano soggetti al fallimento gli imprenditori che avessero dimostrato il possesso congiunto di tutti e tre i requisiti indicati e per tre esercizi consecutivi (art. 1 del d.lgs. 169/2007). Il Legislatore si era reso conto, infatti che le soglie fissate dal D.L. del 2005 avevano ridotto drasticamente il numero dei fallimenti, con grave danno dei creditori e del sistema economico per essere stati eccessivamente favoriti anche debitori di dimensioni considerevoli;
- sulle funzioni degli organi fallimentari, con i dovuti chiarimenti in relazione agli atti di straordinaria amministrazione, nonché quelli riguardanti l'approvazione del progetto di liquidazione e di riparto;
- sulla natura e sulle caratteristiche del procedimento per la dichiarazione di fallimento e dei procedimenti endofallimentari;

in vigore del provvedimento 1/1/2008.

^{82 &}lt;u>D. Lgs. n.169 del 12 settembre 2007</u> concernente "Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché' al decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa", ai sensi dell'articolo 1, commi 5, 5-bis e 6, della legge 14 maggio 2005, n. 80 (GU Serie Generale n.241 del 16-10-2007); entrata

- in tema di concordato preventivo, con la previsione, tra le altre, che la proposta potesse contenere il pagamento anche parziale dei creditori privilegiati, purché in misura non inferiore di quella che avrebbero potuto realizzare in caso di liquidazione del patrimonio in sede fallimentare;
- in relazione alle responsabilità del Comitato dei creditori che venivano considerevolmente attenuate anche al fine di evitare la "fuga" dall'incarico da parte dei nominati;
- in tema di chiusura del fallimento, con la cessazione di tutte le incapacità personali poste a carico del fallito (come il divieto di esercitare nuovamente un'attività commerciale che prima cessava solo dopo la riabilitazione) e non solo con la cessazione degli effetti di natura patrimoniale.

Naturalmente, il D.Lgs. 169/2007 interveniva anche sugli Accordi di Ristrutturazione dei Debiti, andando a correggere alcuni degli aspetti problematici che nei primi due anni di applicazione dell'istituto erano stati da più parti rilevati.

Con l'art. 16, commi 4 e 5 veniva riscritto completamente l'art. 182 bis L.F.⁸³ e veniva integrato l'art. 182 ter con l'inserimento di un ultimo comma.

È interessante sottolineare come gli estensori del testo, nella Relazione al decreto, abbiano dichiarato che il «Il primo comma dell'art. 182 bis L.F. ha subito correzioni meramente formali, ad eccezione della precisazione – in accoglimento dell'osservazione del Senato – dei requisiti che deve possedere l'esperto chiamato a redigere una relazione in ordine alla attuabilità dell'accordo».

In verità, le modifiche apportate al primo comma appaiono ben più che "meramente formali", atteso che il proponente non era più genericamente il "debitore", ma l'"imprenditore in stato di crisi" con un chiarimento di natura sostanziale per quanto

⁸³ Art. 182 bis L.F. (in vigore dal 1.1.2008 al 30.7.2010): «I. L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

II. L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione. III. Dalla data della 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. IV. Si applica l'articolo 168, secondo comma.

V. Entro trenta giorni dalla pubblicazione i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione. Il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato. VI. Il decreto del tribunale è reclamabile alla Corte di appello ai sensi dell'articolo 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese».

attiene ai requisiti soggettivi ed oggettivi del procedimento; inoltre, il procedimento degli ADR acquistava una sua specificità ed autonomia rispetto al concordato preventivo.

Mentre nella prima versione dell'art. 182 bis L.F., infatti, l'accordo era inteso come una sorta di addendum al concordato, nella seconda versione il riferimento al concordato era lasciato solo per l'individuazione dei documenti da depositare.

Il nuovo testo, inoltre, chiariva i requisiti che doveva possedere l'esperto incaricato di redigere la relazione tecnico-contabile

L'ultima modifica davvero rilevante riguardava l'aggiunta di un comma – il terzo - che stabiliva, nelle more del procedimento e comunque per un tempo massimo di sessanta giorni, la sospensione *ope legis* degli atti esecutivi e delle azioni cautelari sul patrimonio del debitore (cd. clausola automatic stay tratta dal sistema anglosassone). Il Legislatore aveva recepito le osservazioni formulate dagli operatori secondo le quali la protezione automatica del patrimonio del debitore, anche se per un periodo limitato, era necessaria per consentire l'attuazione dell'accordo e, soprattutto, per garantire il pagamento dei creditori estranei non aderenti.

La riforma del 2007 apportava, infine, una modifica essenziale all'art. 182 ter⁸⁴ ai fini dell'applicabilità pratica degli ADR, in quanto veniva sostituito ed integralmente modificato l'ultimo comma che nella versione precedente stabiliva che «VI. Ai debiti tributari amministrati dalle agenzie fiscali non si applicano le disposizioni di cui all'art. 182 bis L.F.», ponendo rimedio ad uno degli ostacoli principali per l'operatività degli ADR, ovvero la non applicabilità ai debiti tributari.

Come illustrato nella Relazione al decreto, infatti, viene « (...) Rimosso l'espresso divieto di applicare ai debiti tributari amministrati dalle agenzie fiscali le disposizioni di cui all'art. 182-bis in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti, si prevede ora espressamente la possibilità per l'imprenditore in stato di crisi di avvalersi dello strumento della transazione fiscale di cui all'articolo 182-ter L.F. La norma disciplina il

84 Art. 182 ter L.F. (in vigore dal 1.1.2008 al 28.1.2009): «I, II, III, IV, V, ...; VI. Il debitore può effettuare la

direzione regionale, e relativamente ai tributi iscritti a ruolo e già consegnati al concessionario del servizio nazionale della riscossione alla data di presentazione della domanda, con atto del concessionario su indicazione del direttore dell'ufficio, previo conforme parere della competente direzione generale.

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

proposta di cui al primo comma anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis. La proposta di transazione fiscale è depositata presso ali uffici indicati nel secondo comma, che procedono alla trasmissione e alla liquidazione ivi previste. Nei successivi trenta giorni l'assenso alla proposta di transazione è espresso relativamente ai tributi non iscritti a ruolo, ovvero non ancora consegnati al concessionario del servizio nazionale della riscossione alla data di presentazione della domanda, con atto del direttore dell'ufficio, su conforme parere della competente

procedimento per la presentazione della proposta di transazione fiscale ed il rilascio dell'eventuale assenso che deve essere espresso dagli organi competenti entro il termine di trenta giorni dalla presentazione della proposta. L'ultimo periodo precisa che l'assenso espresso nelle forme e nei tempi previsti dall'ultimo comma dell'art. 182-ter equivale a sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione».

Finalmente, gli ADR iniziavano a prendere forma perché acquistavano una loro autonomia procedurale rispetto al concordato preventivo, perché erano più chiari i requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti e perché includevano anche i debiti tributari.

1.5.3 Decreto-legge n.78 del 31 maggio 2010, convertito con modificazioni dalla Legge n.122 del 30 luglio 2010^{85}

Trascorrono poco più di due anni dal Decreto legislativo del 2007, quando il Legislatore sente di nuovo la necessità di integrare lo strumento degli ADR, migliorandone le funzionalità e ponendo rimedio ad altre criticità poste in evidenza dall'applicazione pratica dell'Istituto.

Come spesso accade, le modifiche agli ADR vengono realizzate con l'inserimento di un articolo – art. 48 intitolato *Disposizioni in materia di procedure concorsuali* – nel corpo di un decreto-legge riguardante misure straordinarie di natura economica (cd. *decreto anticrisi*).

Con l'art. 48 del D.L. 78/2010, infatti, da una parte (comma 2) veniva considerevolmente ampliato il testo dell'art. 182 bis L.F. con l'aggiunta di 4 commi e, dall'altra (comma 1), veniva introdotto *ex novo* l'art. 182 quater intitolato "*Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*"

In relazione al nuovo testo dell'art. 182 bis L.F.⁸⁶, l'idea del Legislatore è espressa nella Relazione Illustrativa al decreto-legge, laddove precisa che «(...) *Nel caso degli accordi*

_

^{85 &}lt;u>Decreto Legge 31 maggio 2010, n. 78</u> concernente *Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica* (GU Serie Generale n.125 del 31-05-2010 - Suppl. Ordinario n. 114), convertito con modificazioni dalla <u>L. 30 luglio 2010, n. 122</u> (in SO n.174, relativo alla G.U. 30/07/2010, n.176); entrata in vigore del decreto: 31/5/2010.

⁸⁶ Art. 182 bis L.F (in vigore dal 31.7.2010 al 10.9.2012): «I. L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

di ristrutturazione, la disciplina oggi vigente consente all'imprenditore in crisi che abbia raggiunto un'intesa con la maggioranza qualificata dei creditori di chiederne l'omologa al tribunale, beneficiando nel frattempo della sospensione delle azioni esecutive e cautelari per un periodo di sessanta giorni. Tuttavia, la prassi applicativa evidenzia come momento cruciale e critico sia anche quello delle trattative, nel corso delle quali è del pari importante eliminare eventuali azioni di disturbo e consentire alle parti in trattativa di fotografare con certezza i beni patrimoniali dell'impresa per determinare le misure concretamente realizzabili per la ristrutturazione dei debiti. La norma proposta mira a garantire la sospensione delle azioni esecutive e cautelari in corso anche durante le trattative, preservando al contempo i diritti dei creditori estranei, atteso che la predetta sospensione è decisa dal giudice all'esito di un'udienza alla quale sono chiamati a partecipare tutti i creditori».

In sostanza il Legislatore realizzava la necessità che l'*automatic stay* comprendesse anche la fase della negoziazione con i creditori e cioè prima che venisse presentato l'accordo per l'omologazione (nel qual caso scattava il vincolo automatico già stabilito con

II. L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione. III. Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o prosequire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore.

IV. Si applica l'articolo 168, secondo comma.

V. Entro trenta giorni dalla pubblicazione i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione. Il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato. VI. Il decreto del tribunale è reclamabile alla Corte di appello ai sensi dell'articolo 183, in quanto

applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese.

VII. 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 la documentazione di cui all'articolo 161, primo e secondo comma, e una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), circa la sussistenza delle condizioni per assicurare il regolare 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.

VIII. 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, riscontrata la sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma e delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare, dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive 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.

IX. Il decreto del precedente periodo è reclamabile a norma del quinto comma in quanto applicabile.

X. A seguito del deposito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti nei termini assegnati dal tribunale trovano applicazione le disposizioni di cui al secondo, terzo, quarto e quinto comma.»

l'introduzione del comma 3 dal precedente D.Lgs. 169/2007), in quanto l'automatismo del blocco posto dal comma 3 per il periodo successivo alla presentazione dell'accordo per l'omologazione poteva rivelarsi de tutto inutile ove i creditori dissenzienti, anche se in numero minoritario, avessero tutelato in sede giudiziaria i propri interessi mentre l'imprenditore in crisi portava avanti la trattativa con la maggioranza dei creditori dichiaratisi favorevoli a valutare un accordo proposto dal debitore.

A differenza del blocco fissato dal 3° comma, però, in questo caso la paralisi temporanea delle azioni giudiziarie e cautelari da parte dei creditori indisponibili alla trattativa si realizzava solo in caso di idoneo provvedimento da parte del Giudice al quale l'imprenditore doveva presentare istanza di sospensione. Non si trattava, quindi, della classica clausola cd. *automatic stay*, proprio perché non era automatica, ma doveva essere autorizzata dal magistrato previa verifica dello stato delle trattative e della documentazione (ex art. 161 L.F.) che il proponente aveva l'obbligo di sottoporre all'attenzione dell'organo giudicante.

Il magistrato, in pratica, aveva l'obbligo di accertarsi della serietà della trattativa e della sua funzionalità rispetto agli obiettivi dichiarati dall'imprenditore; rappresentava, quindi, una sorta di analisi anticipata del piano che avrebbe poi costituito il cuore dell'accordo.

Fissata l'udienza di comparizione anche dei creditori interessati, verificata la documentazione prodotta, il giudice disponeva la sospensione delle iniziative individuali, condizionata al deposito dell'accordo raggiunto con la maggioranza dei creditori nei successivi 60 giorni, sicché con il deposito dell'accordo trovavano applicazione i vincoli automatici già fissati ai commi 2-4.

L'art. 29 del D.L. 78/2010 disponeva anche una significativa modifica all'art. 182 ter, relativa alla problematica delle transazioni fiscali nell'ambito degli ADR, aggiungendo un settimo comma al testo previgente⁸⁷.

L'art. 182 ter verrà poi completamente sostituito dall'art. 1, comma 81 della L.232/2016 per assumere il contenuto tutt'oggi ancora in vigore⁸⁸

⁸⁸ Art. 182 ter (vigente dall'1.1.2017): «I. Con il piano di cui all'articolo 160 il debitore, esclusivamente mediante proposta presentata ai sensi del presente articolo, può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori, se

⁸⁷ Art. 182 ter (in vigore dal 31.7.2010 al 31.12.2016): «I, II, II, IV, V, VI ..., VII. La transazione fiscale conclusa nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis è revocata di diritto se il debitore non esegue integralmente, entro 90 giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle Agenzie fiscali ed agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie».

È interessante rilevare come fino alla riforma del 2016 il titolo dell'art. 182 ter era "Transazione fiscale", mentre dopo le modifiche del 2016 diventa "Trattamento dei

il piano ne prevede la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d). Se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie; se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole. Nel caso in cui sia proposto il pagamento parziale di un credito tributario o contributivo privilegiato, la quota di credito degradata al chirografo deve essere inserita in un'apposita classe.

II. Ai fini della proposta di accordo sui crediti di natura fiscale, copia della domanda e della relativa documentazione, contestualmente al deposito presso il tribunale, deve essere presentata al competente agente della riscossione e all'ufficio competente sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore, unitamente alla copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici nonché delle dichiarazioni integrative relative al periodo fino alla data di presentazione della domanda. L'agente della riscossione, non oltre trenta giorni dalla data della presentazione, deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso. L'ufficio, nello stesso termine, deve procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni e alla notifica dei relativi avvisi di irregolarità, unitamente a una certificazione attestante l'entità del debito derivante da atti di accertamento, ancorché non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo, nonché dai ruoli vistati, ma non ancora consegnati all'agente della riscossione. Dopo l'emissione del decreto di cui all'articolo 163, copia dell'avviso di irregolarità e delle certificazioni deve essere trasmessa al commissario giudiziale per qli adempimenti previsti dagli articoli 171, primo comma, e 172. In particolare, per i tributi amministrati dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli, l'ufficio competente a ricevere copia della domanda con la relativa documentazione prevista al primo periodo, nonché a rilasciare la certificazione di cui al terzo periodo, si identifica con l'ufficio che ha notificato al debitore gli atti di accertamento.

III. Relativamente al credito tributario complessivo, il voto sulla proposta concordataria è espresso dall'ufficio, previo parere conforme della competente direzione regionale, in sede di adunanza dei creditori, ovvero nei modi previsti dall'articolo 178, quarto comma.

IV. Il voto è espresso dall'agente della riscossione limitatamente agli oneri di riscossione di cui all'articolo 17 del decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 112.

V. Il debitore può effettuare la proposta di cui al comma 1 anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis. In tali casi l'attestazione di cui al citato articolo 182-bis, primo comma, relativamente ai crediti fiscali deve inerire anche alla convenienza del trattamento proposto rispetto alle alternative concretamente praticabili; tale punto costituisce oggetto di specifica valutazione da parte del tribunale. La proposta di transazione fiscale, unitamente alla documentazione di cui all'articolo 161, è depositata presso ali uffici indicati al comma 2 del presente articolo. Alla proposta di transazione deve altresì essere allegata la dichiarazione sostitutiva, resa dal debitore o dal suo legale rappresentante ai sensi dell'articolo 47 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, che la documentazione di cui al periodo precedente rappresenta fedelmente e integralmente la situazione dell'impresa, con particolare riquardo alle poste attive del patrimonio. L'adesione alla proposta è espressa, su parere conforme della competente direzione regionale, con la sottoscrizione dell'atto negoziale da parte del direttore dell'ufficio. L'atto è sottoscritto anche dall'agente della riscossione in ordine al trattamento degli oneri di riscossione di cui all'articolo 17 del decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 112. L'assenso così espresso equivale a sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione.

VI. La transazione fiscale conclusa nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis è risolta di diritto se il debitore non esegue integralmente, entro novanta giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle Agenzie fiscali e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie».

crediti tributari e contributivi", con ciò evidenziando l'idea del Legislatore e cioè che la norma, ormai applicabile non solo ai concordati preventivi ma anche agli Accordi di ristrutturazione dei debiti, non doveva essere limitata alla sola ipotesi della transazione dei debiti tributari, ma, più in generale, al loro trattamento, eventualmente anche non transattivo, nell'ambito delle procedure di composizione della crisi d'impresa; inoltre, l'applicazione della norma veniva estesa anche ai debiti di natura contributiva.

L'art. 182 ter ha rappresentato un importante tassello nel *corpus* degli ADR perché era altamente improbabile che un imprenditore in crisi finanziaria e/o patrimoniale fosse poi in perfetta regola con gli obblighi fiscali e contributivi. La gestione anche transattiva e comunque nell'alveo del procedimento di ristrutturazione, anche dei debiti fiscali/contributivi era indispensabile sia per la fase negoziale delle trattative e sia per il buon esito di un eventuale accordo di ristrutturazione.

L'art. 48 del D.L. 78/2010, come detto, introduceva l'art. 182 quater che rappresenterà un altro tassello essenziale per l'utilizzo degli ADR.

L'obiettivo del Legislatore è chiaramente espresso nella Relazione Illustrativa del citato art. 48, ovvero «(...) favorire e promuovere l'erogazione di nuovi finanziamenti all'impresa in difficoltà da parte sia di intermediari bancari e finanziari che dei soci».

Uno dei problemi principali degli ADR (lo si è visto anche nel Piano "VEGAGEST") era proprio quello di permettere all'imprenditore in difficoltà di reperire nuova finanza per portare avanti il piano di risanamento ed i propri progetti industriali/imprenditoriali. Non esisteva, però, alcuna possibilità di indurre un operatore finanziario (ma nemmeno il socio) ad investire sul progetto di risanamento di un imprenditore in crisi, se non si fossero, quanto meno, adeguatamente garantite e tutelate le nascenti ragioni di credito per qualsiasi ipotesi di mancato successo del Piano e, quindi, di inadempimento dell'accordo con conseguente fallimento dell'imprenditore.

Nella relazione illustrativa, quindi, si chiariva bene questa esigenza:

« (...) Nella prassi applicativa, infatti, se diffusi sono gli accordi nei quali creditori e soci sono soliti rinunciare a parte dei crediti esistenti ovvero concedere moratorie in funzione del risanamento dell'impresa, più complesse sono le determinazioni in ordine alla erogazione di nuovi finanziamenti. Questi ultimi comportano un ulteriore accrescimento del rischio di credito da parte del finanziatore e il riconoscimento, sia pur in presenza di specifiche condizioni, del beneficio della prededucibilità potrebbe rappresentare un importante incentivo nella loro erogazione a sostegno dell'impresa. La prededuzione è

stata limitata, a tutela della massa dei creditori, solo con riferimento agli strumenti di risanamento configurati dalla nuova legge fallimentare che prevedono l'intervento dell'autorità giudiziaria. La norma tutela i finanziamenti erogati in attuazione degli accordi (concordatari ovvero di ristrutturazione dei debiti), affiancando ad essa quella relativa ai finanziamenti-ponte concessi ed erogati dagli intermediari nella fase precedente il deposito delle domande di ammissione alla procedura di concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti e di omologa degli accordi di ristrutturazione ai sensi dell'articolo 182-bis della legge fallimentare, in considerazione del fatto che la formazione del piano o dell'accordo richiede un periodo anche non breve, in cui il finanziamento può essere essenziale per conservare all'impresa prospettive di continuità aziendale. Lo stesso spirito è alla base del riconoscimento della prededuzione ai finanziamenti dei soci, che comporta l'esigenza di derogare alle disposizioni codicistiche in tema di postergazione e in particolare agli articoli 2467 e 2497-quinquies del Codice civile (...)».

Il Legislatore aveva ben chiaro che per favorire gli ADR (ed anche il concordato preventivo) era necessario garantire non solo i finanziamenti da erogare in funzione dell'esecuzione degli accordi, ma anche i cd. finanziamenti ponte, ovvero quei finanziamenti indispensabili alla prosecuzione dell'attività nella fase antecedente gli accordi; inoltre, andava favorita la possibilità che tali finanziamenti venissero erogati dal soggetto potenzialmente più interessato e coinvolto nelle operazioni di risanamento e cioè dai soci e, quindi, andavano derogate per tali situazioni le norme in tema di postergazione.

Questo era lo scopo dell'art. 182 quater introdotto dal D.L. 78/2010⁸⁹:

_

⁸⁹ Art. 182 quater L.F. (in vigore dal 31.7.2010 al 10.9.2012): «I. I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis) sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111.

II. Sono parificati ai prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111, i crediti derivanti da finanziamenti effettuati dai soggetti indicati al precedente comma in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché' la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato.

III. In deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile , il primo comma si applica anche ai finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare.

IV. Sono altresì prededucibili i compensi spettanti al professionista incaricato di predispone la relazione di cui agli articoli 161, terzo comma, 182-bis, primo comma, purché' ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato.

A seguito di quest'intervento integrativo, l'istituto degli ADR aveva certamente assunto contorni più precisi e funzionali alla sua utilizzazione, ma, ciò nonostante, presentava ancora diversi significativi dubbi interpretativi e, quindi, applicativi.

1.5.4 Decreto-legge 22 giugno 2012 n. 83⁹⁰. Decreto-legge 27 giugno 2015 n.83⁹¹.

Gli stessi operatori professionali e gli studiosi⁹² avevano più volte sollecitato un ennesimo intervento che riempisse le lacune presenti nella procedura e chiarisse tutti i dubbi applicativi che di volta in volta si ponevano.

D'altra parte queste censure « (...) non erano state tacitate neppure a seguito dei pur opportuni interventi effettuati con il decreto correttivo del 2007 e con la L.122/2010: troppo rigoroso e limitante continuava ad apparire il requisito del regolare, cioè integrale e tempestivo pagamento dei creditori estranei; eccessivamente macchinoso era giudicato il procedimento di «automatic stay» di cui al sesto comma dell'art. 182 bis L.F.; fortemente carente era ritenuto il regime di tutela della nuova finanza ex art. 182 quater, riguardo sia a quella erogata in esecuzione di un accordo omologato, sia a quella funzionale a ottenere il provvedimento di omologazione». 93

In particolare, gli artt. 182 bis L.F. e 182 quater assumevano la loro veste finale (prima dell'introduzione del Codice della Crisi e dell'Insolvenza); veniva introdotto l'art. 182 *quinquies* che poi subirà un ulteriore modifica nel 2015 e l'art. 182 sexsies; sempre con l'intervento del 2015 sarà introdotto anche l'art. 182 septies.

È agevole comprendere come le ripetute modifiche attuate dal 2005 al 2015 abbiano completamente stravolto l'impianto originario che aveva ispirato il Legislatore nel 1942 e, quindi, al di là delle evidenti esigenze di armonizzazione, avevano palesato

V. Con riferimento ai crediti indicati ai commi secondo, terzo e quarto, i creditori sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato ai sensi dell'articolo 177 e dal computo della percentuale dei crediti prevista all'articolo 182-bis, primo e sesto comma».

⁹⁰ <u>Decreto-legge 22 giugno 2012 n.83</u>, coordinato con la legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134, recante: «*Misure urgenti per la crescita del Paese*» in GU Serie Generale n.187 del 11-08-2012 - Suppl. Ordinario n. 171).

Decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83 recante: «Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria» in GU Serie Generale n.147 del 27-06-2015; entrata in vigore del provvedimento: 27/06/2015; convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015, n. 132 (in SO n. 50, relativo alla G.U. 20/08/2015, n. 192).

⁹² F. Bonelli, Le insolvenze dei grandi gruppi: i casi Alitalia, Chrysler, Sochoterm, Viaggi del Ventaglio, Risanamento e Tassara, in *Crisi di imprese: casi e materiali* a cura di F. Bonelli, Milano 2011, 1 e ss.; U Molinari, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis L.F. l. fall.: i casi Gabetti Property Solutions S.p.A. e Risanamento S.p.A.*, ivi, 47 e ss.; A JORIO, *Un caso esemplare di applicazione dell'art. 182 bis L.F. l. fall.*, ivi, 81 e ss.

⁹³ S. Ambrosini (componente del tavolo tecnico istituito presso il Ministero della Giustizia in vista dell'emanazione del cd. "Decreto Sviluppo"), *Il Fallimento 10/2012, pag. 1137 e ss.*

l'indifferibilità di una modifica integrale e radicale dell'intera legge. Cosa che avverrà nel 2019 con la promulgazione del nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza.

D'altre parte, l'obiettivo del Legislatore era sempre stato quello di «migliorare l'efficienza e la flessibilità degli strumenti negoziali di composizione e soluzione delle crisi dell'impresa, nonché tutelare la prosecuzione dell'attività d'impresa in fase di crisi, preservando il valore dell'azienda" perché "costituisce un obiettivo essenziale per un sistema-Paese, che avverte con crescente preoccupazione la perdita di competitività sul mercato globale». 94

L'art. 182 bis L.F., come detto, subiva il suo ultimo intervento ed assumeva la sua veste definitiva, tuttora vigente⁹⁵.

⁹⁴ D. ROMANO, *Gli Accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del d.l. n.83 del 2012,* in Giust. Civ., fasc. 10, 2013, pag. 579

⁹⁵ Art. 182 bis L.F. (vigente dall'11.9.2012): «I. L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all' articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) 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 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.

II. L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione. III. Dalla data della 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' articolo 168, secondo comma.

IV. Entro trenta giorni dalla pubblicazione i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione. Il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato. V. Il decreto del tribunale è reclamabile alla Corte di appello ai sensi dell' articolo 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese.

VI. 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, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'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.

VII. 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, riscontrata la sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma e delle condizioni per l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare, dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati

Le ultime modifiche sono principalmente di natura procedurale per conferire maggiore chiarezza su quegli aspetti che, evidentemente, avevano sollevato problemi nel corso della sua applicazione pratica. In particolare, il Legislatore ha ritenuto di chiarire e precisare:

- che la relazione del professionista doveva attestare non solo l'attuabilità dell'accordo, ma anche la "veridicità dei dati aziendali" (comma 1), aspetto questo tutt'altro che irrilevante, visto che in tal modo il professionista è oggi obbligato ad eseguire un controllo anche di natura contabile e ad assumersene le relative responsabilità;
- che l'attestazione del professionista sull'attuabilità dell'accordo doveva comprendere non il solo "regolare pagamento dei creditori estranei" ma il loro "integrale pagamento" (comma 1);
- che, inoltre, i creditori dissenzienti dovevano in ogni caso essere pagati entro termini ben precisi (lett. a) e b) comma 1): anche in questo caso non si trattava solo di un mero chiarimento, ma di un vincolo ben preciso ai fini dell'ammissibilità del Piano;
- che il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive riguardava anche l'eventuale acquisizione di "titoli di prelazione se non concordati" (comma 3): è evidente che la nel testo precedente non era stata contemplata l'ipotesi che un creditore dissenziente avrebbe potuto iscrivere un'ipoteca giudiziale sulla base di un titolo già in suo possesso;
- che, infine, gli effetti dipendenti dal deposito dell'istanza di sospensione delle azioni giudiziarie, prevista ai commi 6 e 7, sarebbero rimasti intatti anche in caso di deposito di una domanda di concordato preventivo e quindi di passaggio da una procedura all'altra (comma 8).

L'art. 182 quater introdotto con il D.L. 78/2010, riceve alcuni "ritocchi" con l'intervento del 2012 che lo portano alla versione attualmente vigente⁹⁶:

VIII. A seguito del deposito di un accordo di ristrutturazione dei debiti nei termini assegnati dal tribunale trovano applicazione le disposizioni di cui al secondo, terzo, quarto e quinto comma. Se nel medesimo termine è depositata una domanda di concordato preventivo, si conservano gli effetti di cui ai commi sesto e settimo».

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.

⁹⁶ **ART. 182 QUATER L.F. (VIGENTE DALL'11.9.2012)**: «I. (...) I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati [da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385] in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli

In definitiva viene abrogato il comma relativo alla prededucibilità dei compensi spettanti ai professionisti incaricati di redigere la relazione di cui agli artt. 161 e 182 bis L.F. e viene precisata la prededucibilità dei crediti dei finanziatori che abbiano acquisito la qualità di soci in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione.

L'art. 33, comma 1, lett. f), del D.L. 83/2012 introduce anche altri due articoli completamente nuovi: 1'art. 182 quinquies "Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti" e l'art. 182 sexsies "Riduzione e perdita del capitale sociale in crisi".

Anche l'art. 182 quinquies, dopo l'intervento legislativo del 2015, assume testo finale attualmente ancora vigente⁹⁷

160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis) sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111.

II. Sono parificati ai crediti di cui al primo comma i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché' la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato».

III. In deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del Codice civile, il primo e il secondo comma del presente articolo si applicano anche ai finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'80 per cento del loro ammontare. Si applicano i commi primo e secondo quando il finanziatore ha acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo.

IV. Con riferimento ai crediti indicati al secondo comma, i creditori, anche se soci, sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato ai sensi dell'articolo 177 e dal computo della percentuale dei crediti prevista all'articolo 182-bis, primo e sesto comma.

⁹⁷ **ART. 182 QUINQUIES L.F. (VIGENTE DAL 20.8.2015)**: «I. Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182 bis L.F., primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182 bis L.F., sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

II. L'autorizzazione di cui al primo comma può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative.

III. Il debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, anche in assenza del piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato in via d'urgenza a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, o all'udienza di omologazione di cui all'articolo 182-bis, quarto comma, o alla scadenza del termine di cui all'articolo 182-bis, settimo comma. Il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti e che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda. Il tribunale, assunte sommarie informazioni sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione, sentito il commissario giudiziale se nominato, e, se del caso, sentiti senza formalità i principali creditori,

Con l'introduzione di questa norma, il Legislatore consente all'imprenditore in crisi, che intenda presentare una domanda di omologazione di un ADR ex art 182 bis L.F. comma 1 o una proposta di accordo ex art. 182 bis L.F. comma 6, di chiedere al Tribunale sia l'autorizzazione a contrarre finanziamenti assistiti da prededucibilità ex art. 111 se funzionali *alla migliore soddisfazione dei creditori* e sia l'autorizzazione a pagare crediti anche anteriori per prestazioni di beni o servizi se anche tali prestazioni siano essenziali alla prosecuzione dell'attività ed in tal caso i pagamenti sono esentati dalla revocatoria ex art. 67.

L'altro articolo introdotto *ex novo* dal D.L. 83/2012 e tuttora vigente nella sua formulazione iniziale è l'art. 182 sexsies intitolato "*Riduzione o perdita del capitale della società in crisi*" ⁹⁸:

Trattasi all'evidenza di un intervento del Legislatore per raccordare le problematiche nascenti dalla gestione della crisi d'impresa con gli obblighi previsti dal Codice civile in ambito societario laddove si sia perso o gravemente ridotto il capitale sociale.

Restano dubbi circa la valenza prospettica della norma in caso risoluzione dell'accordo o di eventuale dichiarazione di fallimento.

decide in camera di consiglio con decreto motivato, entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione. La richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda.

IV. Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca o a cedere crediti a garanzia dei medesimi finanziamenti.

V. Il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori.

VI. Il debitore che presenta una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, in presenza dei presupposti di cui al quinto comma del presente articolo, a pagare crediti anche anteriori per prestazioni di beni o servizi. In tal caso i pagamenti effettuati non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'articolo 67.

⁹⁸ **ART. 182 SEXSIES L.F. (VIGENTE DALL'11.9.2012)**: «I. Dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, sesto comma, della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182 bis L.F. ovvero della proposta di accordo a norma del sesto comma dello stesso articolo e sino all'omologazione non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545-duodecies del Codice civile.

Resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma, l'applicazione dell'articolo 2486 del Codice civile.

Verosimilmente, avendo il Legislatore esonerato l'imprenditore in crisi dagli obblighi previsti dalla citate norme per tutto il periodo intercorrente tra la presentazione della domanda e l'eventuale provvedimento di omologazione, non potrà "dopo", in caso di fallimento, sanzionarlo per non aver dato corso in quel periodo di tempo ad adempimenti dai quali era stato espressamente sollevato; altrettanto verosimilmente, però, in caso di risoluzione degli ADR senza che ne consegua il fallimento dell'imprenditore, questi dovrà prontamente adempiere agli adempimenti previsti dalla citata normativa, essendo venuto meno il regime di sospensione provvisoria.

L'art. 182 sexsies L.F. è una norma di salvaguardia a tutela degli organi di amministrazione e di controllo della società per favorire l'utilizzo degli strumenti di composizione della crisi, la cui efficacia ed utilità, altrimenti, verrebbe immediatamente vanificata dalle improrogabili incombenze previste dalle dette norme in caso di perdita del capitale.

Siamo giunti, infine, all'ultimo articolo con il quale si è implementata la normativa degli ADR e cioè l'art. 182 septies "Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria" ⁹⁹.

_

⁹⁹ **ART. 182 SEPTIES L.F. (VIGENTE DAL 21.8.2015)**: «I. Quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, la disciplina di cui all'articolo 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.

II. L'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 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.

III. 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.

IV. Il debitore, oltre agli adempimenti pubblicitari già previsti, deve notificare il ricorso e la documentazione di cui al primo comma dell'articolo 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;

La norma, come detto, è stata introdotta dall'art. 9, comma 1, del D.L. 83/2015, convertito con modificazioni dalla L.132/2015:

Il Legislatore ha incluso in un unico articolo due fattispecie complesse ed altrettanto importanti per il buon esito degli ADR 100: l'estensione degli effetti dell'accordo raggiunto con il 75% dei creditori appartenenti alla categoria "banche ed intermediari finanziari" anche ai creditori appartenenti alla stessa categoria ma non disponibili ad approvare il piano e la possibilità di estendere l'eventuale accordo di moratoria raggiunto con la maggioranza dei creditori (bancari e intermediati finanziari) anche agli altri creditori non aderenti.

Il procedimento prevede in ogni caso delle tutele anche nell'interesse dei creditori che si trovano costretti a subire gli effetti degli accordi raggiunti dall'imprenditore con gli altri creditori.

Con il decreto-legge del 2015 il Legislatore pare abbia completato gli interventi sull'Istituto degli ADR, visto che nel 2019 ha poi licenziato il nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza che, però, entrerà in vigore nel settembre del 2021.

moratoria").

in due articoli distinti (art. 61 "Accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa" e art. 62 "Convenzione di

c) possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

V. Quando fra l'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, questa, 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'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria.

VI. Nel caso previsto dal comma precedente, 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 designato a norma dell'articolo 67, terzo comma, lettera d). La comunicazione deve essere effettuata, alternativamente, mediante lettera raccomandata o posta elettronica certificata. 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 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 di appello, ai sensi dell'articolo 183.

VII. In nessun caso, per effetto degli accordi e convenzioni di cui ai commi precedenti, 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. Agli effetti del presente articolo non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati.

VIII. La relazione dell'ausiliario è trasmessa a norma dell'articolo 161, quinto comma.

¹⁰⁰ Non è un caso, infatti che il nuovo Codice della Crisi e dell'insolvenza ha "spacchettato" l'art.182 septies

Il Legislatore ha speso oltre dieci anni per integrare la obsoleta legge fallimentare di un nuovo strumento di gestione della crisi d'impresa, partendo dalla scrittura di uno striminzito ed inapplicabile articolo 182 bis L.F. e terminando con la predisposizione di sei articoli complessi e dettagliati che hanno conferito all'istituto degli ADR, comunque, una sua dignità giuridica e utilità applicativa. Però, aver aggiunto, biennio dopo biennio e decreto dopo decreto, un articolo dopo l'altro, integrando di volta in volta quelli precedenti, pur avendo chiare le idee sull'obiettivo che si intendeva raggiungere (come evidenziato dalle Relazioni illustrative), dimostra la superficialità e l'approssimazione dell'attività svolta che ha sicuramente reso la vita difficile agli operatori, ai magistrati ed agli interpreti.

2. DISCIPLINA DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

2.1 STORIA E SVILUPPI DEL DIBATTITO IN DOTTRINA E GIURISPRUDENZA SULLA NATURA DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

Fin dalla loro costituzione è stato particolarmente acceso in dottrina e giurisprudenza il dibattito circa la natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti. In particolare, si discuteva – e per certi versi se ne discute ancora oggi – se il nuovo istituto avesse natura concorsuale o piuttosto meramente privatistica.

La questione, naturalmente, era di particolare importanza, in linea generale, al fine di stabilire se anche agli ADR fossero estensivamente applicabili le disposizioni della legge fallimentare laddove facevano riferimento esplicito alla nozione di procedura concorsuale; in linea particolare, in relazione al caso esaminato nel I capitolo del presente lavoro, perché fin dall'inizio si pose il problema se il detto istituto fosse utilizzabile anche per la gestione delle crisi degli intermediari finanziari non bancari, tenendo conto del combinato disposto degli artt. 57, comma 3, TUF e 80, comma 6, TUB.

Nel caso VEGAGEST, il Tribunale di Milano dovette affrontare il problema giuridico e lo risolse nel senso che il Piano VEGAGEST era omologabile, in quanto gli ADR non avevano natura concorsuale e, quindi, non era applicabile il suddetto divieto.

Negli anni i pareri degli studiosi sulla natura concorsuale o meno degli ADR si sono evoluti e diversamente articolati a mano a mano che l'istituto mutava aspetto per effetto dei continui interventi normativi. È ben chiaro, infatti, che gli ADR disegnati con la prima versione dell'art. 182 bis L.F. erano cosa diversa dagli ADR disciplinati dagli artt.182 bis L.F./182 septies di cui all'ultimo D.L. del 2015.

Inizialmente, quindi, la gran parte della dottrina ¹⁰¹ riteneva che essi avessero natura negoziale, privatistica e non concorsuale perché:

_

¹⁰¹ Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in Il Fallimento 10/2012, 1137; Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*. Commentario sistematico, diretto da Jorio e Fabiani, Bologna, Zanichelli, 2010; Aa.Vv., *Il concordato preventivo e la ristrutturazione del debito d'impresa*, Torino, Italedizioni, 2006; Balestra, *Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Giur. Comm., 2014, I, 283; Castiello D'antonio, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in Dir. Fall., 2008, I, 605; D'alessandro, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in Giust. civ., 2006, II, 329; Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, Zanichelli, 2011, 683 ss.; Id., *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, Zanichelli, 2017; Innocenti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione della crisi d'impresa*, in D. Fall., 2007, I, 924; Nigro, Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna 2009, 382; Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in Dir. Fall., 2012, I, 13 ss.; Presti,

- non producevano alcun effetto per i creditori non aderenti (naturalmente questo ragionamento sarebbe venuto meno in seguito all'introduzione dell'art. 182 septies);
- non era necessario rispettare la regola della par condicio creditorum;
- non esisteva un provvedimento di ammissione alla procedura, né era presente la figura del giudice delegato o del commissario giudiziale;
- l'imprenditore restava nella piena disponibilità del patrimonio e della gestione aziendale;
- non era prevista la votazione dei creditori;

Di analogo parere era anche la giurisprudenza di merito¹⁰².

Viceversa, alcuni fautori della concorsualità degli ADR contestavano la precedente linea di pensiero in quanto facevano rilevare che «gli elementi dei quali viene enfatizzata la mancanza non si manifestano in tutte le altre procedure, o comunque non vi si presentano nel modo descritto da chi ne sottolinea l'assenza:

- alcuni si ritrovano anche nella disciplina dell'istituto regolato dall'art. 182-bis, magari a seguito degli interventi correttivi succedutisi nell'ultimo decennio (in punto di coinvolgimento di tutti i creditori e disciplina del concorso, si pensi all'estensione della moratoria per l'adempimento nei confronti di tutti i creditori non aderenti, o alla coercizione dei creditori finanziari dissenzienti, ai sensi dell'art. 182-septies);
- altri si presentano in momenti o modi diversi rispetto alle procedure tradizionali. Si pensi alla verifica delle condizioni soggettive e oggettive di accesso alla procedura, che formano comunque oggetto di analisi preliminare nel giudizio di omologazione e nel procedimento di adozione delle misure di protezione del patrimonio dell'impresa richieste nel corso del procedimento (...)». ¹⁰³

Gli stessi elementi la cui analisi motivava i fautori della natura privatistica degli ADR se osservati ed analizzati sotto altro profilo davano forza agli studiosi che, al contrario, ne

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in BBTC, 2006, 20; PRESTI, L'art. 182 bis L.F. al primo vaglio giurisprudenziale, in Fallimento, 2006, 2, 169; PROTO, Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice, in Fallimento, 2007, 2, 187; ZANICHELLI, La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il D.lg. 12.9.2007, n. 169, Torino, Utet, 2008.

¹⁰² Trib. Bologna 17 novembre 2011, in Fallimento, 2012, 594; Trib. Milano 10 novembre 2016 in Giurisprudenza Commerciale, 2018, II, 116 (quest'ultima sentenza è quella relativa al piano VEGAGEST esaminato nel Capitolo I).

¹⁰³ V. Gesmundo, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Metamorfosi di una procedura concorsuale* in Giur. Comm., fasc. 4, 2019, 762 (nota a Cassazione civile, sez. I, 24 maggio 2018 n.12965)

sottolineavano la natura concorsuale: ad esempio, perché l'omologazione dell'accordo andava resa pubblica come negli altri procedimenti concorsuali; oppure perché gli effetti nei confronti dei terzi non potevano in alcun modo realizzarsi se non a seguito di un provvedimento giurisdizionale (decreto di omologazione). 104

Nel corso del 2018, però, in contrasto con la dottrina e la giurisprudenza fino a quel momento maggioritaria, la Cassazione è intervenuta sull'argomento con diverse sentenze¹⁰⁵ nelle quali, con argomentazioni anche differenti e variamente articolate, ha affermato che gli ADR hanno certamente natura concorsuale.

In particolare, con le prime due sentenze (Cass. 18 gennaio 2018 n.1182; Cass. 25 gennaio 2018 n.1896), la Corte di Cassazione ha posto l'accento: a) sulla necessità che gli accordi vadano sottoposti al Tribunale per l'omologazione; b) sugli obblighi di pubblicità presso il Registro delle Imprese; c) sulla clausola di blocco delle iniziative individuali; d) sulla non revocabilità degli atti o pagamenti posti in essere durante l'esecuzione degli accordi.

Con la sentenza del 12 aprile 2018 n. 9087, invece, gli Ermellini hanno sostenuto che il procedimento ex art. 182 bis L.F. è uno degli "istituti di diritto concorsuale" e che deve essere compreso tra le "procedure concorsuali" e che le tre condizioni necessarie perché si possa parlare di natura concorsuale devono essere il coinvolgimento di tutti i creditori, la pubblicità e soprattutto la previsione ineludibile dell'intervento giurisdizionale.

La Corte, peraltro, con una immagine di stampo dantesco, ha rappresentato l'appartenenza o meno di un procedimento all'ambito della concorsualità come una serie di cerchi concentrici ove al centro v'è il fallimento, quale massima espressione di procedura concorsuale, e nei cerchi più esterni proprio gli ADR ove i profili di autonomia e di negozialità di stampo privatistico sono più elevati.

Inoltre, la Corte ha posto in evidenza come giochi a favore della concorsualità degli ADR anche la collocazione "topografica" dell'art. 182 bis L.F. nell'ambito della procedura concordataria, per non considerare i continui riferimenti e rinvii al detto istituto.

¹⁰⁴ Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti a norma dell'Art. 182-bis L. Fall.*, in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, Vol. IV, Torino, Giappichelli, 2014, 463 ss.; ID., Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un procedimento concorsuale da inserire nell'ambito di applicazione del regolamento (ce) n. 1346/2000: lo richiede la commissione europea, in Dir. fall., 2013, 3-4, 10348; PAJARDI - PALUCHOWSKI, Manuale di diritto fallimentare, Milano, Giuffrè, 2008, 905; VALENSISE, Art. 182 bis L.F., in La legge fallimentare dopo la riforma. Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione, liquidazione coatta amministrativa, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Tomo III, Torino, Giappichelli, 2249 ss.

¹⁰⁵ Cass. 18 gennaio 2018 n.1182; Cass. 25 gennaio 2018 n.1896; Cass. 12 aprile 2018 n. 9087; Cass. 24 maggio 2018 n.12965; Cass. 21 giugno 2018 n.16347; Cass. 22 maggio 2019 n.13850.

L'inclusione degli ADR tra le procedure concorsuali, secondo la Cassazione, risponde anche ad una esigenza di conformità al diritto dell'Unione europea, in quanto: a) l'art. 1 del Regolamento UE 2015/848 definisce "procedure concorsuali pubbliche" quelle indicate nell'allegato A che comprende anche gli Accordi di Ristrutturazione dei Debiti disciplinati dal diritto italiano; b) l'art. 2, precisa che una procedura può considerarsi di natura concorsuale quando comprende tutti o una parte dei creditori e quando, nella seconda ipotesi, la procedura non danneggi i diritti dei creditori estranei.

La Cassazione si è poi espressa anche di recente con la sentenza n. 13850 del 22.5.2019 ed ha ribadito la natura concorsuale degli ADR anche alla luce del diritto europeo, «in quanto appartenenti al novero degli "istituti di diritto concorsuale" ovvero (...) delle "procedure concorsuali" (Cass. 1182/2018, 1895/2018, 1896/2018, 9087/2018, 12956/2018, 16161/2018, 16347/2018); invero, il consolidarsi dell'orientamento per cui gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono istituto affine al concordato preventivo, nell'ambito delle procedure alternative al fallimento volte alla composizione della crisi d'impresa (Cass. 16950/2016, 2311/2014), ha reso possibile sia pure entro certi limiti di compatibilità, applicare ad essi, in via estensiva o analogica, i principi generali comuni alle procedure concorsuali (Cass. 9087/2018, 12956/2018 cit.)(...)».

Gli studiosi che negano la natura concorsuale degli ADR nonostante le ormai numerose, ripetute ed argomentate pronunce della Corte di Cassazione, si poggiano prevalentemente sulla valorizzazione dell'attività negoziale svolta dal debitore con i creditori in via del tutto autonoma e svincolata da qualsiasi controllo giurisdizionale e sulla scarsa rilevanza dell'intervento del magistrato in sede di omologazione che *sarebbe solo apparente e di nessuna utilità*¹⁰⁶

D'altra parte, però, non v'è dubbio che, per quanto la libera negoziazione tra le parti sia prodromica a qualsiasi accordo tra debitore e creditore, «nessuno degli effetti necessari per assicurare il successo dell'operazione discende esclusivamente dalla volontà delle parti: tutti si producono soltanto a seguito della verifica da parte del tribunale dell'idoneità della soluzione prospettata per risolvere la crisi (...)»¹⁰⁷

_

¹⁰⁶ RAVINA, La natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti, in www.ilfallimentarista.it; BONFATTI, Ancora sulla natura giuridica degli "Accordi di Ristrutturazione", in http://www.dirittobancario.it/rivista/crisi-di-impresa/la-natura-giuridica-degli-accordi-di-ristruttu= razione; ID., I "cerchi concentrici" della concorsualità e la prededuzione dei crediti ("dentro o fuori?"), in www.ilcaso.it/articoli/1027.pdf.

¹⁰⁷ VITTORIO D. GESMUNDO, op. cit.

Gesmundo, inoltre, evidenzia come la Cassazione nelle sue argomentazioni proconcorsualità sia andata ben oltre le tesi "tradizionali" dei fautori radicali della natura privatistica degli ADR, perché ha adeguato la sua visione dell'Istituto all'evoluzione della normativa sulla gestione delle crisi d'impresa anche alla luce del diritto europeo, sicché «alla Corte basta molto meno di quanto la dottrina tradizionale ritiene necessario per qualificare una procedura "concorsuale"».

L'evoluzione dell'istituto, dalla sua prima formulazione nel 2005 all'ultima modifica del 2015, legittima probabilmente la tesi della dottrina e della giurisprudenza di merito sulla natura privatistica e non concorsuale degli ADR solo in relazione al loro primo embrionale *format*, in quanto gli effetti dell'accordo riguardavano solo i creditori aderenti con esclusione di tutti gli altri e non era prevista alcuna ingerenza dell'attività giurisdizionale in relazione al raggiungimento ed all'esecuzione dell'accordo; effettivamente, il ruolo del magistrato era solo formale senza alcuna compressione dei diritti delle parti in gioco.

Successivamente, però, il procedimento ha assunto ben altri connotati, specie quando è stata prevista, ad esempio, la possibilità di obbligare pure i creditori estranei al rispetto dell'accordo, oppure quando si sono compressi i loro diritti privandoli della possibilità di promuovere o continuare azioni giudiziarie individuali.

Allo stato attuale, non sembra possibile continuare a considerare gli ADR un istituto di natura privatistica quando, mercé l'intervento giurisdizionale, si incide sui diritti di soggetti estranei all'accordo.

L'entrata in vigore del nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza, forse, obbligherà gli studiosi e gli operatori del settore a rapportarsi ad un nuovo sistema di gestione della crisi d'impresa che, probabilmente, lascerà indietro e renderà anacronistica anche la suddivisione fin qui operata tra procedimenti aventi natura concorsuale e privatistico-negoziale. Il nuovo sistema di diritto che si accinge ad entrare in vigore, infatti, imporrà all'interprete uno sforzo intellettuale considerevole per liberarsi dai vincoli che lo hanno legato alla legge fallimentare per quasi settanta anni, ma probabilmente consentirà di allargare lo sguardo ad altri orizzonti.

2.2 REQUISITI SOGGETTIVI

2.2.1 Nozioni e caratteristiche generali

Il D.L. 35/2005 aveva indicato nel "debitore" il soggetto legittimato a chiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis L.F. A seguito del D.Lgs.

169/2007, invece, la parola "debitore" è stata sostituita con "imprenditore" (in stato di crisi).

Come già rilevato nelle pagine che precedono, con la prima versione dell'art. 182 bis L.F. il Legislatore aveva, forse, commesso un errore perché sotto un profilo lessicale sembrava aver voluto legittimare qualsiasi soggetto – imprenditore o non imprenditore, di qualsiasi dimensione e natura, in stato di crisi o semplicemente indebitato – ad avvalersi del nuovo strumento di composizione della crisi appena inserito nel *corpus* della legge fallimentare; sotto un profilo sostanziale non era certamente questa la sua intenzione, visto il contenuto dell'intero articolo e la sua collocazione topografica.

La dottrina, infatti, ha sempre ritenuto in via pressoché unanime che il Legislatore, anche nella prima versione dell'art. 182 bis L.F. intendeva, comunque, riferirsi all'imprenditore e non al mero debitore¹⁰⁸.

L'errore, comunque, veniva corretto con il successivo decreto del 2007 che, come detto, sostituiva la parola "debitore" con "imprenditore".

A questo punto, si pone il problema di individuare quali imprenditori possano avvalersi degli ADR e quali, invece, ne siano esclusi e la maggioranza della dottrina ha ritenuto che legittimati a chiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione sono gli imprenditori (commerciali) potenzialmente fallibili ai sensi dell'art. 1 L.F. ¹⁰⁹

_

¹⁰⁸ Tra gli altri D. RESTUCCIA, op. cit.; C. PROTO, op. cit., 130; M. FERRO, Art. 182 bis L.F., la nuova ristrutturazione dei debiti, in Nuovo dir. soc., 2005, 50; P. MARANO, Le ristrutturazioni dei debiti e la continuazione dell'impresa, in Fall., 2006, 102 e ss.; P. VALENZISE, sub Art 182 bis L.F. Accordi di ristrutturazione dei debiti, in La riforma della legge fallimentare a cura di Nigro e Sandulli, 2006, 1089; G. В. Nardecchia, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Fall., 2006, 699 е ss.; С. D'Амвrosio, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in S. Bonfatti e G. Falcone (a cura di), Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi d'impresa, in Quaderni di giurisprudenza commerciale, Milano, 2006, 528; Dario Restuccia, Natura Giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis L.F. L. Fall., in Riv. notariato, fasc. 6, 2012, pag. 1257. Vedi anche V. ROPPO, op. cit., 370, il quale evidenziava come «almeno tre dati portano agevolmente a ritenere l'insostenibilità della tesi estensiva: il dato sistematico della sedes materiae, perché siamo in piena legge fallim. (una legge fallim. che, nonostante autorevoli e articolate proposte per l'introduzione di una figura di fallimento civile, non ha ritenuto di compiere questo passo); poi il dato testuale del richiamo alla documentazione di cui all'articolo 161, perché se insieme con l'accordo di ristrutturazione deve depositarsi una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, appare evidente che il debito da ristrutturare non può essere se non debito di un imprenditore; infine il dato per così dire teleologico, consistente nella perfetta irrilevanza — dal punto di vista delle conseguenze giuridiche — di un accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis L.F. per avventura concluso da un debitore civile, in guanto gli effetti significativi che scaturiscono dalla sua stipulazione (segnatamente l'esonero dalla revocatoria ex art. 67 comma 3 lett. e) implicano il fallimento del debitore stipulante, e dunque la sua qualità di

¹⁰⁹ Così S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Trattato di Diritto Commerciale diretto da G. Cottino, Padova, 2008, 164; G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 567; L. Boggio, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo tagliando a tre anni del "decreto*

D'altra parte, in caso contrario, non avrebbe avuto significato l'introduzione dell'Istituto della "Composizione della crisi da sovraindebitamento" che è *destinato proprio al debitore non assoggettabile alle procedure di gestione della crisi d'impresa previste dalla legge fallimentare* e cioè anche all'imprenditore che però non sia fallibile in base ai parametri fissati dall'art. 1 della legge fallimentare¹¹⁰.

Inoltre, considerato che tra gli effetti principali derivanti dall'omologazione di un accordo v'è quello della esenzione dalla revocatoria fallimentare per le operazioni compiute durante l'esecuzione del piano, ne consegue che gli imprenditori non fallibili non avrebbero particolare interesse all'omologazione di un accordo di ristrutturazione in quanto, in ogni caso, non subirebbero gli effetti di una eventuale revocatoria¹¹¹.

La legittimazione agli ADR, quindi, è riservata certamente agli imprenditori commerciali che siano fallibili e cioè che superino almeno una delle soglie previste dall'art. 1 L.F.

La dottrina e la giurisprudenza, naturalmente, hanno affrontato la questione dell'applicabilità degli ADR anche alle altre fattispecie imprenditoriali: in particolare, sono stati presi in considerazione gli imprenditori agricoli, le società di fatto, le società irregolari e le società cancellate, le imprese di assicurative, finanziarie e bancarie ed i gruppi di società.

Gli **imprenditori agricoli**, siano essi di piccola, media o grande dimensione, possono avvalersi degli ADR e ciò per effetto di una specifica disposizione normativa¹¹².

competitività", in Banca, borsa, tit. cred., 2009, I, 50. <u>Di diverso avviso</u> A. CARLI, *Accordi di ristrutturazione*

dei debiti ed impresa in crisi, in Contr e impr., 2009, 415 e ss., secondo il quale gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono aperti a tutti gli imprenditori commerciali e perfino agli imprenditori non commerciali. Secondo questo A. il Legislatore avrebbe espressamente consentito la possibilità di accesso all'istituto anche alle imprese che non possono fallire né accedere alla procedura concordataria, dovendosi escludere «la possibilità di ricorrere all'analogia e applicare anche agli accordi le limitazioni soggettive di cui all'art. 1 L.F.; non solo, infatti, non vi è identità di ratio (come sopra si è visto, il fallimento ed il concordato preventivo sono procedure concorsuali a tutti gli effetti, mentre tali non sono gli accordi di ristrutturazione), ma anche la norma che esenta dal fallimento le imprese commerciali di piccole

ristrutturazione), ma anche la norma che esenta dal fallimento le imprese commerciali di piccole dimensioni, derogando al principio generale di fallibilità delle imprese, e norma eccezionale insuscettibile di estensione analogica (art. 14 preleggi)». Nello stesso senso S. Bonfatti, Pluralità di parti e ruolo del Tribunale negli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Fall., 2012, 594 e ss., secondo il quale la qualità di imprenditore commerciale non piccolo non rileverebbe ai fini dell'ammissibilità del ricorso ma solamente sotto il profilo dell'interesse ad agire.

¹¹⁰ D. RESTUCCIA, op. cit.

¹¹¹ D. ROMANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del d.l. 83/2012* in Giust. civ., fasc. 10, 2013, pag. 579.

¹¹² D.L. 98/2011, art.23, comma 43, convertito in Legge 111/2011, testo vigente, dispone quanto segue: «In attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi e del coordinamento delle disposizioni in materia, gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza possono accedere alle procedure di cui agli articoli 182-bis e 182-ter del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni»

Al contrario, le **società cancellate**, le **società di fatto** e le **società irregolari**, poiché non risultano iscritte nel registro delle imprese, non dovrebbero poter accedere agli ADR visto che l'art, 182 bis, comma 2 e 5, L.F. impone l'obbligo della pubblicità sul detto Registro sia dell'accordo (comma 2) che dell'eventuale provvedimento di omologazione (comma 5) e parte della dottrina è di quest'avviso.¹¹³

Altra parte della dottrina¹¹⁴, invece, ritiene che «la disciplina della società di fatto è una disciplina di chiusura del sistema, finalizzata a coprire le ipotesi in cui la qualità di socio, e l'esistenza della società, non siano state esteriorizzate, di tal ché, una volta provata l'esistenza di una società di fatto, questa può essere esposta al fallimento al pari di ogni imprenditore commerciale. Se così è, allora, è ben possibile sostenere che una volta riconosciuta l'esistenza di una società di fatto, questa possa ricorrere all'accordo di ristrutturazione dei debiti come soluzione alla sua crisi d'impresa, e tale accordo verrà poi iscritto nel registro delle imprese così come prescrive la legge» ¹¹⁵. Identico ragionamento dovrebbe essere applicabile anche alle società irregolari o cancellate.

In definitiva, poiché gli ADR sono uno strumento di composizione della crisi finalizzato ad evitare il fallimento, dovrebbe essere utilizzabile da qualsiasi imprenditore potenzialmente fallibile e, quindi, anche dalla società/imprenditore di fatto o dalla società cancellata entro un anno dalla cancellazione o dalla società irregolare. L'elemento discriminante è la "fallibilità" e non la previa iscrizione presso il Registro delle Imprese.

Per espressa disposizione normativa, infine, non possono avvalersi degli ADR nemmeno le **imprese di assicurazione** e ciò ai sensi dell'art. 238 comma 1 d. lgs. 209/2005 (Codice delle Assicurazioni) il quale stabilisce espressamente che "*All'impresa di assicurazione* o di riassicurazione non si applica il titolo III della legge fallimentare"¹¹⁶.

Le imprese bancarie e finanziarie sono trattate al paragrafo che segue, mentre i gruppi di società al § 2.10.

¹¹³ S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Trattato di diritto commerciale diretto da G. Cottino, Padova, 2008, 165.

¹¹⁴ In arg. v. ex multis G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, sesta edizione a cura di M. Campobasso, Torino, 2006, 62 e ss. D. Restuccia, *Brevi note in tema di fallimento del socio illimitatamente responsabile: questioni superate e problemi ancora aperti*, in Dir. Fall., 2010, I, 103 e ss.

D. Restuccia, op. cit.; contra Romano il quale sostiene che "iscrivere un accordo relativo ad una società non iscritta, pone notevoli problemi circa l'effettiva conoscibilità dell'accordo per i creditori estranei".

¹¹⁶ Si fa presente che il divieto resterà fermo anche in relazione al nuovo Codice della Crisi e dell'insolvenza che entrerà in vigore il 1° settembre del 2021 e ciò ai sensi dell'articolo 370, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14,come modificato dall'articolo 5, comma 1, del D.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla Legge 5 giugno 2020, n. 40.

2.2.2 Il caso "VEGAGEST" - Considerazioni sull'ammissibilità del ricorso in relazione agli artt. 80, comma 6, T.U.B. e 57, comma 3, T.U.F., alla natura giuridica dei Fondi Comuni di Investimento ed alla connessa problematica dei patrimoni separati riguardante i fondi di investimento ex art. 36, comma 4, T.U.F.

L'art. 80, comma 6, T.U.B. dispone che "(...) le banche non sono soggette a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta (...)" Gli Istituti bancari, pertanto, non possono certamente avvalersi delle procedure concorsuali e, quindi, nemmeno degli Accordi di ristrutturazione dei debiti, considerata la qualificazione giuridica loro assegnata dalla giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione.

La posizione degli intermediari finanziari non bancari, invece, è più complessa ed il tema riguarda, come è ovvio, anche il caso "VEGAGEST" dal quale è partito il presente lavoro¹¹⁸.

L'art. 57 comma 3 del TUF richiama le norme del TUB, tra le quali il citato art. 80 (che ne vieterebbe l'applicazione), ma solo in quanto compatibili. La riserva di "compatibilità" significa che l'applicazione agli intermediari finanziaria non bancari delle norme previste per il sistema bancario non è affatto automatica, ma deve essere oggetto di specifica valutazione in funzione di quella che è la *ratio* sottostante la norma del TUB di cui si vorrebbe estendere l'applicazione.

Per la VEGAGEST, come abbiamo avuto modo di esaminare nel primo capitolo, il Tribunale di Milano, sulla scorta delle argomentazioni già illustrate¹¹⁹, aveva stabilito che il ricorso per l'omologazione dell'accordo presentato dalla SGR nell'interesse del Fondo di Investimento chiuso "ASTER" era ammissibile anche sotto il profilo soggettivo, sia perché inapplicabile il divieto dell'art. 80 del TUB sul presupposto che gli ADR non rientrassero nella categoria dei procedimenti concorsuali e sia perché i FCI non erano sforniti di personalità giuridica (come invece sostenuto dalla dottrina prevalente).

In buona sostanza, si può forse ritenere che il Tribunale meneghino abbia assunto una decisione corretta, ma sulla scorta di una motivazione errata per entrambe le questioni giuridiche, viste le più recenti sentenze della Cassazione¹²⁰ ed in particolare: le decisioni del 2018 che hanno stabilito che anche gli ADR hanno natura concorsuale (in verità la tesi già nel 2016 – data della sentenza in esame - doveva apparire più che fondata alla luce delle modifiche intervenute sugli ADR rispetto alla prima versione del 2005); la

_

¹¹⁷ V. note 12 e 13, cap. I, § 3.2

¹¹⁸ V. infra capitolo I, § 3.2 e ss.

¹¹⁹ Capitolo I, § 3.2 e ss.

¹²⁰ Vedi nota n.70

decisione del 2019 che ha ulteriormente ribadito la tesi, già prevalente prima, secondo la quale i FCI non sono dotati di autonomia giuridica.

Veniamo allora alla prima questione giuridica concernente la natura concorsuale degli ADR e loro applicabilità agli intermediari finanziari non bancari.

Come correttamente posto in luce da Vittorio Gesmundo ¹²¹, la ratio sottostante il divieto posto dall'art. 80 comma 6 TUB (richiamato dall'art. 57, comma 3, TUF) risiede nella circostanza che i creditori delle banche sono principalmente i risparmiatori titolari di depositi a vista e, quindi, la norma che vieta alle banche di avvalersi delle procedure concorsuali "ha lo scopo di garantire che la soluzione della crisi e delle situazioni di insolvenza delle banche resti affidata alle Autorità Creditizie, in applicazione dei principi costituzionali di tutela del risparmio e garanzia della stabilità del sistema finanziario delineati dall'art. 47 della Costituzione, limitando l'intervento dell'autorità giudiziaria alla soluzione dei conflitti con i creditori". Giustamente, secondo l'autore, non è possibile nemmeno immaginare che una banca in crisi avvii una negoziazione privata con i risparmiatori e chieda loro il consenso ad una moratoria o addirittura una rinuncia a parte del credito, senza considerare gli effetti devastanti che una tale operazione avrebbe sull'affidamento del pubblico e, quindi, sulla stabilità dell'Istituto e sulle prospettive di permanenza sul mercato.

Il divieto posto dall'art. 80 del TUB, pertanto, è del tutto logico e coerente in relazione alla specifica posizione delle banche e, comunque, degli Istituti che fanno della raccolta diffusa del risparmio la loro attività principale.

Il discorso, però, cambia radicalmente nel caso degli intermediari finanziari non bancari nei cui confronti, continua ancora Gesmundo nella sua analisi, "la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 57 TUF e 80 TUB, se esclude la possibilità di applicare l'art. 182 bis L.F. per risolvere le crisi bancarie, non impedisce di farvi ricorso per risolvere crisi di intermediari finanziari non bancari". Non va dimenticata, infatti, la riserva ("in quanto compatibile") formulata dal più volte citato art. 57 TUF.

Non vi sarebbe, pertanto, alcun motivo per non ritenere applicabile agli intermediari finanziari non bancari anche le procedure di soluzione concordata della crisi, sebbene classificabili come procedure concorsuali. Piuttosto, resterebbe il vincolo del controllo dell'autorità di Vigilanza sulla soluzione negoziale prescelta e la compatibilità di questo

_

¹²¹ V. GESMUNDO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Metamorfosi di una procedura concorsuale*, nota a Cassazione civile, sez. I, 24 maggio 2018 n.12965, in Giur. Comm. 2019, fasc. 4, pag. 762.

controllo con il ruolo del Tribunale. Verosimilmente, a detta dell'autore, il controllo sugli ADR andrebbe eseguito da Bankitalia in quanto organo di vigilanza sull'intermediario finanziario, mentre la soluzione dei conflitti resterebbe affidata alla competenza del Tribunale¹²².

Effettivamente, il richiamo operato dall'art. 57 del TUF non sembra poter escludere il diritto dell'intermediario finanziario non bancario di avvalersi degli accordi ex art. 182 bis L.F. e la vicenda VEGAGEST dimostra che il procedimento ha ben svolto il suo compito senza che nessuno dei creditori, aderenti o non aderenti, abbia potuto lamentare una violazione o anche una sola contrazione non accettata dei propri diritti. La prova sul campo di quella che rappresenta forse l'unico caso in Italia di ricorso agli ADR da parte di una SGR per conto di un Fondo Chiuso da essa gestito, avvalora la tesi che, se si escludono le situazioni nelle quali è coinvolto il risparmio del pubblico degli investitori, non v'è alcun motivo per non consentire l'utilizzo di uno strumento che fa della flessibilità e della libertà negoziale i propri punti di forza.

La seconda questione giuridica rilevante relativa alla vicenda "VEGAGEST" attiene all'ammissibilità degli ADR per la gestione delle crisi dei Fondi comuni di investimento e, quindi, all'identificazione del ricorrente legittimato ed alla sua qualificazione come imprenditore. 123

L'art. 182 bis L.F., come detto, indica nell'"Imprenditore" (in crisi) il soggetto legittimato a chiedere l'omologazione dell'Accordo di Ristrutturazione: la qualità di imprenditore, pertanto, è necessaria ai fini dell'ammissibilità del ricorso.

Nel caso esaminato in questo lavoro, il ricorso era stato presentato dalla SGR VEGAGEST, ma non nell'interesse proprio – nel quale caso non vi sarebbe stato dubbio circa l'ammissibilità degli ADR per quanto già detto - ma nell'interesse del Fondo Chiuso Immobiliare da essa gestito: la situazione di crisi da risanare e la debitoria da sistemare riguardava il Fondo; i soggetti con i quali negoziare l'accordo erano i creditori del Fondo;

¹²² GESMUNDI, op. cit., fa espresso riferimento al caso VEGAGEST nella nota al testo n.23 nella quale rileva «L'accordo di ristrutturazione del debito degli intermediari non bancari del Gruppo Delta, omologato dal Tribunale di Bologna con decreto 17 novembre 2017, ne ha risolto la crisi nel corso del procedimento di Amministrazione Straordinaria della Capogruppo, gestito sotto la direzione della Banca d'Italia: cfr. Bonfatti, Pluralità di parti ed oggetto dell'accertamento del Tribunale nell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis L.F. in Fallimento, 2012, 5, 594. Le modalità dell'intervento dell'Autorità di vigilanza nella crisi del fondo immobiliare ASTER, gestito da VEGAGEST S.G.R., superata con l'accordo omologato dal Tribunale di Milano, 10 novembre 2016, invece, non sono state rese note: cfr. Santoni, Crisi del fondo comune di investimento, crisi della SGR e accordo di ristrutturazione dei debiti, in Giur. Comm., 2018, 1, 120/II».

¹²³ L'argomento è stato già in parte trattato al capitolo I, § 3.3 al quale si fa rinvio.

l'iniziativa immobiliare da sviluppare per risanare la situazione di crisi era di "pertinenza" del Fondo.

Il Tribunale di Milano ammetteva il ricorso VEGAGEST per il fondo ASTER sul presupposto che anche i fondi chiusi di investimento avessero una propria autonomia giuridica, dando in tal modo ad intendere che in tale caratteristica soggettiva esso ravvisava una condizione essenziale ai fini dell'ammissibilità del ricorso presentato (però) da VEGAGEST.

Come abbiamo già visto, però, la tesi del Tribunale meneghino è stata poi smentita dall'ormai consolidata giurisprudenza della Cassazione (Cass. 12092/2019; Cass. 16605/2010 in cap. I, § 3.3, nota 19) secondo la quale "(...) i fondi comuni di investimento sono privi di autonoma soggettività giuridica, costituendo patrimoni separati della società di gestione del risparmio (...)".

Allora sorge spontaneo e legittimo il dubbio sulla decisione che sarebbe stata assunta dal Tribunale in merito all'ammissibilità del ricorso se avesse aderito alla linea fissata dalla Cassazione (assenza di soggettività giuridica dei Fondi di Investimento).

L'art. 1, lett. f) del TUF definisce il FCI come "patrimonio autonomo, suddiviso in quote, istituito e gestito da un gestore" e l'art. 36, comma 4 del TUF stabilisce che "ciascun fondo comune di investimento (...) costituisce patrimonio autonomo, distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della SGR e da quello di ciascun partecipante, nonché da ogni altro patrimonio gestito dalla medesima società" e che "delle obbligazioni contratte per conto del fondo la SGR risponde esclusivamente con il patrimonio del fondo medesimo".

Secondo la Cassazione, quindi, il patrimonio del fondo "è sottratto alla garanzia generica dell'art. 2740 c.c.", e può essere qualificato per analogia agli artt. 2447 bis e ss. c.c. come "patrimonio destinato ad uno specifico affare".

Parte della dottrina, però, non è d'accordo con la tesi del Fondo come patrimonio separato della SGR. In particolare, Gabriele Racugno¹²⁴, in un interessante studio, esamina la questione dell'autonomia del Fondo e del rapporto con la SGR che lo gestisce, andando a considerare principalmente in che modo la SGR contabilizza i dati patrimoniali ed economici del Fondo, e giunge alla conclusione che «(...) è forse superfluo continuare a chiedersi, come scrive Costi¹²⁵, di chi sia il fondo, essendo piuttosto rilevante la gestione

¹²⁴ Interessante la nota di Gabriele Racugno, *SGR e contabilità del fondo*, in Giur. Comm., fasc. 5, 2016, 628.

¹²⁵ Costi, *Il mercato mobiliare*, Torino, Giappichelli, 2014, 193.

dell'attività, e così affermarsi che dei beni del fondo nessuno può dirsi proprietario, con qualche analogia, sia consentito aggiungere, con i beni del de cuius nel periodo intercorrente fra l'apertura della successione e l'accettazione dei chiamati all'eredità; anche in quel lasso di tempo i beni sono tutelati e amministrati. È questo il compito della SGR, che della gestione di quei beni deve tener conto nel suo bilancio, di cui la nota integrativa costituisce parte integrante e sostanziale».

In sostanza egli rileva come il Fondo non abbia alcuna soggettività e neppure una struttura organizzativa minima di rilevanza esterna: «Il fondo è dunque un contenitore, un paniere, non svolge alcuna attività di natura imprenditoriale né tanto meno costituisce un 'azienda. Il Fondo costituisce un complesso patrimoniale di pertinenza di una pluralità di partecipanti che viene gestito da una società per azioni nell'interesse degli stessi, ma rimane distinti ed autonomo dal patrimonio dell'uno e degli altri». L'autore, quindi, evidenzia come la gestione della contabilità del Fondo sia affidata alla SGR che ha l'obbligo di redigere un rendiconto annuale ed una relazione degli amministratori sulla gestione semestrale, ma i dati relativi al Fondo non sono contenuti nello stato patrimoniale della SGR, bensì nella sua nota integrativa.

Tale circostanza, secondo l'autore, sta a significare che i beni del fondo non sono beni della SGR, ma nemmeno un vero e proprio patrimonio separato di quest'ultima ¹²⁶; essi, infatti, sono rappresentati nella contabilità della SGR un po' come i beni in locazione finanziaria «che pur non di proprietà della società, ma dalla stessa utilizzati, compaiono nel bilancio civilistico solo nella nota integrativa (...) come pure sono indicati nella nota integrativa i beni di terzi presso la società».

Il Fondo, quindi, anche alla luce della più recente ed unanime giurisprudenza della Cassazione, non ha autonomia giuridica e ciò comporta che non è qualificabile come imprenditore e, probabilmente, nemmeno quale patrimonio separato della SGR ex art. 2447 bis c.c. Il patrimonio del Fondo, in realtà, si appartiene ai sottoscrittori delle quote del Fondo, anche se la sua gestione è riservata in tutto e per tutto alla SGR.

Il Fondo in quanto tale, d'altra parte, non ha una propria struttura organizzativa ed organica atta a gestire un'eventuale sua situazione di crisi, tant'è che qualsiasi decisione

104

destinati-specifico-affare-oic-2

_

¹²⁶ Secondo l'OIC 2 "i beni ed i rapporti che fanno capo ad un affare specifico devono essere indicati separatamente nello stato patrimoniale della società ed avere, a cura degli amministratori, un rendiconto separato che deve essere allegato al bilancio di fine esercizio", in www.informazionefiscale.it/patrimoni-

che lo riguardi dovrà essere assunta e poi gestita ed eseguita dalla SGR, comprese quelle riguardanti la sua sopravvivenza o la sua liquidazione.

La SGR, invece, svolge attività imprenditoriale e non è un intermediario finanziario bancario; ha la funzione di gestire uno o più Fondi di Investimento, senza che ciò comporti, per espressa disposizione normativa, alcuna confusione tra il patrimonio suo e quello del Fondo.

In conclusione, per quanto attiene al tema dei requisiti soggettivi richiesti dall'art. 182 bis L.F. in relazione alla fattispecie del Fondo d'investimenti in crisi, appare lecito ritenere che una interpretazione più attenta della norma avrebbe dovuto indurre il Tribunale milanese a considerare inammissibile il ricorso presentato dalla VEGAGEST nell'interesse del Fondo ASTER, in quanto il ricorrente sostanziale era solo ASTER, perché suoi erano i debiti da onorare, suoi i creditori da trattare e suo il piano industriale da sviluppare e completare.

Il Fondo, però, non era imprenditore, non aveva alcuna autonomia giuridica e nemmeno era un patrimonio destinato della SGR.

Non si vede allora sulla base di quale ragionamento giuridico era possibile ammettere il ricorso presentato da VEGAGEST per ASTER quando i requisiti soggettivi indispensabili per l'applicazione della norma non facevano capo al ricorrente sostanziale ma, semplicemente, alla sua società di gestione.

A nulla doveva valere il richiamo operato dalla VEGAGEST al suo potenziale stato di crisi ove non si fosse risanata la situazione dell'unico Fondo ancora gestito, perché l'accordo sottoposto all'omologazione non riguardava le obbligazioni ed i creditori VEGAGEST.

Il Tribunale, probabilmente, ha cercato di dare una lettura della norma più focalizzata sull'obiettivo per il quale l'istituto degli ADR era stato creato e cioè consentire la realizzazione di un progetto al quale, in fin dei conti, avevano aderito quasi tutti i creditori e quelli che si erano dichiarati contrari erano stati prontamente ed integralmente soddisfatti.

Indubbiamente, però, un chiarimento del Legislatore riguardo al tema trattato, magari in occasione del primo intervento correttivo sul nuovo Codice della Crisi e della Insolvenza, sarebbe auspicabile e certamente benvenuto tra gli operatori del settore.

2.3 REQUISITI OGGETTIVI

2.3.1 Nozioni e caratteristiche generali

L'art. 182 bis L.F. stabilisce che l'imprenditore per poter chiedere al Tribunale competente l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei propri debiti deve versare in stato di crisi. 127

L'art. 160 L.F. relativo alla procedura di concordato preventivo dispone al comma 1 che "l'imprenditore si deve trovare in stato di crisi..." ed al comma 3 che "ai fini di cui al primo comma per stato di crisi s'intende anche lo stato di insolvenza".

La nozione di "stato di crisi" dovrebbe ricomprendere una vasta gamma di situazioni aziendali che vanno dalla mera difficoltà o malessere economico finanziario aventi caratteristiche di reversibilità, fino alla vera e propria insolvenza intesa come situazione patologica di incapacità a soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Il Legislatore, però, come abbiamo visto, ha stabilito una differenza tra il presupposto oggettivo del concordato preventivo e quello degli ADR: per il primo ha fatto riferimento anche allo stato di insolvenza e non solo al mero stato di crisi; per i secondi, invece, ha indicato solo lo stato di crisi. In tal modo, egli ha inteso chiaramente destinare lo strumento concordatario ex art. 160 e ss. l. fall. alle imprese che versino in stato di crisi o anche di insolvenza e riservare, invece, gli ADR agli imprenditori che fossero solo in stato di crisi e non anche di insolvenza conclamata. La conseguenza di tale interpretazione della norma è che le imprese già in stato di insolvenza non potrebbero avvalersi degli ADR.

La differente disciplina dimostrerebbe, secondo alcuni autori¹²⁸, che il concetto di "*stato di crisi*" non comprenderebbe anche lo stato di insolvenza, ma solo quelle situazioni di difficoltà patrimoniali e/o finanziarie dell'impresa che si possono qualificare come pre-insolvenza e che solo potenzialmente possono sfociare in stato di insolvenza.

L'interpretazione letterale del combinato disposto degli art.160, comma 1 e 3 e 182 bis comma 1 L.F. dovrebbe portare a condividere il ragionamento innanzi descritto.

¹²⁷ Per una disamina del concetto di crisi v. S. Rossi, *Insolvenza, crisi d'impresa e risanamento*, Milano, 2003, 44 e ss.; L. Stanghellini, *La crisi d'impresa tra economia e diritto*, Bologna, 2007, 1 e ss. e 302 e ss.; G. Terranova, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacità patrimoniale*, in Dir. fall., 2006, I, 547 e ss.; N. Rocco di Torrepadula, *La crisi dell'imprenditore*, in Giur. comm., 2009, 216 e ss.; Fabrizio di Marzio, *L'insolvenza civile nel diritto delle procedure concorsuali,* in Giustizia Civile, fasc.3, 1° marzo 2018, pag. 645. In giurisprudenza v. Trib. Sulmona, 14 novembre 2005, in Fall., 2005, 793 e ss.; Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, in Fall., 2006, 58 e ss.; Trib. Milano, 7 novembre 2005, in Fall., 2006, 51 e ss.; Trib. Bari, 21 novembre 2005, cit.; Trib. Sulmona 14 novembre 2006, in Fall., 2006, 109 e ss.

¹²⁸ A. Carli, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed impresa in crisi*, in Contr e impr., 2009, 415 e ss.

È pur vero, però, che la stessa locuzione "stato di crisi" ha letteralmente una valenza ampia, sicché potrebbe apparire una forzatura volerne limitare il significato sul presupposto che il comma 3 dell'art. 160 ne abbia meglio precisato l'ambito di applicazione in relazione al solo concordato. Infatti, secondo altri autori 129, il «concetto di crisi rilevante ai fini di cui all'art. 182 bis L.F. deve essere inteso in senso ampio, comprensivo sia dell'insolvenza che della pre-insolvenza, in quanto fenomeno non ontologicamente diverso dall'insolvenza ma che la ricomprende in rapporto di genere a specie» (Restuccia). Inoltre, perché non ritenere in via analogica estensibile anche agli ADR la precisazione riferita ai concordati preventivi, tenendo pure conto della natura negoziale dell'accordo di ristrutturazione: non vi sarebbe motivo, infatti, per privare l'imprenditore già in stato di insolvenza dello strumento degli ADR la cui caratteristica principale risiede nella negoziazione privata dell'accordo tra debitore e creditori e, quindi, nella libertà del creditore di non aderire all'accordo e pretendere il pagamento integrale del proprio credito. Se l'obiettivo dell'ADR è il salvataggio dell'impresa in stato di crisi, perché non consentirne l'utilizzo anche agli imprenditori che versino in stato di insolvenza?

Alcuni autori, addirittura, considerano possibile che gli ADR siano utilizzati dall'imprenditore in stato di insolvenza non per conseguire il salvataggio dell'impresa, ma solo a fini liquidatori. 130 Questa tesi, in verità, appare poco convincente se solo si considera il titolo dell'art. 182 bis L.F. che fa riferimento alla finalità dell'istituto degli ADR che è la ristrutturazione dei debiti (per il salvataggio dell'impresa e non certamente per la sua migliore liquidazione).

L'argomento, comunque, è stato per anni al centro di un acceso dibattito in dottrina che ha indotto, evidentemente, il Legislatore ad aprire il nuovo Codice della Crisi e dell'insolvenza con la definizione proprio del concetto di "crisi" e di "insolvenza" e

¹²⁹ D. RESTUCCIA, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis L.F. L. Fall.,* in Riv. notariato, fasc. 6, 2012, pag. 1257; S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti,* cit., 165.op.; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo,* Milano, 2008, 898 e ss.; F. Innocenti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione della crisi d'impresa,* in Dir. Fall., 2007, I, 925.

¹³⁰ F. Di Marzio, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sull'insolvenza dell'impresa*, in La nuova Legge fallimentare rivista e corretta, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, in Quaderni di Giurisprudenza commerciale, Milano, 2007, 254, secondo il quale l'ipotesi che gli accordi di ristrutturazione dei debiti siano utilizzati per la liquidazione dell'impresa piuttosto che per il sui salvataggio è da ritenere una ipotesi residuale ma possibile.

l'individuazione del loro significato e delle loro differenze anche applicative ¹³¹; quanto precede, rappresenta una sorta di interpretazione autentica che il concetto espresso dalla locuzione "stato di crisi" non contiene anche il cd. "stato di insolvenza" e che, quindi, anche nel regime vigente, va rispettata la previsione letterale della norma che, ai fini del presupposto oggettivo, individua per gli ADR il solo stato di crisi e per il Concordato anche lo stato di insolvenza.

2.3.2 Stato di crisi del Fondo chiuso ASTER e stato di crisi potenziale della VEGAGEST

Ritorniamo per un momento alla vicenda della VEGAGEST di cui al primo capitolo¹³² per valutarne la portata alla luce delle considerazioni appena svolte sul concetto di "stato di crisi".

Il Fondo ASTER gestito dalla SGR VEGAGEST al momento dell'avvio delle trattative e del ricorso ex art. 182 bis, comma 6, L.F. per paralizzare le eventuali iniziative individuali dei creditori, versava in uno stato di irreversibile crisi patrimoniale, visto che presentava un deficit di oltre 40 milioni di euro, e finanziaria in quanto mancava la liquidità minima necessaria per onorare le obbligazioni correnti e portare avanti il progetto industriale.

Non è un caso, infatti, che il piano sottoposto al Tribunale per l'omologazione presupponeva, sotto il profilo finanziario, l'ingresso di nuovi interlocutori disponibili ad accollarsi gli oneri finanziari per il completamento dell'iniziativa immobiliare e, sotto il profilo del risanamento patrimoniale, una sensibile decurtazione dei crediti spettanti alle banche che rappresentavano la quasi totalità dei creditori della ASTER.

Si può indubbiamente sostenere che il Fondo ASTER versasse in stato di insolvenza e non di mera crisi e, pertanto, alla luce di quanto innanzi discusso, il Tribunale meneghino, anche per questo motivo, avrebbe dovuto dichiarare inammissibile il ricorso presentato dalla VEGAGEST per conto e nell'interesse del Fondo da essa gestito.

¹³¹ L'art. 1 del D. Lgs. 14/2019 (Codice della crisi e dell'insolvenza) stabilisce che «1. Il presente codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore (...)»; l'art. 2 ne dà proprio la definizione: «1. Ai fini del presente codice si intende per: a) «crisi»: lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate; b) «insolvenza»: lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni; c) «sovraindebitamento»: lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start-up innovative di cui al decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza; (...)».

¹³² Capitolo I, § 4.1

Come abbiamo più volte esposto, però, i giudici milanesi anche su quest'aspetto hanno chiuso entrambi gli occhi nella convinzione che gli ADR non avrebbero recato danni a creditori non aderenti e che, potenzialmente, il Piano presentato dalla VEGAGEST, ove condotto in porto, avrebbe risolto una situazione di crisi altrimenti destinata al fallimento con grave danno per tutte le parti coinvolte.

Resta sempre il dubbio già espresso a conclusione del capitolo I e cioè che se è vero che il Piano ha certamente favorito i nuovi finanziatori e soddisfatto i creditori del Fondo, ha però mortificato i diritti dei sottoscrittori del Fondo che hanno perso tutto il loro investimento ed anche i soci della VEGAGEST che hanno ceduto per un euro le azioni della loro società per consentire l'approvazione del Piano proposto. In considerazione del fatto che la "coperta" prevista dal Piano era comunque troppo corta, tanto che sottoscrittori del Fondo e soci della VEGAGEST sono rimasti completamente esclusi da qualsiasi ristoro (pur tenendo conto della natura non commerciale dei loro crediti), probabilmente, il Tribunale avrebbe dovuto adottare un criterio di valutazione dell'ammissibilità del ricorso più rigido e aderente alla norma.

2.4 FASE NEGOZIALE DELLA PROCEDURA

2.4.1 Nozioni e caratteristiche generali

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti si compongono di due fasi distinte, l'una successiva all'altra: la prima, di natura negoziale, finalizzata al raggiungimento di un'intesa tra debitore e creditori ed alla sottoscrizione del relativo "accordo"; la seconda, di natura giurisdizionale, finalizzata all'omologazione da parte del Tribunale dell'accordo predetto. Tra le due fasi si interpone la pubblicazione nel registro delle imprese dell'accordo sottoscritto.

La circostanza che la Cassazione più recente abbia qualificato lo strumento degli ADR come un procedimento di natura concorsuale, sembrerebbe escludere *tot court* la sua natura privatistica, ma la fase della trattativa ha indubbiamente natura negoziale.

L'art. 182 bis L.F. stabilisce che il debitore può chiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti; la norma, quindi, disciplina l'istituto proprio a partire dalla intervenuta sottoscrizione di un accordo tra debitore e creditori e nessuna disposizione entra nel merito della modalità di negoziazione o del contenuto dell'eventuale accordo. L'unico requisito richiesto per l'accordo di ristrutturazione dall'art. 182 bis L.F. è che i creditori aderenti siano almeno il 60% del totale.

Il debitore, pertanto, è del tutto libero di trattare con la totalità dei creditori o parte di essi, divisi per classi o collettivamente considerati; è padrone di negoziare nei tempi e con le modalità che ritiene più opportuni e di proporre e raggiungere l'accordo che meglio si adatta alle esigenze di risanamento dell'impresa, senza essere vincolato al principio della *par condicio*, né da vincoli di qualsiasi altra natura; è libero di prevedere qualsiasi soluzione contrattuale ed operazione societaria ordinaria o straordinaria.

La convenzione raggiunta tra il debitore ed i suoi creditori rappresenta un contratto di natura privatistica del tutto efficace e vincolante per i sottoscrittori a prescindere dall'omologazione: «Il contratto costituito dall'accordo di ristrutturazione dei debiti (...) è valido ed efficace in maniera del tutto indipendente dalla sua sottoposizione al vaglio dell'omologa operato dall'autorità giudiziaria. Esso si perfeziona, infatti, secondo le ordinarie regole civilistiche in maniera del tutto indifferente ed autonoma rispetto all'omologa, al pari di un qualsiasi altro contratto che non debba essere sottoposto al giudizio omologatorio del Tribunale. Occorre, poi, precisare che il suddetto principio mantiene pieno vigore anche nell'ipotesi in cui le parti abbiano inteso condizionale all'omologazione l'efficacia dell'accordo, in quanto tale eventualità non può che essere la conseguenza di una libera scelta compiuta dalle parti nell'ambito della loro autonomia negoziale» 133

Saranno sempre le parti, quindi, che, se lo vorranno, potranno condizionare l'efficacia del contratto al successivo provvedimento di omologazione. In mancanza di clausole specifiche, però, l'accordo sarà pienamente valido ed efficace tra di esse.

Naturalmente, è agevole supporre che nella realtà delle crisi d'impresa sia improbabile che debitore e creditori riescano a raggiungere un accordo la cui efficacia sia del tutto svincolata dall'omologazione del Tribunale, specie quando l'accordo, finalizzato al risanamento dell'impresa, preveda sacrifici da parte dei creditori in termini di falcidia dei crediti o moratoria per l'incasso, oppure impegno ad erogare eventuale nuova finanza o rinunzia alle garanzie a suo tempo acquisite.

D'altra parte, come avremo modo di analizzare al successivo § 2.5, il ricorso al Tribunale per l'omologazione è condizione, non per la validità dell'accordo sottoscritto, ma solo per il verificarsi di una serie di effetti, come quelli previsti dall'art. 182 bis L.F. comma 3 (in materia di blocco delle iniziative individuali da parte dei creditori), oppure dall'art. 182 quater comma 1 e 2 L.F. (in tema di prededucibilità dei crediti derivanti da

¹³³ Trib. Bologna, 17 novembre 2011, Dir, Fall. 2012, 1, 2, 64.

finanziamenti) o dall'art. 182 quinquies L.F. (in ordine all'esenzione da revocatoria ex art. 67 L.F.) o dall'art. 182 sexsies L.F. (in tema di estensione dell'efficacia dell'accordo a creditori non aderenti). Si tratta, quindi, di effetti derivanti dalla presentazione del ricorso per l'omologazione ed in taluni casi dal successivo provvedimento che non incidono sulla natura privatistica dell'accordo sottoscritto dal debitore con i suoi creditori, ma che mirano a facilitare l'esecuzione del piano di risanamento posto a base dell'accordo, ponendo dei vincoli anche a carico di quei creditori eventualmente dissenzienti. La limitazione dei diritti dei terzi estranei all'accordo è prerogativa esclusiva del provvedimento giurisdizionale e non potrebbe mai provenire da un contratto sottoscritto da altri soggetti sulla base di una negoziazione privatistica del tutto libera tra le parti.

Secondo alcuni autori¹³⁴, il Legislatore con gli ADR avrebbe tipizzato un nuovo schema contrattuale anche se come sostengono altri studiosi¹³⁵, si tratterebbe di una "tipizzazione a bassa definizione" finalizzata «non a delimitare l'ambito di operatività dell'autonomia negoziale, ma solo le condizioni di applicazione di una determinata disciplina» (D. Restuccia, op. cit.). In realtà, come già evidenziato, il Legislatore, verosimilmente, non ha inteso tipizzare alcun contratto, ma solo disciplinare gli effetti che conseguono all'accordo stragiudiziale - che rappresenta peraltro il punto di partenza del procedimento ed il cuore dell'istituto - dalla presentazione del ricorso e dall'eventuale provvedimento di omologazione.

Si può, pertanto, ritenere che gli ADR siano un procedimento complesso costituito da una molteplicità di operazioni che si realizzano in più fasi successive e che la fase negoziale sia la prima della serie con la peculiarità che la sua validità non è subordinata alla corretta realizzazione delle altre fasi e, quindi, delle altre operazioni ad esse connesse. Viceversa, le fasi successive e cioè la pubblicazione dell'accordo e l'avvio del procedimento di

¹³⁴ Secondo G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, loc. cit., «la legge ha, almeno in parte, tipizzato gli accordi di ristrutturazione dei debiti», che manterrebbero la natura di accordi stragiudiziali «perché la formazione e conclusione si svolgono al di fuori dell'arena giudiziaria; ma destinati poi a ricevere l'imprimatur dell'omologazione».

¹³⁵ M. SCIUTO, Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Riv. dir. civ., 2009, I, 343; E. GABRIELLI, Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica, in Autonomia negoziale e crisi d'impresa a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 287, secondo il quale (v. D. RESTUCCIA, op. cit.) «nel caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti, in cui il Legislatore opera mediante una disciplina non per singoli contratti ma per attività, non viene «tipizzato un contratto ma un "tipo di operazione", poiché il Legislatore consente alle parti di far ricorso a diverse tipologie contrattuali (remissioni del debito, patti di dilazione del debito o degli interessi, contratti di finanziamento) al fine di dettare una disciplina volta alla realizzazione di interessi meritevoli di realizzazione e di tutela, quali devono essere indubbiamente considerati quelli connessi al salvataggio di un'impresa in crisi».

omologazione sono strutturalmente legate alla corretta realizzazione della prima propedeutica fase della negoziazione, senza la quale il procedimento complesso degli ADR non ha proprio modo di essere avviato.

Il minimo comune denominatore che lega le varie fase del medesimo procedimento risiede nel fatto che sono finalizzate ed orientate al conseguimento di un unico risultato che è il superamento della crisi d'impresa¹³⁶.

2.4.2 Contenuto, struttura e forma degli accordi

Il contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti è interamente rimesso alla libera negoziazione tra il debitore ed i suoi creditori e, pertanto, non è prevista alcuna limitazione al riguardo (salvo quanto si dirà nel prosieguo). L'unico vincolo è quello dettato dall'obiettivo che essi devono necessariamente perseguire: ristrutturare il debito con i creditori disponibili e garantire il pagamento integrale di quelli non disponibili.

Tale risultato potrà essere perseguito con un accordo che abbia ad oggetto i contenuti più vari, quali, ad esempio, interventi diretti alla riduzione dei debiti in misura fisiologica alla prosecuzione dell'attività, mediante rinuncia a parte del capitale o degli interessi; rimodulazione dei termini di pagamento; rinunzia totale o parziale a garanzie anche reali già acquisite; rinunzia totale o parziale ad eventuali diritti di prelazione o privilegi; disponibilità a favorire e/o partecipare ad operazioni societarie complesse, quali ricapitalizzazioni, fusioni, scissioni, trasformazioni o, come nel caso VEGAGEST, conversione totale o parziale dei crediti in capitale di rischio.

Naturalmente, il contenuto degli accordi sarà in funzione dell'obiettivo perseguito dall'imprenditore in crisi. Nel caso VEGAGEST il risanamento della debitoria del Fondo ASTER doveva necessariamente passare attraverso il completamento dell'iniziativa immobiliare in corso e la sua realizzazione sul mercato. Per conseguire tale obiettivo, considerata la totale mancanza di liquidità ed il deficit patrimoniale superiore a 40 milioni di euro, la VEGAGEST aveva dovuto prevedere un accordo particolarmente complesso che doveva garantire: in primo luogo, la nuova finanza necessaria a riavviare il progetto immobiliare ed a tal fine la VEGAGEST aveva dovuto garantire al finanziatore l'acquisto di tutte le unità immobiliari già ultimate dalla ASTER e per un euro il 100% del capitale sociale di essa VEGAGEST; in seconda analisi, la disponibilità dei creditori bancari alla conversione dei propri crediti in quote del Fondo; in ogni caso, la produzione nel corso

¹³⁶ In questo senso M. Sciuto, op. cit.; E. Gabrielli, op. cit., 1088, secondo il quale sottolinea l'unicità dell'operazione «la si può trarre dalla stessa formula legislativa impiegata dalla norma la quale prevede che unico sia l'accordo pubblicato nel registro delle imprese ed unico sia l'accordo omologato».

dei primi mesi di ripartenza del progetto industriale della liquidità necessaria per il pagamento integrale dei creditori non aderenti, nonché dei costi di gestione dell'intero programma; infine, la soddisfazione dei creditori aderenti, in percentuale di gran lunga inferiore rispetto ai crediti originariamente vantati e solo una volta completato il progetto immobiliare, mediante incasso della liquidazione della quota di partecipazione nel fondo conseguente la conversione dei crediti in capitale.

Il caso VEGAGEST può considerarsi emblematico della autonomia negoziale che caratterizza la fase della negoziazione e, quindi, della varietà di contenuto che può essere pattuito in un accordo di ristrutturazione.

Una questione interessante (in parte già accennata) che riguarda il tema del contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti è se essi possano avere anche una funzione meramente liquidatoria. Parte della dottrina ¹³⁷ ritiene che ciò sia possibile, ad esempio, nei casi in cui gli atti di dismissione siano propedeutici e necessari per una riorganizzazione della società.

Al riguardo, però, appare coerente con la ratio dell'Istituto ammettere che gli accordi abbiano ad oggetto la liquidazione dell'attività solo se essa rappresenta lo sbocco naturale dell'attività intrapresa, come nel caso VEGAGEST: il Fondo ASTER era stato istituito per acquistare un'area edificabile in provincia di Milano, procedere alla lottizzazione ed alla costruzione di un nuovo quartiere residenziale e poi vendere le unità immobiliari. È chiaro che il Fondo non era destinato a durare nel tempo, sicché gli accordi stipulati da VEGAGEST con i suoi creditori ed il Piano di rilancio sottostante portato all'esame del Tribunale insieme agli accordi per l'eventuale omologazione dovevano naturalmente prevedere anche la conclusione dell'opera e, quindi, la liquidazione integrale del suo patrimonio.

¹³⁷ In questo senso V. ROPPO, op. cit.; E. GABRIELLI, op. cit.; PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in BBTC, 2006, 20; in giurisprudenza v. Trib. Roma, 20 maggio 2010 (decr.), in http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2238.php, secondo cui «dal momento che l'accordo di ristrutturazione deve essere tale da garantire il pagamento regolare dei creditori estranei, può ipotizzarsi la autosufficienza dell'accordo nel solo caso di ristrutturazione con finalità di liquidazione dell'impresa, perché in questa ipotesi l'attività di impresa cessa o viene ceduta a terzi, e quindi occorrerà solo dimostrare che le risorse messe a disposizione siano realmente disponibili nonché sufficienti a pagare i creditori, nella misura e nei tempi concordati nel caso degli aderenti al piano, per intero ed alla scadenza nel caso degli estranei».

Contra: G. FAUCEGLIA, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005, cit., 1452; P. MARANO, La ristrutturazione dei debiti e la continuazione dell'impresa, in Fall., 2006, 102 e ss.; FABIANI, Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla reorganization, in Foro it., 2006, I, 264; PROTO, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Fall. 2006, 130.

Diversa, invece, appare la situazione nei casi nei quali la liquidazione dell'attività non rappresenta il normale sbocco dell'attività d'impresa (si pensi ad esempio ad una attività di produzione industriale); in tali fattispecie, l'utilizzo degli ADR per liquidare l'azienda non sembra coerente con l'obiettivo per il quale gli ADR sono sorti, ovvero il risanamento dell'impresa in crisi.

Il risultato sostanziale della negoziazione che l'imprenditore in crisi svolge in piena autonomia con i suoi creditori va poi trasfuso in un atto scritto.

L'accordo può consistere in un unico atto contrattuale che contiene le sottoscrizioni del debitore e di tutti i creditori, oppure in più atti, eventualmente anche in tanti atti quanti sono i creditori. La norma nulla prescrive al riguardo.

Le parti possono certamente sottoscrivere atti bi/plurilaterali oppure procedere alla formalizzazione dell'accordo con lo scambio di "corrispondenza commerciale" (come nel caso degli Accordi VEGAGEST, inviate a mezzo posta o pec così da conferire anche data certa all'accordo stesso o alla pluralità di accordi sottoscritti).

Il Legislatore non ha previsto alcun vincolo di forma e, pertanto, è da ritenere che le parti siano libere di adottare quella che preferiscono, senza essere vincolati all'atto pubblico. La forma scritta, però, è sicuramente necessaria per poter rispettare gli obblighi di pubblicità presso il Registro delle Imprese e per consentire al Tribunale di esaminare l'accordo sottoscritto dalle parti prima di decidere sull'omologazione.

Si discute, invece, se le sottoscrizioni degli accordi debbano essere autenticate dal notaio. Si ritiene che la soluzione del problema sia collegata all'applicabilità o meno dell'art. 152 L.F. previsto per il concordato fallimentare e richiamato dall'art. 161 comma 4 L.F. per il concordato preventivo. Ebbene, secondo alcuni autori 138, le società di capitale, per accedere agli ADR, dovrebbero rispettare le prescrizioni previste per il concordato fallimentare in quanto l'art. 182 bis L.F. fa riferimento a tutta la documentazione di cui all'art. 161 L.F. (che richiama l'art. 152 L.F.) ed in tal caso sarebbe indispensabile una delibera del consiglio di amministrazione con verbale redatto da notaio ex art. 2436 c.c. Altri autori 139, però, non condividono la tesi che la norma sul concordato fallimentare si possa applicare anche agli ADR, perché il richiamo operato dall'art. 182 bis L.F. all'art.

¹³⁸ S. Ambrosini, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella l. n. 122/2010*, in Fall., 2011, 641 e ss., il quale dà conto di un recentissimo provvedimento (Trib. Torino 5 gennaio 2011, inedito) che, seppur incidenter tantum, si è espresso nel medesimo senso.

¹³⁹ D. Restuccia, *Natura giuridica e struttura degli Accordi di ristrutturazione dei debiti, ai sensi del novellato art. 182 bis L.F.,* in Riv. notariato, fasc. 6, 2012, pag. 1257.

161 L.F. è relativo "alla sola documentazione e non alle modalità di assunzione delle decisioni".

Anche in questo caso, comunque, vista l'assenza di ogni prescrizione al riguardo, è da ritenere che l'autentica non sia necessaria e, comunque, una volta presentato il ricorso per l'omologa, anche la scrittura privata "non autenticata" sottoposta al vaglio del Tribunale riceverà una sorta di validazione con il provvedimento di omologazione.

Altri autori, però, sostengono che la necessità della autentica notarile discende dall'obbligo della pubblicazione dell'accordo nel Registro delle Imprese a cura dell'imprenditore-debitore e ciò perché l'art. 11 comma 6 del DPR 581/1995 ¹⁴⁰ (Regolamento di attuazione in materia di istituzione del registro delle imprese) dispone che, ai fini dell'iscrizione, è necessaria l'autentica.

Il problema, però, sorge comunque, perché l'art. 182 bis L.F. non stabilisce se ai fini della pubblicità nel Registro Imprese l'accordo vada "iscritto" oppure "depositato". Nel primo caso, come abbiamo visto serve l'autentica, mentre nel secondo caso, visto l'art. 14 del DPR, invece non è necessaria.

Secondo la dottrina prevalente¹⁴¹ la pubblicazione cui fa riferimento l'art. 182 bis L.F. dovrebbe essere la "iscrizione" perché la legge fa discendere da questa pubblicità una serie di effetti legali che non possono derivare dal mero "deposito" (D. Restuccia, op. cit.) ¹⁴².

La Giurisprudenza sulla questione, invece, è abbastanza divisa¹⁴³

autenticante".

_

¹⁴⁰ Art. 11 co IV DPR 581/1995: «(...) 4. L'atto da iscrivere è depositato in originale, con sottoscrizione autenticata, se trattasi di scrittura privata non depositata presso un notaio. Negli altri casi è depositato in copia autentica. L'estratto è depositato in forma autentica ai sensi dell'art. 2718 del Codice civile. (...)» ¹⁴¹ D. RESTUCCIA, Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis L.F. L. Fall., in Riv. notariato, fasc. 6, 2012, pag. 1257; G. U. TEDESCHI, Manuale di diritto fallimentare, 581; C. PROTO, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, cit. 136; M. SCIUTO, Effetti legali e

negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti, cit. 342.

142 D. RESTUCCIA, op. cit.; B. INZITARI, La nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis L.F.
L. fall, cit., 36 e ss., "sottolinea la difficoltà, o meglio l'impossibilità, di far convergere tutti i soggetti interessati in un unico luogo al fine di apporre contestualmente tutte le sottoscrizioni, soprattutto nelle ipotesi, assai frequenti, in cui il numero dei soggetti interessati è alto e geograficamente distante. Per ovviare a tali difficoltà si potrebbe far ricorso alla sottoscrizione autenticata differita, ovvero, come suggerito dallo stesso Autore, ad uno scambio di corrispondenze, sempre con l'intervento del Notaio

¹⁴³ Secondo il Tribunale di Rimini, sez. fall., 22 maggio 2014, in *Il caso.it, 2015 «L'adesione dei creditori all'accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis L.F. L.F. deve risultare in forma autenticata»;* conforme Trib. Bari, 21 novembre 2005; Trib. Roma 30 agosto 2005, in www.dejure.it; Trib. Udine 22 giugno 2007, ivi; , . In senso contrario, invece, il Trib. di Palermo 27 marzo 2009, in Dir. Fall., 2010, 503; il Tribunale di Reggio Calabria, decreto 24 gennaio 2012, in *Dir. Fall., 2012, 6, 2, 717*, secondo il quale «*Ai fini dell'omologazione*

2.4.3 Piano ed attestazione

Il fulcro centrale dell'accordo, naturalmente, è rappresentato dal piano di risanamento, (art. 182 bis L.F. comma 1).

Il Piano rappresenta il programma economico, finanziario, industriale che l'imprenditore in crisi intende proporre per risanare l'azienda, pagare integralmente i creditori non aderenti ed onorare gli impegni presi nell'accordo con i creditori aderenti.

Il Piano è, pertanto, un elaborato tecnico complesso che, partendo dall'illustrazione delle cause della crisi, descrive analiticamente la situazione patrimoniale e finanziaria dell'azienda, specificando il suo stato di solvibilità, quindi, indica le misure di risanamento programmate, con l'indicazione dettagliata di tutte le operazioni previste per la sua realizzazione e la tempistica per la loro esecuzione; il Piano deve specificare i flussi finanziari previsti, con l'indicazione dei tempi di realizzo, anche al fine di dimostrare la capacità dell'azienda di onorare gli impegni assunti con i creditori e quelli da assumere con i terzi per la prosecuzione dell'attività ove prevista.

Il Piano è corredato naturalmente da un *business plan* che sia comprensibile anche ai non addetti ai lavori e, quindi, anche a tutti i creditori che dovranno procedere alla sua valutazione prima di aderire all'accordo loro proposto.

Come detto, il Piano deve contenere la descrizione dettagliata di tutte le misure che l'imprenditore intende adottare per raggiungere l'obiettivo che si è prefissato e che viene rappresentato alla platea dei creditori: risanamento dell'azienda; completamento dell'iniziativa imprenditoriale; riequilibrio gestionale; etc. Le misure previste, possono essere le più varie, quali, ad esempio, dal punto di vista societario: la sostituzione dell'organo di amministrazione, la realizzazione di operazioni straordinarie come la fusione con altra società indispensabile per la realizzazione del programma, oppure la ricapitalizzazione mediante apporto di nuovi capitali da parte dei soci o anche di terzi; dal punto di vista imprenditoriale: la vendita di un ramo di azienda per realizzare la provvista finanziaria necessaria alla continuazione dell'attività principale o considerata

di un accordo di ristrutturazione dei debiti, con riguardo alla forma del contratto, non è necessario che la sottoscrizione degli aderenti venga autenticata da un pubblico ufficiale, poiché l'art. 182 bis L.F. L.F. non lo richiede, né tale necessità si può desumere da un obbligo del Tribunale di valutare la genuinità del consenso dei creditori aderenti».

Possiamo aggiungere al novero dei Tribunali che non pretendono l'autentica delle sottoscrizioni anche il Tribunale di Milano che nel 2016 ha omologato l'accordo VEGAGEST senza che le relative sottoscrizioni siano state autenticate.

maggiormente remunerativa in termini prospettici; la chiusura di linee produttive ritenute non più strategiche o troppo onerose.

Il piano, come detto, dovrà anche prevedere i tempi di realizzo e, come nel caso VEGAGEST, pure una serie di obiettivi intermedi che siano monitorabili: nel caso VEGAGEST, infatti, era stato previsto che, *medio tempore*, si formasse la provvista finanziaria necessaria per pagare tutti i creditori non aderenti e per pagare i costi funzionali alla prosecuzione del progetto industriale. Il *business plan* della VEGAGEST era stato redatto indicando i flussi finanziari previsti per semestri ed ipotizzando sia uno scenario favorevole e sia uno contrario, così da dimostrare che, in entrambi i casi, la ricorrente poteva rispettare gli impegni assunto con i creditori ed i terzi dichiaratisi disponibili a collaborare per la prosecuzione dell'attività aziendale.

L'art. 182 bis L.F. comma 1 che richiama l'art. 161 comma 2 L.F. dispone che il Piano dovrà essere corredato di una serie di documenti: a) una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei relativi crediti e cause di prelazione; c) l'elenco dei titolari di diritti reali o personali sui beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il valore dei beni ed i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

Il Piano posto a base dell'accordo e cuore del programma di risanamento, ai sensi dell'art. 182 bis L.F. comma 1, deve essere verificato e valutato da un professionista indipendente (nominato dall'imprenditore) che deve attestare la «(...) la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei (...)».

La funzione principale dell'attestazione risiede nella tutela dei terzi creditori che non partecipano all'accordo, in quanto essi sono chiamati a subire il depauperato del patrimonio aziendale del loro debitore, senza poter confidare nella azione revocatoria ex art. 67 L.F. per ripristinare le garanzie patrimoniali andate perse.

L'attestazione, inoltre, svolge anche una funzione di ausilio per il Tribunale in sede di omologazione dell'accordo, tanto più che il magistrato svolge un'indagine solo sommaria sul merito dell'accordo e sulla fattibilità del Piano.

Il Legislatore, naturalmente, ha preteso che il tecnico incaricato di redigere la relazione possegga elevati requisiti di professionalità e di indipendenza. In particolare, per quanto attiene all'indipendenza, si chiede che egli non abbia mai avuto alcun rapporto, né di

parentela, né professionale, né di lavoro sia subordinato che autonomo (almeno negli ultimi cinque anni). con l'imprenditore. Per quanto attiene alla professionalità, deve essere iscritto nel registro dei revisori contabili, deve essere avvocato, commercialista o ragioniere e se l'incarico è conferito ad uno studio professionale o società tra professionisti, tutti i membri devono avere i requisiti previsti per il singolo professionista.

Abbiamo già evidenziato come il professionista con la sua relazione debba procedere ad una serie di attestazioni osservando i "Principi di attestazione dei piani di risanamento" redatti dagli Ordini e dalla Associazioni Professionali di categoria. In particolare, deve controllare che i dati contabili forniti dall'impresa siano veritieri; deve analizzare lo stato di crisi, procedere ad una diagnosi specificando le metodologie usate e le attività svolte; deve, infine, verificare la fattibilità del Piano con particolare riferimento alla sua capacità di onorare l'impegno con i creditori estranei all'accordo.

Il professionista con la firma della Relazione assume una responsabilità sia in sede civile che penale.

In sede civile si ritiene che la responsabilità del professionista sia di natura contrattuale (art. 2236 c.c.) nei confronti dell'imprenditore¹⁴⁴ che lo ha incaricato e di natura extra contrattuale (art. 2043 c.c.) nei confronti dei creditori e dei terzi.

Naturalmente, non va dimenticato che nell'ambito della responsabilità contrattuale, l'obbligazione assunta dal professionista è una obbligazione di mezzi e non di risultati con la conseguenza che egli risponderà non del mancato risultato della propria attività professionale – nello specifico il mancato buon esito del Piano – ma solo di non aver operato secondo diligenza e professionalità.

È chiaro che il compito del professionista attestatore è particolarmente delicato perché egli oltre a dover verificare, come detto, la veridicità dei dati forniti dall'imprenditore, deve effettuare una previsione sull'attuabilità del piano che dipende da una serie di fattori certamente non tutti prevedibili. Anche per tale motivo, si ritiene che sia ad egli applicabile la limitazione di responsabilità al solo dolo o colpa grave se l'incarico assegnato contempla un grado di difficoltà tecnica particolarmente elevato, come può avvenire nel caso in cui egli debba valutare le possibilità concrete di buon esito del piano di risanamento in un'ottica prospettica di lungo periodo e con molteplici variabili in gioco da considerare.

_

¹⁴⁴ Cass. 4 febbraio 2009 n.2706 in *Fallimento*, 2009, 7, 789 con nota di PANZANI.

Sotto il profilo penale, invece, egli è responsabile ai sensi dell'art. 236 bis L.F. se fornisce false informazioni oppure addirittura omette di fornirne.

Sotto questo particolare profilo, secondo alcuni autori ¹⁴⁵, «ulteriore ed ancor più rilevante "contrappeso" alla designazione privatistica dell'attestatore è dato dall'introduzione di un severo regime di responsabilità penale per il professionista che nelle proprie relazioni o attestazioni esponga informazioni false o ometta di riferire informazioni rilevanti». L'art. 236 L.F., infatti, prevede pene molto severe quali la reclusione da due a cinque anni e multe fino a 100.000 euro ulteriormente aumentabili.

Probabilmente, un aspetto delicato per l'operatività degli ADR è proprio la disciplina dell'attestazione da parte del professionista indipendente nominato dall'imprenditore in crisi. Pretendere che questi nomini un tecnico che sia davvero "indipendente" è forse già una contraddizione in termini, sebbene la legge chiarisca quali devono essere i requisiti che rendano il professionista "indipendente", così sollevando di una qualche responsabilità l'imprenditore nella sua scelta.

È, però, difficilmente credibile che l'imprenditore in difficoltà sottoponga il piano che egli, con il supporto e l'assistenza dei suoi consulenti di fiducia, ha elaborato e messo a punto alla valutazione del professionista indipendente senza averne preliminarmente verificato l'opinione e senza essersene assicurato la disponibilità per la redazione di un parere favorevole.

La soluzione al problema di quanto possa essere indipendente il professionista incaricato di attestare il Piano viene risolta, secondo Ambrosini¹⁴⁶, da quello che egli ha definito il regime del contrappeso e cioè dalla previsione di un regime di responsabilità penale particolarmente severo. Anche questo profilo della questione, però, è discutibile, in quanto, un professionista davvero indipendente difficilmente si assumerà la responsabilità (penalmente sanzionata) di rilasciare attestazioni del contenuto richieste dalla norma.

Ritorniamo per un momento all'attestazione del professionista indipendente nel piano della VEGAGEST¹⁴⁷: questi ha prima attestato "la veridicità dei dati aziendali", quindi, "l'attuabilità dell'accordo su cui si basa la proposta che la società ha sottoposto ai propri creditori, dando atto che lo stesso appare attendibile, sostenibile e coerente ...". A tal

¹⁴⁵ S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012,* in Il Fallimento, 10/2012, 1137

¹⁴⁶ Si fa presente che Stefano Ambrosini è stato componente del tavolo tecnico istituito presso il Ministero della Giustizia in vista dell'emanazione del cd. "Decreto Sviluppo"

¹⁴⁷ Capitolo I, § 4 e ss.

proposito, si ricorda che il piano della VEGAGEST – al quale si fa espresso rinvio per valutarne la complessità realizzativa – era basato su una serie ipotesi alternative (cd. Fase 1 e Fase 2) entrambe condizionate a tutta una serie di eventi (autorizzazioni amministrative, reperimento di imprenditori disponibili a subentrare nell'operazione immobiliare, concessione di nuova finanza, etc.,) dall'esito assolutamente incerto.

In particolare si prevedeva che ove mai non si fosse trovato l'imprenditore disponibile ad investire per subentrare nella gestione dell'operazione immobiliare, si sarebbe proceduto alla liquidazione dell'asset (complesso immobiliare nello stato in cui si trovava in quel momento e cioè con licenze sospese, assenza di autorizzazioni amministrative, controversie sui piani regolatori, etc.) che avrebbe garantito il pagamento oltre che dei creditori non aderenti in misura integrale, anche il pagamento in un certa percentuale dei creditori aderenti.

È appena il caso di rilevare, però, che nel piano non era minimamente indicato alcun contratto preliminare con terzi interessati a rilevare tutto il complesso nello stato in cui si trovava o parte dello stesso o singole unità immobiliari; insomma non v'era alcuna indicazione di come si sarebbe potuto realizzare l'asset, a quale prezzo ed in quali tempi, sicché l'ipotesi prospettata nel piano ed attestata dal professionista come "attendibile, sostenibile e coerente" era assolutamente indimostrata, ipotetica, eventuale ed incerta.

Nel caso in cui il piano si fosse fermato alla Fase 1 (e cioè che non si fosse trovato alcun imprenditore disponibile ad investire ingenti somme per il completamento del progetto immobiliare) e si fosse dovuto procedere, come previsto, alla liquidazione dell'*asset* nello stato in cui si trovava al momento della sospensione dei lavori e, poi, non si fosse trovato nessun operatore interessato a rilevare l'operazione o non si fosse riuscito a vendere i singoli cespiti in corso di costruzione ed a realizzare quanto previsto nel piano, il professionista non avrebbe mai potuto giustificare il suo ottimistico parere perché basato praticamente sul nulla.

2.4.4 Proposta di accordo o preaccordo

Ai sensi dell'art. 812 bis comma 6 L.F. l'imprenditore può chiedere al Tribunale, già nel corso delle trattative, un'anticipazione della tutela del proprio patrimonio.

A tal fine, egli deve presentare un ricorso con il quale chiede la concessione di un termine per depositare l'accordo, il piano, la relazione del professionista e tutta la documentazione prevista dall'art. 161 L.F. e, nelle more, l'emissione di un provvedimento che vieti di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive sul suo patrimonio.

Naturalmente, l'imprenditore deve dimostrare al Tribunale che effettivamente le trattative sono pendenti e, quindi, deve produrre una proposta di accordo" o "preaccordo" corredata da una autocertificazione con la quale egli si assume la responsabilità di dichiarare che davvero pendono le trattative con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti; inoltre, deve produrre una dichiarazione del professionista indipendente (che poi andrà a redigere la relazione attestata) che attesta che la proposta di accordo è idonea, se accettata, a garantire il pagamento integrale e tempestivo dei creditori non aderenti.

È da notare come il Legislatore non abbia preteso dal professionista che egli attesti anche la veridicità dei dati aziendali, probabilmente perché consapevole che nella fase iniziale delle trattative egli potrebbe non essere ancora nelle condizioni per assumersi una responsabilità al riguardo. Piuttosto, il suo compito è quello di esprimere una valutazione sulla adeguatezza della proposta di accordo in relazione al diritto dei creditori estranei ad essere pagati integralmente.

Anche sotto questo profilo, la relazione del professionista potrebbe risultare poco utile, perché è difficile esprimere una seria valutazione di attendibilità di un evento basato su premesse non verificate e su eventi il cui accadimento è incerto.

Una volta predisposto il ricorso, corredato della documentazione richiesta, il debitore deve pubblicare l'istanza di blocco nel registro delle imprese ed attendere che il Tribunale fissi l'udienza di comparizione delle parti entro i 30 giorni dal deposito ed effettui le necessarie comunicazioni ai creditori. Già con l'iscrizione dell'istanza di blocco nel registro delle imprese si producono una serie di effetti di tutela sul patrimonio del debitore (che verranno esaminati al successivo § 2.5).

Il procedimento, come detto, ha natura cautelare, quindi, il Tribunale procede ad una analisi sommaria del ricorso, previa verifica della completezza della documentazione da depositare come prescritto dalla legge. La valutazione del Tribunale sarà diretta a valutare se effettivamente ci sono i presupposti per giungere ad un accordo con il 60% dei creditori e se esistono le condizioni per il pagamento dei creditori estranei. È da escludere che il Tribunale entri nel merito dell'accordo.

In effetti, il giudice, come in tutti i procedimenti di natura cautelare, è interessato al *fumus* che nel caso specifico è costituito dalla esistenza di una trattativa e dalla previsione del pagamento dei creditori estranei. La sua decisione sarà supportata anche dalla nota redatta dal professionista.

Il Tribunale accoglie o rigetta il ricorso con decreto motivato, avverso il quale è possibile proporre reclamo alla Corte di Appello entro 15 giorni dalla sua pubblicazione.

2.5 EFFETTI DEL PREACCORDO E DELL'ACCORDO – MISURE DI PROTEZIONE E CAUTELARI

Nel corso della fase negoziale e fino all'avvio del procedimento di omologazione, la mera presentazione della domanda o la sua pubblicazione nel registro delle imprese già determinano una serie di effetti particolarmente significativi per la riuscita del Piano di risanamento:

- 1) dalla pubblicazione della domanda e per sessanta giorni, il blocco delle azioni cautelari ed esecutive (cd. *automatic stay*) ed
- 2) il blocco delle iniziative dirette ad acquisire titoli di prelazione previsti dall'art. 182 bis comma 3 L.F.;
- 3) dal deposito della domanda per l'omologazione o della proposta di accordo e sino all'omologazione, per le società, la disapplicazione degli artt. 2446, comma 2 e 3 c.c., 2447 c.c., 2482 bis comma 4, 5 e 6 c.c. e 2482 ter cod. civ. e
- 4) degli artt. 2484 n.4 c.c. e 2445 duodecies c.c., previsti dall'art. 182 sexsies L.F.

Gli effetti sulla prededucibilità dei finanziamenti e sull'esenzione da revocatoria ex art. 67 L.F. verranno esaminati al § 2.6.

La cd. *automatic stay* rappresenta la forma di tutela del debitore più significativa prevista dall'istituto degli ADR e si attiva in modo automatico sia in caso di preaccordo che di accordo ordinario: nella prima ipotesi, si determina a seguito della pubblicazione dell'istanza di blocco prevista dall'art. 182 bis L.F. comma 6; nel secondo caso dal momento della pubblicazione del ricorso per l'omologazione dell'accordo, come previsto al comma 3 della detta norma.

Da quel momento, nessun creditore può più avviare o continuare azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, mentre tutti i creditori, però, sono sempre liberi di dare corso o avviare eventuali giudizi di cognizione. Il blocco dura solo 60 giorni, anche se in caso di preaccordo può arrivare a durare anche 150 giorni per effetto del cumulo dei singoli e più brevi periodi di sospensione previsti dalla procedura fino al momento dell'eventuale omologa¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Dal deposito dell'istanza di blocco presso il registro delle imprese possono decorrere fino a 30 giorni per la fissazione dell'udienza; quindi all'udienza il Tribunale può confermare il blocco e fissare un termine fino a 60 giorni per il deposito dell'accordo e di tutta la documentazione; infine, dal giorno del deposito dell'accordo, il blocco si protrae per altri 60 giorni.

Da parte di alcuni autori si è contestato come troppo breve il termine di durata del blocco, fissato in soli 60 giorni, perché il procedimento di omologazione potrebbe anche richiedere più tempo¹⁴⁹

Si ritiene che il blocco debba operare nei confronti di tutti i creditori, visto che la richiesta è finalizzata a completare le trattative che, in partenza, non escludono alcun creditore; si ritiene, però, anche che il blocco non possa coinvolgere e vincolare i creditori dichiaratisi estranei anche alla trattativa.

Il blocco delle azioni esecutive e cautelari non include anche il ricorso di fallimento, perché si considera che esso non rientri tra le azioni esecutive, trattandosi di procedimento concorsuale che garantisce la par condicio tra tutti i creditori e, quindi, evita in radice che qualcuno di essi possa avvantaggiarsi sul patrimonio del debitore a discapito di altri creditori aventi pari diritto.

Inoltre, alcuni autori ¹⁵⁰ hanno motivato l'esclusione dell'estensione della protezione anche alla procedura per la dichiarazione di fallimento, "rimarcando che tra l'omologa di cui all'art. 182 bis e il procedimento previsto ai sensi dell'art. 15 L.F. sussista un rapporto di pregiudizialità, costituendo gli ADR uno strumento alternativo al fallimento (...) che escludono il ricorso alla procedura di fallimento in quanto idonei a superare l'insolvenza, che rappresenta il presupposto per la dichiarazione di fallimento stessa ¹⁵¹. Tale rapporto di pregiudizialità comporta la necessaria riunione e trattazione congiunta delle due procedure (fallimento ed ADR) con esame pregiudiziale della richiesta di

¹⁴⁹ D'ORAZIO, Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo il D.L. 78/2010. Dal piano al controllo del Tribunale, in Giur. merito, 2011, 470.

¹⁵⁰ D. ROMANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del d.l. 83/2012,* in Giust. civ. fasc. 10, 2013, 579.

¹⁵¹ Cfr. Trib. Milano 25 marzo 2010, cit.; Rolfi, op. cit., 92. V. anche App. Milano 21 giugno 2011, cit., in cui si afferma che la presentazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti non impedisce l'inizio o la prosecuzione di un procedimento per dichiarazione di fallimento. Nell'ipotesi di contemporaneo pendenza del procedimento di ristrutturazione di ristrutturazione dei debiti e per dichiarazione di fallimento, si potrà far luogo alla dichiarazione di fallimento solo qualora la crisi in cui versa il debitore sia irreversibile, dovendosi altrimenti dar corso alla prima procedura. Sul punto, v., tuttavia, Trib. Milano 10 novembre 2009, cit., in cui si afferma che « non è condivisibile l'assunto che l'istanza di fallimento sarebbe inibita al pari di ogni azione esecutiva o cautelare dal deposito dell'accordo di ristrutturazione. L'art. 182-bis, infatti, dispone la provvisoria sospensione delle procedure esecutive (e cautelari) sul presupposto che queste possano porre vincoli sul patrimonio a vantaggio di alcuni creditori, pregiudicando al contempo la libera disponibilità del patrimonio. Ma l'istanza di fallimento non è ex se idonea né a determinare tale pregiudizio, né a creare o consolidare posizioni di vantaggio per alcuni creditori soltanto. Ad ogni modo, se anche si ritenesse possibile superare questa prima obiezione, si porrebbe subito un altro insormontabile ostacolo interpretativo, di carattere sistematico. La richiesta di fallimento presentata da un creditore o dal pubblico ministero introduce infatti un tema decisionale estraneo alla singola procedura esecutiva o cautelare, ovvero la verifica delle capacità del debitore di adempiere la generalità delle sue obbligazioni con mezzi normali ed alle scadenze previste».

omologa dell'accordo, in quanto quest'ultima potrebbe rimuovere la situazione di insolvenza dell'impresa ed in tal modo eliminare il presupposto per la declaratoria di fallimento».

Il secondo effetto importante derivante dal preaccordo o dall'accordo è la paralisi di tutte le iniziative individuali dirette ad acquisire titoli di prelazione (pegni, privilegi ed ipoteche) in danno del debitore ed a discapito degli altri creditori, a meno che non siano stati concordati con l'imprenditore.

Si deve ritenere che, se nonostante il blocco siano stati acquisiti titoli di prelazione in violazione della norma, essi debbano intendersi del tutto inefficaci nei confronti non solo del debitore, ma anche e soprattutto nei confronti dei creditori. In questi casi è da valutare se l'eventuale acquisizione sia del tutto nulla o semplicemente inefficace e, quindi, se essa possa tornare operativa e valida in caso di interruzione o mancata conclusione del procedimento.

La novità, però, probabilmente più interessante introdotta dal D.L. 83/2012 riguarda l'esenzione della società dagli obblighi previsti dagli artt. artt. 2446, comma 2 e 3 c.c., 2447 c.c., 2482 bis comma 4, 5 e 6 c.c. e, conseguentemente l'art. 2482 ter c.c. che impone lo scioglimento della società e, quindi, la sua messa in liquidazione, in caso di riduzione del capitale sotto il minimo di legge o la perdita del capitale e la mancata ricapitalizzazione.

La disapplicazione delle norme suddette e degli obblighi previsti dura fino al momento in cui il Tribunale decide sul ricorso per l'omologazione, in quanto, dopo l'eventuale provvedimento, gli obblighi derivanti dalla perdita del capitale tornano in vigore e, quindi, la società è tenuta anche nel corso dell'esecuzione dell'accordo omologato a dare corso a tutti i necessari provvedimenti di natura straordinaria aventi ad oggetto il capitale sociale.

La ratio della disapplicazione risiede, evidentemente, nell'esigenza di favorire l'imprenditore in crisi nel corso delle operazioni di ristrutturazione del debito, evitando che egli, nell'incertezza se gli accordi saranno omologati o meno, debba prendere provvedimenti sul capitale che, in mancanza di risorse e terzi interessati, bloccherebbero sul nascere qualsiasi aspirazione di salvataggio. D'altra parte, in tali ipotesi, il Piano di risanamento posto al centro dell'accordo dovrà necessariamente prevedere tempi, modi e mezzi per riequilibrare la situazione patrimoniale e finanziaria della società anche nel rispetto delle normative previste in materia di ripristino del capitale ridotto per perdite.

In forza dell'esenzione gli amministratori delle società potranno legittimamente trattare i dettagli dell'accordo senza dover temere di incorrere nelle responsabilità conseguenti la mancata adozione dei provvedimenti imposti dalla legge in caso di riduzione o perdita del capitale sociale. Ove la trattativa dovesse richiedere tempi lunghi, l'amministratore avrà la facoltà di depositare la sola proposta di accordo prevista dall'art. 182 bis, comma 6 L.F. che fa scattare l'esenzione e, quindi, procedere con maggiore calma alla chiusura della negoziazione ed alla preparazione della documentazione da allegare al ricorso.

L'ultimo comma dell'art. 182 sexsies L.F. stabilisce espressamente che "(...) resta ferma per il periodo anteriore al deposito della domanda e della proposta (...) l'applicazione dell'art. 2486 c.c." e ciò sta ad indicare che l'amministratore, nelle more della negoziazione e prima che abbia depositato il ricorso o la domanda di preaccordo, può "continuare la negoziazione con i creditori al fine di addivenire ad un accordo di ristrutturazione (...) senza dover adottare una delle azioni previste ai sensi dei summenzionati articoli; nelle more di tale negoziazione, tuttavia, gli stessi non potranno compiere atti di straordinaria amministrazione" 152.

L'esenzione termina con il provvedimento del Tribunale che accoglie o rigetta il ricorso per l'omologazione.

2.6 LE DIVERSE TIPOLOGIE DI FINANZIAMENTO - LA PREDEDUZIONE — L'ESENZIONE DA REVOCATORIA

Lo stato di crisi patrimoniale e finanziaria di un'azienda è sempre accompagnata da mancanza di liquidità e non v'è possibilità concreta di risanamento e ripresa dell'attività se non favorendo l'acquisizione di nuova finanza e, quindi, garantendo il "finanziatore" da ogni rischio di perdere il credito e l'imprenditore dal rischio di commettere eventuali reati fallimentari.

La necessità di finanziamento, quindi, può sorgere in diversi momenti durante la gestione del programma di risanamento e, per tale motivo, la normativa sugli ADR, come integrata dal D.L. 83/2012 e dal D.L. 83/2015 con l'introduzione e la successiva modifica degli artt. 182 quater e 182 quinquies L.F. disciplina le diverse ipotesi di finanziamento richiesto dall'imprenditore:

- finanziamento ponte (art. 182 quater, comma 2, L.F.);
- finanziamento urgente (art. 182 quinquies, comma 3, L.F.);
- finanziamento richiesto dopo la domanda per gli ADR (art. 182 quinquies, c.1, L.F.);

¹⁵² D. ROMANO, op. cit. 579

- finanziamento durante l'esecuzione degli ADR (art. 182 quater, comma 1 L.F.).

Si precisa che già l'art.111 L.F. dovrebbe assicurare la prededuzione dei crediti sorti in occasione o in esecuzione degli accordi di ristrutturazione stante la loro natura concorsuale. Il legislatore, però, ha voluto specificamente disciplinare l'applicazione del beneficio della prededuzione anche per i finanziamenti relativi agli ADR, prima con la riforma introdotta con il D.L. 78/2010 e poi con il D.L. 83/2012 che ha esteso l'applicazione del beneficio anche ai finanziamenti eseguiti da terzi soggetti che non rivestono la qualifica di banche o intermediari finanziari.

Il primo tipo di finanziamento, il cd. **finanziamento ponte**, viene di norma richiesto dall'imprenditore nel periodo della preparazione dell'accordo e del relativo ricorso ed ha la funzione di fornire all'azienda quella liquidità necessaria per garantire la continuità aziendale nel corso delle trattative (ad es. fornitori o dipendenti), il pagamento dei costi di predisposizione dell'accordo (ad es. professionisti o tecnici), o anche solo conservare quel minimo di solvibilità in attesa che intervengano le misure di protezione automatica del patrimonio aziendale.

Il credito derivante dal finanziamento ponte è protetto dalla prededucibilità a patto che vi siano tutte le condizioni previste dall'art. 182 quater comma 2 L.F. e cioè che i finanziamenti siano davvero funzionali al raggiungimento dell'accordo e, quindi, alla predisposizione della domanda, che siano previsti dall'accordo e che la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento di omologazione.

La disciplina, in realtà, non è particolarmente garantista nei confronti del finanziatore, in quanto il prestito viene chiesto e concesso prima che il finanziatore abbia modo di verificare che il suo credito sia stato inerito nella domanda o che il Tribunale lo abbia espressamente approvato. Appare, quindi, improbabile che un finanziatore non legato da un interesse specifico al buon esito della procedura o diversamente garantito, possa dichiararsi disponibile a concedere un "prestito ponte", che aiuti il debitore ad arrivare alla presentazione della domanda di omologazione dell'accordo, senza aver ricevuto le necessarie assicurazioni sulla recuperabilità del credito.

La finanza ponte, in teoria, può essere erogata anche dallo stesso socio, ma, in questo caso, a differenza della disciplina innanzi esaminata che riguarda il finanziatore terzo, il credito del socio può diventare prededucibile solo nella misura massima dell'80% di quanto erogato, salvo che il finanziatore non abbia acquisito la qualità di socio in

esecuzione dell'accordo di ristrutturazione, nel qual caso la prededucibilità copre l'intera somma finanziata.

Si ricorda che questa categoria di creditori è esclusa dal calcolo del 60% richiesto dalla legge per l'ammissibilità dell'accordo di ristrutturazione (art. 182 *quater*, comma 4, L.F.).

Naturalmente, soprattutto nel caso della finanza ponte, si potrebbe porre il problema se il finanziatore possa essere considerato responsabile in sede civile o in sede penale in caso di fallimento dell'imprenditore. Ove, però, il finanziamento abbia le caratteristiche di urgenza, necessità e destinazione sopra indicate, appare improbabile che possa poi essere addebitato al finanziatore una responsabilità di qualche natura in caso di esito negativo del procedimento ed aggravare la sua posizione oltre il rischio di aver perso tutto o parte delle somme erogate.

L'art. 182 quinquies, comma 3, L.F. disciplina l'ipotesi in cui l'imprenditore chiede ed ottiene dal Tribunale l'autorizzazione per contrarre un **finanziamento urgente** che egli ritiene e dimostra essere indifferibile e necessario.

Si tratta, quindi, di finanziamenti desinati a porre rimedio a situazione di urgente necessità per la prosecuzione dell'attività aziendale e, quindi, per il buon esito dell'eventuale accordo.

L'autorizzazione va richiesta o con il ricorso per l'omologazione degli accordi o con la proposta di accordo e il Tribunale dovrà valutare se effettivamente c'è l'urgenza rappresentata dal ricorrente e, quindi, il pericolo di pregiudizio irreparabile all'azienda; la destinazione dei finanziamenti di cui si chiede la prededuzione e, quindi, che sono davvero funzionali all'attività aziendale; se non vi sono altre fonti di provvista interne all'azienda che potrebbero essere utilizzate in sostituzione del finanziamento richiesto. Considerata l'urgenza non è richiesta l'attestazione del professionista.

Il Tribunale decide in Camera di Consiglio con decreto motivato entro dieci giorni dalla presentazione dell'istanza.

La terza ipotesi di finanziamento possibile disciplinata (anche) nel caso degli ADR è il finanziamento richiesto dopo la presentazione della domanda di omologazione degli accordi.

Ai sensi dell'art. 182 *quinquies*, comma 1, L.F. il debitore, con la presentazione della domanda di omologazione degli accordi o con la presentazione della proposta di accordi, può chiedere al Tribunale l'autorizzazione a stipulare contratti di finanziamento che siano

"funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori". In questo caso, quindi, la destinazione del finanziamento deve essere valutata in relazione all'interesse specifico dei creditori.

La domanda va corredata dell'attestazione del professionista il quale, dopo aver verificato il "il complessivo fabbisogno finanziario" dell'azienda, attesta che effettivamente il prestito di cui si chiede il beneficio della prededucibilità è davvero utile nell'interesse dei creditori e, quindi, che in mancanza le loro prospettive di soddisfacimento sarebbero inferiori.

Considerato che la motivazione della sua richiesta è l'interesse dei creditori e che non necessariamente l'interesse di questi dipende dalla prosecuzione dell'attività, si ritiene che possa essere concesso anche allo scopo di migliorare le possibilità di liquidazione concordata con i creditori.

Questa categoria di finanziamento è esente da rischio di revocatoria perché atto esecutivo dell'accordo di ristrutturazione. Inoltre, considerato che l'art. 217 bis L.F. richiama anche l'art. 182 quinquies L.F. e che il finanziamento è stato espressamente autorizzato dal giudice, è esclusa anche l'applicabilità delle norme penali sul reato di bancarotta.

L'ultima categoria di finanziamento disciplinato dall'art. 182 *quater*, comma 1 L.F. è il **finanziamento erogato in esecuzione degli accordi**.

Trattasi dei finanziamenti maggiormente garantiti perché erogati solo dopo che gli accordi siano stati omologati ed in funzione dell'esecuzione del Piano. Naturalmente, per potersi considerare eseguiti in funzione del Piano, sarebbe opportuno che siano specificamente indicati nel Piano come parte integrante della provvista finanziaria necessaria alla sua buona esecuzione, anche se la norma non lo richiede espressamente.

La prededucibilità opera naturalmente anche (e soprattutto) in caso di eventuale fallimento successivo, così come opera l'esenzione dalla revocatoria.

La provvista finanziaria necessaria alla prosecuzione dell'attività aziendale ed al suo risanamento può essere reperita dall'imprenditore in crisi anche da fonti cd. interne, ad esempio, attraverso eventuali aumenti di capitale, oppure mediante l'emissione di obbligazioni, o ancora mediante la conversione dei crediti in capitale.

Quest'ultima ipotesi è tra le più interessanti, considerato che lo strumento della conversione dei crediti – tutti o in parte – in capitale appare lo strumento ideale per i creditori istituzionali per assecondare il piano di risanamento e legare il recupero dei

propri crediti, in linea teorica anche in via integrale, al successo del risanamento, specie quando esso rappresenti l'unica possibilità di evitare la perdita integrale dei crediti vantati.

Nel caso VEGAGEST, le banche creditrici rappresentavano la categoria di creditori del Fondo ASTER più significativa ed esse erano ben consapevoli – altrimenti non avrebbero mai aderito alla proposta – che l'unica speranza di recuperare almeno parte dei loro crediti dipendeva dal completamento dell'iniziativa immobiliare e dal suo realizzo sul mercato.

Le ultime considerazioni in materia di finanziamenti riguardano i casi in cui la nuova finanza proviene proprio dai soci dell'azienda in crisi. La normativa attuale, però, come posto in evidenza da alcuni autori¹⁵³, lascia aperta la discussione sul trattamento dei finanziamenti soci cd. interinali.

L'art. 182 quater, comma 3 L.F. stabilisce che "in deroga agli articoli 2467 e 2495 quinquies c.c., il primo ed il secondo comma del presente articolo si applicano anche ai finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'80% del loro ammontare. Si applicano i commi 1 e 2 quando il finanziatore ha acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (...)".

La norma, quindi, dispone che i finanziamenti ponte (art. 182 quater, comma 2, L.F.) e quelli in esecuzione (art. 182 quater comma 1 L.F.) se eseguiti dai soci sono protetti dalla prededuzione fino all'80% del loro ammontare e ciò in deroga agli artt. 2467 e 2497 quinquies c.c. Il problema che è stato posto, allora, è quale trattamento sia riservato ai finanziamenti dei soci ex art. 182 quinquies L.F. ovvero quelli cd. interinali¹⁵⁴.

¹⁵³ L MANDRIOLI, *I finanziamenti soci "interinali" nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Giur. comm.,* fasc. 4, 1° agosto 2019, pag. 615.

¹⁵⁴ Secondo L Mandrioli, op. cit. nota n.4: «Ossia quelli effettuati, secondo l'indirizzo prevalente che qui si ritiene di dover accogliere, nel periodo di tempo intercorrente tra il deposito della domanda, anche ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., di concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o di una proposta di accordo ex art. 182-bis, comma 6, l. fall. ed il successivo decreto di omologa». Conf., fra i tanti che hanno affrontato l'ampio tema della nuova finanza erogata dagli istituti di credito, LAMANNA, La definizione normativamente restrittiva dei "finanziamenti interinali" in contrapposizione ai "finanziamenti ponte", in www.ilfallimentarista.it, 18 marzo 2013; M. Rossı, Capitale di rischio e capitale di credito nel fallimento delle società, in www.judicium.it, 17 ottobre 2013, 16; DIDONE, La prededuzione dopo la L. n. 134 del 2012 (prededuzione "ai sensi" e prededuzione "ai sensi e per gli effetti"?), in Fallimento, 2013, 914 e 915. SANTORO, I finanziamenti interinali "urgenti" nel preconcordato e nel preaccordo di ristrutturazione, in La nuova mini-riforma della legge fallimentare, a cura di Sandulli e D'Attore, Torino, Giappichelli, 2016, 270 e 271, "sottolinea come la finanza "interinale" sia finalizzata a sopperire alle esigenze di liquidità dell'impresa in relazione ad un limitato arco temporale, che va dal deposito in cancelleria della domanda di ammissione con riserva al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, o, ancora, della proposta di accordo ai sensi dell'art. 182-bis, comma 6, I. fall." (nota n.4 Mandrioli op. cit.).

La questione, comunque, è stata risolta con il nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza visto che l'art. 102 ha disciplinato specificamente i finanziamenti dei soci stabilendo che gli stessi godono del beneficio della prededucibilità in tutti i casi e sempre nel limite dell'80%. Fino alla sua entrata in vigore, però, il problema esiste e dà adito a discussioni.

Secondo il Mandrioli, l'art. 182 quater comma 3 L.F. è una norma eccezionale, perché deroga alla norma di diritto comune della postergazione prevista dagli artt. 2467 e 2479 quinquies c.c. e - al tempo stesso - speciale, poiché amplia la platea dei soggetti che beneficiano della prededuzione, aggiungendo anche il socio finanziatore. La stessa norma, però, regola esclusivamente le due fattispecie previste dal comma 1 e dal comma 3 dell'art. 182 quater L.F. e ciò indurrebbe a pensare che sia esclusa la fattispecie prevista dall'art. 182 quinquies L.F. L'autore, però, ritiene che la formulazione di tale ultima norma che escluderebbe dal beneficio della prededuzione i finanziamenti interinali erogati dai soci non avrebbe alcuna ratio rispetto all'impianto normativo che regola la prededuzione dei finanziamenti effettuati dai soci e quindi, si pone il problema e lo risolve in senso positivo, se sia possibile applicare in via analogica la disposizione dell'art. 182 quater comma 3 L.F. anche alla fattispecie di cui all'art. 182 quinquies L.F.

Egli rileva, infatti, che "In conclusione, non vi dovrebbero essere ostacoli ad ammettere che l'art. 182-quater, comma 3, l. fall. — il quale, come si è già visto nel § che precede, è norma tanto eccezionale quanto speciale — possa essere applicato per analogia anche ai prestiti-soci "interinali" di cui all'art. 182-quinquies l. fall., i quali finirebbero in tal modo per godere — in deroga alle disposizioni di cui agli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. — della prededuzione «fino alla concorrenza dell'80 per cento del loro ammontare»

2.7 ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE CON BANCHE ED INTERMEDIARI FINANZIARI

La riforma del 2015 (D.L. 83/2015) ha ampliato il *corpus* degli accordi di ristrutturazione dei debiti inserendo un tipo particolare di accordo disciplinato dall'art. 182 *septies* commi 1, 2, 3, 4, 7 ed 8 L.F. (i commi 5 e 6 disciplinano la convenzione di moratoria di cui al successivo §2.8).

Il "titolo" del nuovo strumento, come indicato dallo stesso art. 182 *septies* è "*Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari* (...)" perché vi possono accedere solo le imprese in crisi indebitate prevalentemente con banche o intermediari finanziari.

La novità dell'istituto consiste nella possibilità per l'impresa debitrice di raggiungere l'accordo con la maggioranza delle banche creditrice e così vincolare all'accordo anche la minoranza degli istituti non aderenti. Lo spirito della norma, naturalmente, è quello di

evitare che una minoranza di creditori blocchi immotivatamente il risanamento anche quando non vi sono alternative migliori.

Condizione per accedere a questa forma particolare di accordo, come detto, è che l'impresa (individuale o collettiva) abbia almeno la metà del proprio indebitamente verso banche ed istituti finanziari; inoltre, per poter chiedere l'estensione degli accordi anche alle banche non aderenti, è necessario che l'intesa sia stata raggiunta con tanti creditori bancari che rappresentino almeno il 75% dei crediti complessivi della categoria.

Sotto un profilo operativo è indispensabile che il debitore riunisca tutti gli istituti bancari/finanziari in una categoria (classe) e poi raggiunga l'accordo con tanti creditori che rappresentino almeno il 75 % dei crediti di quella categoria; a quel punto, il debitore può chiedere l'estensione dell'accordo anche nei confronti delle banche non aderenti alle stesse condizioni pattuite con tutti gli altri partecipanti della categoria. Naturalmente, l'accordo nell'ambito della categoria deve essere uguale per tutti e non possono essere previste differenze di trattamento o accordi separati. La partecipazione alla categoria deve essere disposta seguendo un criterio di comunanza di posizioni giuridiche o di interessi; un criterio comunque omogeneo e coerente. La norma, in realtà, nulla dice in relazione alla composizione delle categorie, ma, verosimilmente si può fare riferimento alla prassi adottata per le procedure concordatarie. Nello specifico, le banche e gli istituti finanziari potrebbero essere riuniti per natura o tipologia del credito vantato (breve termine o lungo termine) oppure per eventuali garanzie possedute (ipotecari o chirografari).

L'art. 182 septies comma 3 precisa che non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni precedenti la pubblicazione dell'accordo, sicché il debitore potrebbe legittimamente includere la banca che ha acquisito un'ipoteca giudiziale nel termine predetto tra gli Istituti chirografari e non tra quelli ipotecari e quindi obbligarla allo stesso trattamento degli altri creditori della medesima categoria non assistiti da alcuna garanzia.

La logica di tale norma dovrebbe risiedere nel fatto che gli Istituti di credito che, come detto, hanno strutture, capacità e strumenti per seguire l'evolversi dell'eventuale crisi del cliente, non possono essere all'oscuro delle sue condizioni effettive nei mesi immediatamente antecedenti l'emersione ufficiale dello stato di crisi. La disposizione, quindi, neutralizza eventuali corse in avanti di alcune banche anche in danno delle altre, oltre che dello stesso imprenditore in difficoltà. Infine, non va dimenticato che, ai sensi dell'art. 67 L.F., l'eventuale ipoteca giudiziale potrebbe essere resa inefficace dagli altri

istituti di credito con la richiesta di fallimento dell'impresa entro l'anno dalla iscrizione, con la conseguenza che le possibilità di accordo sfumerebbero del tutto.

L'estensione degli effetti dell'accordo raggiunto con la maggioranza dei creditori bancari e finanziari di una categoria anche agli altri appartenenti alla medesima categoria, considerato che comporta una chiara deroga al principio generale per il quale il contratto è vincolante solo tra le parti che l'hanno sottoscritto, richiede alcune condizioni inderogabili (art. 182, comma 2, L.F.): la prima è che tutti i creditori della categoria interessata siano stati debitamente e compiutamente informati delle trattative e del contenuto di massima dell'accordo che si intende raggiungere; la seconda è che tutti siano stati messi nelle condizioni di partecipare alle trattative in buona fede; l'ultima è che i crediti delle banche aderenti rappresentino almeno il 75% dei crediti della categoria.

L'estensione degli effetti, naturalmente, non significa che si può pretendere che i creditori non aderenti eseguano le stesse prestazioni cui si sono dichiarati disponibili gli altri creditori, come, ad esempio, la concessione di affidamenti.

Il Tribunale prima di decidere sull'omologazione in Camera di Consiglio con decreto motivato, può nominare un ausiliario per verificare se sono state rispettate le condizioni previste per l'estensione di cui alla norma citata. Al riguardo, va considerato che, ai fini dell'omologazione, è indispensabile (art. 182 septies, comma 4, lett. a), b) e c) L.F. che il giudice verifichi che effettivamente: a) che tutti i creditori per i quali si chiede l'estensione abbiano posizione giuridica ed interessi economici omogenei; b) che tutti siano stati compiutamente informati della situazione patrimoniale e finanziaria della debitrice e dell'accordo raggiunto e che siano stati messi in condizione di partecipare alla trattativa; c) che possano risultare soddisfatti in base all'accordo in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente attuabili. Quest'ultima condizione rappresenta una sorta di *cram down* italiano.

L'introduzione della norma si è resa necessaria in quanto la pratica degli accordi di ristrutturazione ha dimostrato che lo strumento è particolarmente adatto a risolvere le crisi delle aziende indebitate soprattutto con pochi creditori la cui maggioranza si appartenga alla categoria delle banche e degli intermediari finanziari. È proprio la struttura seminegoziale degli ADR che favorisce il raggiungimento di un accordo quando non è necessario interloquire con un numero di creditori troppo elevato e, quando essi sono costituiti prevalentemente da banche. La norma ha cercato di neutralizzare e ridurre al

minimo il rischio di dover sottostare alle pretese d alcune banche "minori" in danno anche delle altre più disponibili al dialogo ed alla definizione transattiva.

La tutela dei diritti spettanti ai creditori di "minoranza" viene assicurata con l'obbligo del Tribunale di verificare la sussistenza delle condizioni innanzi indicate e soprattutto con il test del *cram down* cui l'accordo deve essere sottoposto.

La norma sull'estensione degli effetti dell'accordo anche alla minoranza delle banche Istituti finanziari non aderenti, come vedremo nel III capitolo, è stato poi esteso a tutte le categorie di creditori e ciò sempre al fine di favorire le soluzioni negoziali di gestione delle crisi aziendali.

2.8 CONVENZIONE DI MORATORIA

La situazione di crisi aziendale può essere gestita con modalità ed interventi differenti in funzione delle esigenze specifiche dell'azienda stessa. In taluni casi, l'imprenditore può avere interesse a pattuire con le banche creditrici un accordo diretto solo a dilazionare nel tempo il pagamento dei propri debiti: questo accordo si definisce "convenzione di moratoria".

I commi 5, 6 e 7 dell'art. 182 septies L.F. disciplinano questo istituto e consentono al debitore, praticamente alle stesse condizioni previste dai primi commi del citato articolo per l'accordo di ristrutturazione con banche ed in deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c., di chiedere l'estensione della convenzione di moratoria anche a quegli istituti di credito che, benché inclusi nella stessa categoria per omogeneità di situazioni giuridiche o di interessi, non si siano dichiarati disponibili alla trattativa.

Come nel caso degli accordi di ristrutturazione con banche, anche in questo caso, è indispensabile che il debitore abbia raggiunto un accordo con tanti creditori che rappresentino almeno il 75% dei crediti complessivi vantati dalle banche riunite nella medesima categoria e che siano state rispettate le altre condizioni previste e cioè che tutti i creditori, previamente informati, siano stati messi nelle condizioni di partecipare alla trattativa, e che l'istanza sia accompagnata da una relazione di un professionista indipendente che attesti l'omogeneità delle posizioni e degli interessi dei creditori interessati dalla convenzione di moratoria di cui si chiede l'estensione.

Anche in questo caso è concesso ai creditori di proporre opposizione ed il Tribunale decide con decreto motivato avverso il quale è sempre proponibile il reclamo alla Corte di Appello.

2.9 Trattamento dei crediti tributari e contributivi

La disciplina relativa alle transazioni fiscali è stata introdotta nel nostro ordinamento (art. 182 ter L.F.) con la prima riforma del 2005 (D.L. 35/2005) ed è stata progressivamente modificata e integrata con le successive riforme innanzi esaminate, fino ad assumere la sua veste definitiva a seguito dell'intervento legislativo del 2016 (L.232/2016).

L'articolo di legge è attualmente intitolato "*Trattamento dei crediti tributari e contributivi*" a dimostrazione della consapevolezza acquisita dal Legislatore che le transazioni per debiti di natura fiscale non potevano escludere quelle di natura contributiva, altrimenti anche le prime si sarebbero rivelate il più delle volte inutili.

Trattasi, come detto nei paragrafi precedenti, di una riforma "teoricamente" importante perché finalizzata ad incrementare le possibilità dell'impresa in crisi di ristrutturare i debiti e tentare la via del risanamento. Solo teoricamente, però, perché come rilevato anche da alcuni studiosi¹⁵⁵ il titolo dell'articolo include la parola "transazione" a voler indicare la finalità dell'istituto, quando, invece, nella prassi è difficile, se non impossibile, che gli enti destinatari della transazione siano disponibili a concedere qualcosa di più della mera dilazione di pagamento e, solo in casi eccezionali, lo stralcio delle sanzioni e degli interessi.

La disciplina attuale è incentrata su una proposta di transazione fiscale o previdenziale da presentare, secondo le modalità indicato nella norma citata, nel corso delle trattative per la stipula dell'accordo di ristrutturazione.

La proposta potrà avere ad oggetto sia il pagamento parziale che dilazionato del tributo e dei relativi accessori ed a seguito della richiamata riforma del 2016, a far data dal 1° gennaio 2017, è stato soppresso ogni limite al tributo oggetto di potenziale transazione, sicché possono ora essere trattati anche l'IVA, le ritenute non versate ed anche i tributi costituenti risorse dell'UE. La possibilità di definire in via transattiva anche i debiti per IVA e ritenute non versate è stata confermata anche dall'Agenzia delle Entrate 157

¹⁵⁵ A. CORTI, M. LAMPERTI, La transazione fiscale e previdenziale: prassi applicative attuali criticità dell'istituto, in Riv. dott. comm., fasc. 3, 2013, 531.

¹⁵⁶ Prima della riforma la legge escludeva dalla transazione l'IVA e le ritenute operate e non versate. L'estensione a qualsiasi tipo di tributo è stata disposta per favorire ancora di più il successo delle procedure dirette ad evitare il fallimento delle imprese in crisi (concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione dei debiti), in quanto era proprio l'impossibilità di intervenire sui debiti fiscali che bloccava sulla nascita la gran parte dei tentativi di risanamento aziendali. Inoltre, la decisione è stata assunta anche in coerenza con la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (C. Giust. UE 7 aprile 2016 causa C-546/14) e con l'orientamento del Fisco di privilegiare recuperi anche ridotti ma più celeri.

¹⁵⁷ Circolare AE 23 luglio 2018 n.16/E)

È dubbio se la transazione fiscale comprenda anche i tributi locali (Imu, Tari, etc.) visto che non sono gestiti dalle Agenzie fiscali, mentre l'art. 182 ter L.F. fa riferimento esplicito solo ad esse.

La norma prevede, però, una serie di limiti alla transazione dei debiti fiscali e precisamente: a) i crediti tributari chirografari non possono subire un trattamento diverso dagli altri creditori chirografari e, se divisi in classi, da quelli meglio trattati; b) per i crediti tributari privilegiati, analogamente a quanto previsto per i crediti chirografari, percentuali e tempi di pagamento non possono essere peggiori di quelli previsti per i crediti assistiti da garanzie di valore inferiore.

La proposta di transazione va presentata presso gli uffici competenti corredata della documentazione prevista dall'art. 161 L.F. e, soprattutto, di una dichiarazione sostitutiva a firma del debitore che la documentazione prodotta rappresenta fedelmente ed integralmente la situazione dell'impresa, nonché di una relazione redatta da un professionista dove viene rappresentata la convenienza della proposta rispetto alle alternative concretamente attuabili. Una sorta di *cram down* fiscale che sarà oggetto di specifica valutazione da parte del Tribunale (art. 182 ter comma 5, 1° e 3° periodo L.F.). Se la proposta è ritenuta meritevole di accoglimento, l'atto viene sottoscritto dagli uffici competenti e l'assenso equivale a sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis L.F. L.F.

Gli impegni di pagamento assunti dal debitore vanno rispettati rigorosamente, altrimenti, in caso di mancato adempimento entro 90 giorni dalle scadenze previste, la transazione fiscale nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione si risolve di diritto (art. 182 *ter*, comma 6, L.F.).

In conclusione, l'introduzione dell'istituto ha dato il senso del favore con il quale il Legislatore vedrebbe le transazioni anche in sede fiscale e contributiva, specie quando finalizzate al salvataggio dell'impresa. Naturalmente, la normativa andrebbe raccordata con precise disposizioni degli enti preposti affinchè da parte degli stessi ci sia maggiore elasticità ed apertura verso riduzioni in via transattiva anche drastiche del credito vantato in termini di capitale, sempre che la debitoria si sia prodotta nonostante un comportamento in buona fede da parte dell'imprenditore.

2.10 GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI ED I GRUPPI DI IMPRESE

Le norme sugli ADR non disciplinano l'ipotesi in cui a dover far ricorso allo strumento di gestione della crisi sia non una società ma più società facenti parte del medesimo gruppo.

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha previsto una serie di disposizioni (art-284 e ss.) relative proprio ai gruppi di impresa, ma sono dirette a disciplinare la gestione delle stesse sotto il solo profilo procedurale e non sotto quello sostanziale, come vedremo più nel dettaglio nel capitolo che segue.

Il tema della gestione della crisi d'impresa riferita alle società facenti parte di un "Gruppo" è tema sensibile e delicato perché si tratta di conciliare le inevitabili sinergie (e interferenze) gestionali, finanziarie ed operative tra le dette società ed i principi generali che stabiliscono, al contrario, come ogni entità abbia piena e completa autonomia giuridica ed ogni entità debba necessariamente gestire e tutelare le specifiche individuali situazioni patrimoniali e finanziarie.

In linea di principio, se si volesse ipotizzare il contestuale ricorso da parte di più società ad uno o più strumenti di gestione della crisi, nel rispetto dell'impianto normativo attuale, ciascuna società dovrebbe predisporre un proprio personale accordo di ristrutturazione che coinvolga i soli propri creditori. Verosimilmente, però, ciascun accordo potrà fare riferimento ad un medesimo Piano di ristrutturazione di gruppo ovvero che coinvolga le diverse società interessate se esse operano, in quanto appartenenti al medesimo gruppo, in sinergia tra loro. Naturalmente, la costruzione di un piano di risanamento di gruppo che tenga conto dei rapporti tra le varie società e contemporaneamente sia fondato sul principio della separazione e della tutela di ciascun singolo patrimonio è opera quanto meno ardua.

Sempre in linea teorica, dovrebbe essere possibile ipotizzare un unico documento contrattuale che comprenda i singoli accordi, anche per meglio illustrare la strategia e le operazioni che le diverse società contano di effettuare; naturalmente, l'unico ipotetico accordo dovrà comunque tenere sempre distinti i patrimoni, le obbligazioni e gli impegni di ciascuna società.

Parimenti dovrebbe essere possibile anche redigere una sola relazione attestata da parte di un unico professionista incaricato dalle diverse società del gruppo. Tale opzione appare ancor più necessaria allorquando il Piano integra le operatività delle società coinvolte.

La logica di un accordo di gruppo, però, dovrebbe essere quella di formulare una sorta di accordo e piano unico relativo ad un'unica entità nella quale siano confluite le posizioni di tutte le società del gruppo interessate dalla ristrutturazione. E' evidente, però che qualsiasi soluzione di gestione sostanziale (e non solo formale o procedurale) della crisi d'impresa delle società del gruppo presupporrebbe un intervento legislativo organico ed articolato, in deroga alle norme di diritto comune in materia societaria, che, da una parte, sollevi da responsabilità gli amministratori delle rispettive entità e, dall'altra, sia in grado di imporre ai creditori di ciascuna società sacrifici patrimoniali o finanziari nell'interesse superiore della sopravvivenza non più solo della singola società alla quale ciascuno di essi è direttamente interessato, ma dell'intero gruppo del quale ciascuna società è parte.

2.11 FASE GIUDIZIALE DELLA PROCEDURA DI OMOLOGAZIONE – OPPOSIZIONE – PROVVEDIMENTO DI ACCOGLIMENTO O DI RIGETTO DEL RICORSO

Entro 30 giorni dalla pubblicazione dell'accordo presso il Registro delle Imprese (art. 182 bis L.F. comma 4 L.F.) è possibile proporre opposizione avverso l'omologazione dell'accordo.

Legittimati al ricorso sono certamente i creditori dissenzienti, sebbene essi non dovrebbero avere interesse al ricorso visto che il procedimento prevede l'obbligo per il debitore di pagarli in anticipo e per intero. Si ritiene che anche essi possono essere interessati all'opposizione, ad esempio nelle situazioni nelle quali ritengono che l'accordo non abbia possibilità concrete di esecuzione e temono di non incassare quanto dovuto ed al contempo di aver consentito la protezione dalla revocatoria per gli atti e le operazioni eseguite dal debitore durante l'esecuzione degli accordi.

Legittimato ad opporsi è anche "ogni altro interessato" purché sia in grado di dimostrare l'interesse giuridico meritevole di tutela e, quindi, il pregiudizio che dall'omologazione deriverebbe ai suoi diritti. Tra i terzi potenzialmente interessati, potrebbe essere incluso il socio dissenziente di una società a responsabilità illimitata; oppure quella del socio finanziatore o socio di minoranza di una società dì capitali, oppure il creditore del creditore che teme per le sorti del suo credito se uno dei creditori aderenti è il suo creditore, o, infine, i creditori che sono stati contestati dal ricorrente.

Il Tribunale decide sulle varie opposizioni direttamente con il decreto sull'omologazione.

Prima di giungere alla decisione, però, il Tribunale deve eseguire una serie di verifiche di natura formale (controlli di legittimità) che attengono: a) alla sussistenza in capo al ricorrente dei presupposti soggettivi ed oggettivi; b) al corretto deposito di tutta la

documentazione richiesta per legge; c) all'intervenuta pubblicazione dell'accordo; d) alla sottoscrizione dell'accordo da parte delle maggioranze di creditori previsti dalla legge.

Eseguiti i controlli di natura formale ed esaminata la relazione del professionista indipendente, il Tribunale compie una valutazione sull'attuabilità dell'accordo, specie in relazione al diritto dei creditori estranei ad essere integralmente pagati nei termini di legge. Con il provvedimento di omologazione si emettono anche gli eventuali provvedimenti correlati come disporre l'estensione degli effetti dell'accordo o della convenzione di moratoria previsti dall'art. 182 septies L.F.

Abbiamo già esaminato come il Tribunale, nel procedimento degli ADR, decida sempre con decreto motivato in Camera di Consiglio che può essere sia di accoglimento che di rigetto del ricorso ed è sempre reclamabile davanti la Corte di Appello.

Con il decreto di rigetto, salvo diversa intesa tra le parti, si scioglie l'accordo e se vi è una istanza da parte di uno o più creditori può anche dichiarare il fallimento dell'imprenditore.

Il decreto di accoglimento dispone l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione e contemporaneamente dichiara la prededucibilità dei crediti relativi a finanziamenti erogati prima o contestualmente al deposito della domanda di omologazione (art. 182 *quater*, comma 2, L.F.), mentre i crediti per finanziamenti erogati in corso di esecuzione dell'accordo sono prededucibili per legge (art. 182 *quater*, comma 1, L.F.) senza necessità di alcun provvedimento espresso da parte del Tribunale.

Anche il decreto del Tribunale va pubblicato presso il Registro delle Imprese e da quel momento decorrono i termini per il reclamo (15 giorni ex art. 183 L.F. richiamato dall'art. 182 bis L.F., comma 5, L.F.).

Legittimati al reclamo sono certamente i soggetti che hanno partecipato al procedimento di omologazione e, quindi, debitore (in caso di rigetto) e creditori (aderenti o meno) e verosimilmente, in applicazione dell'art. 182 bis L.F., comma 4, L.F., anche *qualsiasi altro interessato*. Appare dubbio se considerare legittimati anche i soggetti estranei al giudizio di omologazione perché ammetterli al reclamo equivarrebbe a riammetterli in termini rispetto ad una mancata opposizione all'omologazione.

Se la Corte accoglie il reclamo, revoca il decreto del Tribunale e pronuncia direttamente il provvedimento di omologazione.

Avvero il decreto della Corte di Appello, sia di rigetto che di accoglimento, secondo le

Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁵⁸ è possibile presentare ricorso straordinario per cassazione (ex art. 111, comma 7, Cost.), in quanto trattasi comunque di provvedimento decisorio e non sono previsti altri mezzi di impugnazione.

Il tema interessante relativo al provvedimento di omologazione concerne la natura del controllo da parte del Tribunale sull'attuabilità del piano.

In linea di massima, il Tribunale non dovrebbe entrare nel merito della convenienza dell'accordo sottoscritto con i creditori, non potendo valutare la discrezionalità delle scelte operate dall'imprenditore per il risanamento della sua azienda. Il controllo dell'accordo e del sottostante Piano, quindi, si dovrebbe ridurre ad un mero controllo di coerenza logica e di verosimile attendibilità delle ipotesi finanziarie ed imprenditoriali sviluppate; controllo che il Tribunale potrà eseguire solo sulla scorta della relazione del professionista indipendente.

Come esposto al precedente § 2.4.3, però, anche la relazione del professionista presenta una serie di criticità che inevitabilmente si possono riflettere sulla corretta valutazione da parte del Tribunale, in quanto esprimere un giudizio di attendibilità e soprattutto di attuabilità su un piano di risanamento, magari particolarmente complesso, articolato, sviluppato con proiezioni pluriennali e contemporaneamente basato su mere previsioni, senza elementi di certezza o addirittura sottoposto ad una molteplicità di condizioni ed eventi ignoti, come nel caso della VEGAGEST, più che uno sforzo tecnico-giuridico, richiederebbe ... un atto di fede.

La domanda, allora, che ci si deve porre è se sia possibile incidere sui diritti dei terzi non partecipanti all'accordo solo sulla base della previsione elaborata dal professionista nominato dall'imprenditore e condivisa dal giudice che, però, non ha altri elementi per valutare.

Non c'è dubbio, infatti, che il provvedimento che omologa un accordo sulla base di un programma proiettato nel tempo, priva di riscontri oggettivi, inciderà comunque sui diritti dei terzi passivamente coinvolti dall'esecuzione del Piano: sui creditori non aderenti all'accordo costretti a seguirne le sorti dalla norma sull'estensione degli effetti o sui creditori danneggiati dal beneficio delle prededucibilità o dall'esenzione della revocatoria.

Trattandosi di un provvedimento giurisdizionale, però, i terzi vanno tutelati come e più

-

¹⁵⁸ Cassazione SU 27 dicembre 2016 n.7958)

degli aderenti all'accordo proprio perché essi sono costretti a subirne le conseguenze contro la loro volontà.

È pur vero che un piano di risanamento, articolato o semplice che sia, non può che basarsi su previsioni, proiezioni ed ipotesi più o meno fondate e, quindi, sarebbe un'utopia anche solo sperare di poter omologare un piano senza avere dubbi sul suo esito. È altrettanto vero, però, che maggiori sono gli elementi di incertezza e le variabili in gioco e più alta è la percentuale di incertezza del Piano e conseguentemente maggiori sono anche i rischi a carico dei terzi.

In tale contesto, quindi, è doveroso e legittimo pretendere la massima prudenza per conciliare la duplice esigenza, da una parte, di garantire la soluzione della crisi d'impresa con il salvataggio se possibile dell'azienda e, dall'altra parte, di tutelare i diritti dei terzi coinvolti contro la loro volontà in un Piano che li vede estranei.

Probabilmente, l'unico fattore sul quale si potrebbe incidere per mirare a tale risultato è proprio la relazione del professionista perché è questo documento che, verosimilmente, costituisce il fulcro di ogni ragionamento del giudice in merito all'attuabilità del piano, sicché rafforzare l'attendibilità della relazione del professionista appare, quindi, indispensabile se si vuole continuare a preservare un procedimento dove la discrezionalità del magistrato giudicante è massima ed il rischio di assumere decisioni errate altrettanto elevato.

Non vi dovrebbe essere difficoltà a prevedere che prima dell'eventuale omologazione il Tribunale sia tenuto a nominare un proprio consulente di fiducia al quale affidare l'incarico di compiere una valutazione tecnica circa l'affidabilità e l'attuabilità concreta del piano; un consulente che sia diretta emanazione dell'organo giudicante e che possa caricarsi l'onere di esprimere un parere professionale spassionato ed oggettivo, davvero scevro da ogni vincolo.

2.12 ESECUZIONE DEGLI ACCORDI - INADEMPIMENTO

Intervenuto il provvedimento di omologazione, l'imprenditore deve dare corso all'esecuzione degli impegni assunti nell'accordo sia con i creditori aderenti e sia nei confronti dei creditori non aderenti nel rispetto dei termini di legge.

In caso di inadempimento nei confronti dei creditori non aderenti, nel silenzio della legge, certamente essi possono promuovere ogni iniziativa giudiziaria utile a tutela delle loro ragioni, compresa la presentazione di eventuale ricorso per dichiarazione di fallimento. È

da considerare dubbio se essi possano chiedere la risoluzione di un accordo al quale non hanno partecipato.

In caso di inadempimento nei confronti dei creditori aderenti, il Tribunale può accogliere anche la loro richiesta di risoluzione dell'accordo con la conseguenza che i crediti ritornano nelle loro vesti originarie, oppure può anche valutare eventuali richieste di fallimento.

Nel corso dell'esecuzione degli accordi è facile che si verifichi la necessità di apportare modifiche significative al Piano e, quindi, agli accordi stessi. Nel silenzio della legge, è probabile che sia necessario formalizzare il nuovo programma, raccogliere i consensi e chiedere nuovamente l'omologazione.

È importante ribadire che in caso di risoluzione degli accordi per inadempimento, tutti gli atti compiuti prima di tale momento in esecuzione dell'accordo sono esenti da revocatoria, così come, in caso di fallimento dell'imprenditore, sono esenti da revocatoria fallimentare (art. 67, comma 3, lett. e L.F.) tutti gli atti, le operazioni, i pagamenti e le garanzie cui si è dato corso durante l'accordo ed in sua esecuzione, compresi quelli eseguiti dalla sua pubblicazione.

Al contrario, tutte le operazioni eseguite in virtù di un accordo non omologato sono sicuramente soggette a revocatoria.

Appare discutibile, invece, se siano esenti da revocatoria i pagamenti eseguiti in favore dei creditori non aderenti in caso di futuro fallimento dell'azienda. Si potrebbe ritenere che anch'essi vadano protetti rispetto all'azione revocatoria perché compiuti in esecuzione di un accordo omologato che prevedeva necessariamente il loro pagamento, ma si potrebbe anche ipotizzare che l'esenzione sia prevista solo per i pagamenti eseguiti dai creditori firmatari dell'accordo, così escludendo quelli eseguiti nei confronti dei creditori estranei.

Per quanto attiene ai finanziamenti, infine, abbiamo già esaminato come quelli ottenuti dall'impresa (e se del caso autorizzati dal Tribunale) prima dell'accordo, nella domanda o in esecuzione dello stesso, sono prededucibili; parimenti, i crediti sorti in occasione dello svolgimento delle procedure concorsuali (tra le quali far rientrare anche gli ADR) sono sempre prededucibili per legge ex art. 111 comma 2 L.F.

CAPITOLO III

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI NEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

* ***

SOMMARIO – 1. La Commissione Rordorf – La Legge delega 19 ottobre 2017 n.155 ed il D.Lgs. 12 gennaio 2019 n.14 (cd. Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza) – 2. Le principali novità del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza – 3. Gli Accordi di ristrutturazione dei debiti nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – 3.1 Introduzione e natura degli Accordi di ristrutturazione dei debiti a seguito della riforma – 3.2 Accordi di ristrutturazione dei debiti "ordinari" – 3.2.1 Requisiti soggettivi ed oggettivi – 3.2.2 Piano ed attestazione – Rinegoziazione dell'accordo o modifiche del piano – 3.2.3 Contenuto, condizioni e forma degli Accordi – 3.3 Forme particolari di Accordi di ristrutturazione dei debiti: Accordi agevolati ed Accordi ad efficacia estesa – 3.4 Transazione fiscale e accordi su crediti contributivi – 3.5 Coobbligati e soci illimitatamente responsabili – 3.6 Misure di protezione e cautelari ed effetti degli accordi sulla disciplina societaria – 3.7 I benefici e la prededuzione negli Accordi di ristrutturazione – I Finanziamenti all'azienda in crisi – 3.8 Gruppi d'imprese ed Accordi di ristrutturazione dei debiti – 3.9 Convenzione di moratoria – 3.10 Il procedimento per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti – 4. Conclusioni

* * *

1. LA COMMISSIONE RORDORF – LA LEGGE DELEGA 19 OTTOBRE 2017 N.155¹⁵⁹ ED IL D.LGS. 12 GENNAIO 2019 N.14 (CD. CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA)

Con decreto del 28 gennaio 2015 ¹⁶⁰ il Ministro della Giustizia istituiva una nuova Commissione ¹⁶¹, presieduta dal dott. Renato Rordorf (presidente di sezione della Corte di Cassazione) e composta da illustri giuristi, magistrati ed avvocati, con l'incarico di «Elaborare proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina

¹⁵⁹ Per un commento al progetto di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf e poi trasfuso nel D.Lgs. 14/2019 v., in generale, G. D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in Rivista delle Società, 2017, 517 ss.; S. Ambrosini, *La nuova crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica*, Torino, 2016, 139 ss.; M. Fabiani, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2017.

¹⁶⁰ Decreto ministeriale del 28 gennaio 2015 del Ministro della Giustizia Andrea Orlando

¹⁶¹ Sono trascorsi quasi quindici anni dalla Commissione Trevisanato (Capitolo II, § 1.3.3) che pure aveva tentato, senza successo, di pervenire ad una riforma organica della materia della crisi d'impresa.

delle procedure concorsuali». La Commissione aveva tempo fino al 31 dicembre del 2015 per presentare il suo progetto.

L'obiettivo del Governo era sempre il medesimo e cioè elaborare una riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali e delle crisi d'impresa, visto che la struttura generale della legge fallimentare e l'ideologia ad essa sottostante erano sempre quelle conferitegli dal Legislatore nel 1942, nonostante le leggi speciali emanate in favore delle grandi imprese in crisi¹⁶² e gli interventi normativi del periodo 2005-2016 esaminati nel precedente capitolo II.

Il 28 dicembre del 2015, pochi giorni prima della scadenza del termine assegnato con il decreto istitutivo, il Presidente Rordorf presentava lo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali predisposto dalla Commissione, accompagnato da un'articolata Relazione¹⁶³, con la quale illustrava il lavoro svolto per l'elaborazione del progetto, le linee guida seguite nel corso del suo sviluppo e le principali novità introdotte.

Il Parlamento sulla base del progetto della Commissione Rordorf emanava la successiva Legge 19 ottobre 2017 n. 155¹⁶⁴, con la quale delegava il Governo a adottare «uno o più decreti legislativi per la riforma organica delle procedure concorsuali di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (...)»¹⁶⁵. Nell'esercizio della delega, inoltre, il governo era invitato a tenere conto «(...) della normativa dell'Unione europea e in particolare del regolamento (UE) n. 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza, della raccomandazione 2014/135/UE della Commissione, del 12 marzo 2014, nonché dei principi della model law elaborati in materia di insolvenza dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (...)»¹⁶⁶

I richiami nella legge delega alle sollecitazioni provenienti dall'Europa erano indicativi della necessità, ormai impellente, di adeguare il sistema legislativo italiano di gestione della crisi d'impresa a quello delle legislazioni occidentali ed europee più moderne. Il Governo, quindi, era "invitato" a tenere nella dovuta considerazione la circostanza che la comunità internazionale non era più disposta a tollerare che uno dei suoi membri di

¹⁶² L. 3 aprile 1979 n.95 (cd. "Legge Prodi"), poi sostituita dal d.lgs. 8 luglio 1999 n.280 (cd. "Prodi Bis"); D.L. 23 dicembre 2003 n.347 (cd. "Legge Marzano"); D.L. 23 aprile 2008 n.80, convertito in L.23 giugno 2008 n.111 (cd. "Decreto Alitalia").

https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Rordorf_relazione_5ott2017.pdf

¹⁶⁴Legge n.155 del 19 ottobre 2017 di delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza.

¹⁶⁵ Legge delega 155/2017, art. 1 n.1.

¹⁶⁶ Legge delega 155/2017, art. 1 n.2.

maggior peso e prestigio fosse ancora fermo nella gestione delle crisi d'impresa ad una legge del 1942, che era stata, sì, ripetutamente integrata e rimaneggiata nel corso dei decenni, ma sempre senza una visione organica, moderna ed aderente alle nuove esigenze di un'economia globalizzata.

Con la legge delega del 2017, quindi, il Parlamento indicava al Governo i principi generali ed i criteri giuridici da seguire nella predisposizione di un progetto di riforma organica della ormai obsoleta legge fallimentare.

In particolare, così come indicato nel progetto licenziato dalla Commissione Rordorf, si chiedeva (art.2) che venisse prima di tutto eliminata l'espressione "fallimento" perché indicativa di un disdoro civile, economico e personale dell'imprenditore che non era più in linea con l'idea della gestione della crisi finalizzata al salvataggio ed alla ripresa dell'attività aziendale e non alla punizione dell'imprenditore fallito.

Si chiedeva che fossero definiti con chiarezza i contorni dello stato di crisi e dello stato di insolvenza e che venisse adottato un modello processuale unico per tutti i procedimenti, semplificato, celere, ispirato a criteri di maggiore economicità, applicabile a qualsiasi categoria di debitore, «sia esso persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente un'attività commerciale, agricola o artigianale, con esclusione dei soli enti pubblici (...)». Alla lettera g) dell'art. 2 si precisava anche che si sarebbe dovuta dare « (...) priorità alle proposte che comportino il superamento della crisi, assicurando la continuità aziendale anche tramite un diverso imprenditore, purché funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori (...) riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un'idonea soluzione alternativa»¹⁶⁷.

La legge delega chiedeva, inoltre, una regolamentazione specifica per il fenomeno dei gruppi d'impresa, lasciando ampio spazio di manovra al governo laddove si precisava che (lett. f) « (...) i criteri per la formulazione del piano unitario di risoluzione della crisi del gruppo, eventualmente attraverso operazioni contrattuali e riorganizzative infragruppo funzionali alla continuità aziendale e al migliore soddisfacimento dei creditori, fatta salva la tutela in sede concorsuale per i soci e per i creditori delle singole imprese nonché per ogni altro controinteressato» ¹⁶⁸. Il legislatore, quindi, non pretendeva in termini assoluti che il patrimonio delle varie entità coinvolte nella crisi del gruppo rimanessero separati e ben distinti, ma solo che fosse fatta salva la tutela dei soci e dei creditori delle

•

¹⁶⁷ Legge delega n.155/2017 art. 2.

¹⁶⁸ Legge delega n.155/2017, art.3.

singole imprese, così rimettendo al Governo di trovare la modalità tecnica perché tale obiettivo potesse essere perseguito e garantito.

Uno dei punti cardine della legge delega era la costruzione di un sistema di allerta che avesse consentito, prima, l'emersione tempestiva dello stato di crisi e, poi, l'adozione di apposite procedure di composizione della stessa (art.4), con l'obiettivo di incentivare la tempestiva individuazione delle crisi aziendali e attuare con la massima celerità ogni rimedio utile al suo superamento. Si era chiesto, quindi, da una parte, di individuare tutta una serie di parametri economico-contabili che fossero indizi dello stato di crisi aziendale e, dall'altra, porre a carico degli organi sociali (ed anche dei creditori pubblici qualificati¹⁶⁹) l'obbligo giuridico – adeguatamente sanzionato in caso di inosservanza – di adottare comportamenti attivi affinché lo stato di crisi fosse tempestivamente evidenziato ed altrettanto tempestivamente combattuto con tutte le iniziative imprenditoriali, finanziarie e negoziali necessarie.

Il fine perseguito era quello di evitare che l'imprenditore, come spesso accade, occulti (anche per la paura di "fallire") lo stato di difficoltà della sua azienda, rendendo poi impossibile il risanamento della stessa ed aggravando il danno per i creditori.

Con gli articoli successivi, il Legislatore, quindi, prima individuava i criteri da seguire per la gestione negoziale della crisi mediante gli *Accordi di ristrutturazione dei debiti* ed i *Piani attestati di risanamento* (art.5), quindi disciplinava il classico procedimento di gestione concorsuale della crisi e cioè il *Concordato preventivo* (art.6) e solo per ultimo fissava i criteri da seguire per la procedura di *Liquidazione giudiziale* (ex fallimento nel R.D. del 1942) da considerare una sorta di "ultima spiaggia" per il solo caso di mancato salvataggio dell'impresa.

Altri articoli erano dedicati, infine, a delle figure specifiche come l'esdebitazione e il sovraindebitamento, nonché alla gestione delle garanzie e dei privilegi, alle norme di natura penale e alle modifiche al Codice civile.

Interessante porre in evidenza la disposizione generale contenuta all'art. 2, comma 1, lett. m) della Legge delega secondo la quale è stato rimesso al Legislatore delegato l'onere di «riformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi, al fine di favorirne il superamento, in coerenza con i principi stabiliti dalla (...) legge delega». È

_

¹⁶⁹ Ai sensi dell'art. 15 CCII creditori pubblici qualificati sono l'Agenzia delle Entrate, L'Istituto Nazionale Previdenza Sociale – INPS e l'Agente della riscossione.

stato rilevato al riguardo¹⁷⁰ che «Operare un cambiamento dell'impostazione dogmatica e, per così dire, valoriale di un testo legislativo complesso come la legge fallimentare non può trascurare, infatti, l'armonia del nuovo sistema normativo, che si raggiunge anche — e, forse, soprattutto — attraverso la coerenza delle singole disposizioni che compongono il sistema. Ed è indubbio che una tale opera di coordinamento e di superamento dei contrasti interpretativi sarebbe particolarmente meritoria proprio nell'ambito del diritto della crisi e dell'insolvenza (...) in cui, per decenni (...), si sono sovrapposte soluzioni ermeneutiche spesso contraddittorie, recepite talvolta dal riformatore, ma altre volte invece smentite dalle novelle legislative».

L'opera di coordinamento dovrà comportare che «(...) i contrasti interpretativi andranno, ad esempio, risolti, di volta in volta, in favore di quelle impostazioni che assicurano la continuità aziendale, anche mediante l'opera di un terzo, in luogo della liquidazione patrimoniale del debitore (...). Nondimeno, è opportuno osservare che la disposizione ora richiamata della legge delega si pone essa stessa, sin da subito, come un valido strumento ermeneutico per il giudice che sia chiamato a fare applicazione di orientamenti giurisprudenziali — talvolta consolidati — che contrastino con i principi e i criteri direttivi della stessa legge delega. (...)».

In definitiva, quindi, si può sostenere che l'art. 2, comma 1, lettera *m*) forniva, da una parte, il percorso che il Legislatore delegato avrebbe dovuto seguire anche per i provvedimenti successivi all'emissione del nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza e, dall'altra, il criterio interpretativo da utilizzare in caso di contrasti applicativi delle norme¹⁷¹.

È così che in attuazione della Legge delega 19 ottobre 2017 n.155 il Governo adottava il **Decreto legislativo n.14 del 12 gennaio 2019**¹⁷², cd. **Codice della Crisi d'impresa e**

¹⁷⁰ M. GABOARDI, Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profitti processuali, in Rivista delle Società, fasc.1, 1° febbraio 2018, pag. 137.

Significativa, 9 in questo senso, Trib. Como, febbraio 2017, http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/16921.pdf che, per escludere la revoca ex art. 173 L.F. di un concordato preventivo finalizzato all'affitto dell'azienda e alla conseguente cessione dei beni agli affittuari, ne ha disconosciuto la natura puramente liquidatoria in osseguio all'orientamento dominante in giurisprudenza e dottrina, in favore del riconoscimento di una natura conservativa del concordato (continuità aziendale indiretta) e ciò in quanto « l'originaria impostazione de[ve] essere rivisitata in una prospettiva de jure condendo, che deve tenere in debita considerazione la intenzione del legislatore chiaramente rivelatrice di un netto favor nei confronti della continuità aziendale, anche in forma indiretta, che oggi si desume sintomaticamente dalla recente approvazione (...) del c.d. disegno di legge Rordorf » (M. GABOARDI, Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profitti processuali, in Rivista delle Società, fasc.1, 1° Febbraio 2018, pag. 137).

¹⁷² Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155.

dell'insolvenza, ed anche l'Italia, dopo oltre 77 anni dal 1942, come i principali paesi europei ed occidentali, si dotava di una nuova legge per la gestione delle crisi d'impresa.

Fatte salve alcune norme¹⁷³, il Codice doveva entrare in vigore il 15 agosto 2020 per dare modo a tutti gli operatori del diritto ed agli stessi imprenditori e cittadini di apprenderne lo spirito, conoscerne le norme e prepararsi in tempo alla sua applicazione; le società, dal canto loro, avrebbero avuto il tempo per adeguare gli assetti organizzativi, la governance e gli organi di controllo, così come previsti dalla legge, al fine di essere strutturalmente in grado di attivare tempestivamente le procedure di rilevazione della crisi d'impresa e della perdita di continuità aziendale.

Causa la pandemia che ha colpito così gravemente anche il nostro paese a partire dai primi mesi del 2020, l'entrata in vigore di una legge così impattante sulla vita dei cittadini e sul sistema economico ed imprenditoriale in generale, con il decreto liquidità (D.L. 23/2020), è stata differita al 1° settembre 2021. Il rinvio non ha interessato, però, le norme già entrate in vigore che riguardano, principalmente, l'obbligo per l'imprenditore che opera in forma societaria o collettiva di istituire o adeguare gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale¹⁷⁴.

Altri punti della riforma entrati immediatamente in vigore hanno riguardato: l'individuazione dei tribunali competenti, al fine di concentrare la gestione delle procedure presso organi giudiziari specializzati; l'introduzione del comma 6 all'art. 2476 c.c. in tema di responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso i creditori sociali per «l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale»¹⁷⁵; l'introduzione del comma 3 all'art. 2486 c.c. con l'individuazione di criteri precisi per la quantificazione del danno risarcibile dall'amministratore allorquando abbia disatteso l'obbligo ad una gestione conservativa nonostante il sopravvenire di una causa di scioglimento¹⁷⁶; l'introduzione dei commi 6 e 7 e la sostituzione dei commi 3 e 4 dell'art. 2477 c.c. 177 in tema di controllo e revisione delle s.r.l., ampliando le ipotesi in

¹⁷³ Gli articoli 27, comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388 sono entrati in vigore il 16 marzo 2019.

¹⁷⁴ Art. 375 CCII. Sul concetto di continuità aziendale, vd. R. RORDORF, La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi, in Società, 2014, 917 ss.; L. STANGHELLINI, Il concordato con continuità aziendale, in Fall., 2013, 1222 ss.; G. Lo CASCIO, Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale, ivi, 2013, 5 e ss.

¹⁷⁵ Art. 378 n.1 CCII

¹⁷⁶ Art. 378 n.2 CCII

¹⁷⁷ Art. 379 nn. 1 e 2 CCII

cui diventa obbligatoria la nomina dell'organo di controllo o del revisore e prevedendo, tra l'altro, che la denuncia ex art. 2409 c.c. sia applicabile alla s.r.l. anche quando manchi l'organo di controllo; l'introduzione di una norma specifica¹⁷⁸ con la previsione che gli oneri della procedura liquidatoria e del curatore, in caso di revoca della dichiarazione di apertura della Liquidazione giudiziaria, siano a carico del soggetto che con il suo comportamento abbia causato l'apertura del procedimento poi revocato; l'abrogazione di alcune norme penali della legge fallimentare; l'introduzione di norme per la tutela degli acquirenti degli immobili da costruire¹⁷⁹.

In sostanza, le norme del nuovo Codice entrate immediatamente in vigore riguardano aspetti di natura societaria per i quali si è voluto dare il tempo e la possibilità agli enti interessati per tempo, oppure aspetti sostanzialmente indipendenti dall'entrata in vigore del Codice e per i quali non è necessaria alcuna attività preparatoria.

Viceversa, il differimento dell'entrata in vigore del nuovo Codice al 1° settembre del 2021 è stata forse una scelta obbligata collegata all'attuale emergenza sanitaria ed alla conseguente gravissima crisi economica già in atto e, quindi, all'esigenza di consentire a tutti gli operatori di non dover affrontare subito le difficoltà derivanti dall'applicazione di una disciplina radicalmente nuova ed innovativa.

Da un punto di vista concreto, probabilmente, il Legislatore si è posto anche il problema dell'impatto devastante che avrebbe avuto sulla vita delle aziende in crisi per effetto dell'epidemia di Covid-19 l'applicazione degli strumenti di allerta, perché ne sarebbe certamente conseguita, per un gran numero di aziende, l'apertura obbligata di una procedura liquidatoria, così vanificando la *ratio* della riforma e cioè intercettare per tempo lo stato di crisi ed adottare ogni provvedimento utile al suo superamento.

¹⁷⁸ Art. 366 CCII

¹⁷⁹ Artt. 385/388 CCII

2. LE PRINCIPALI NOVITÀ DEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

Prima di esaminare come gli Accordi di ristrutturazione dei debiti siano stati modificati e disciplinati nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, è utile volgere lo sguardo, anche se fugacemente e quindi senza nessuna ambizione di completezza, considerato pure il tema principale del presente lavoro, alla struttura del nuovo impianto normativo e alle principali novità introdotte rispetto alla disciplina ancora vigente.

Prima di tutto, però, va segnalato come il Codice abbia voluto tagliare con il sistema finora vigente, «superando l'approccio che la improntava che era quello di eliminare dal mercato le imprese insolventi con il minor danno possibile per i creditori, riservando solo uno spazio marginale a soluzioni alternative, condizionate comunque da requisiti di meritevolezza del debitore»¹⁸⁰ e caratterizzato dal «(...) convincimento che l'insolvenza, nella quasi totalità dei casi, sarebbe frutto di una incapacità di gestione dell'imprenditore, se non di manovre fraudolente del medesimo e, appunto per questo, richiedeva un intervento eminentemente sanzionatorio»¹⁸¹.

L'abolizione definitiva dell'espressione "fallimento" è stata quindi una scelta ed una decisione conseguente ed obbligata.

Il nuovo Codice si compone di quattro parti: la prima dagli artt. 1 a 374 contiene il vero e proprio Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; la seconda, dagli artt. 375 a 384, le modifiche al Codice civile; la terza, dagli artt. 385 a 388, la disciplina speciale per gli acquirenti degli immobili da costruire; la quarta ed ultima parte, dagli artt. 389 a 391, le disposizioni finali e transitorie.

L'intento di realizzare una riforma sistematica della materia, semplificando le regole processuali applicabili alle varie fattispecie concrete e ridurre le situazioni di incertezza nell'applicazione e nell'interpretazione delle norme, viene dimostrato già con il Titolo I del Codice che è dedicato alle *DISPOSIZIONI DI NATURA GENERALE*.

Esse, prima di tutto, individuano gli ambiti applicativi (art.1) delle norme del Codice e chiariscono i concetti e le espressioni lessicali (art.2) posti a base della legge.

Il nuovo Codice, adesso, si riferisce non solo al mero imprenditore, ma a tutti i debitori, siano essi «(...) consumatori o professionisti, ovvero imprenditore che eserciti, anche

-

¹⁸⁰ Rordorf, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in Contr., 2019, 129

¹⁸¹ Luigi Salvato, *Strumenti di allerta e di composizione assistita della crisi di impresa (anche al tempo del Covid 19)*, in Diritto e Giustizia, sez. Società e Fallimento, 16 aprile 2020

non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica con esclusione dello Stato e degli enti pubblici» (art. 1 comma 1). Il Legislatore, quindi, ha voluto immediatamente chiarire che la nuova normativa non è dedicata solo agli imprenditori, ma a qualsiasi situazione di crisi o di insolvenza che riguardi ogni soggetto, di qualsiasi natura o dimensione e che svolga qualsiasi tipo di attività ad esclusione solo degli enti pubblici.

L'individuazione dettagliata dei soggetti cui è rivolto il nuovo Codice ha la funzione anche di ridurre al minimo quei dubbi interpretativi che si verificano ripetutamente in sede di applicazione della legge fallimentare; soprattutto, mira a fornire una risposta chiara all'esigenza dell'attuale sistema economico, anche in aderenza a quanto avviene negli altri paesi occidentali, di trovare soluzioni di risanamento e non di dissoluzione alle crisi che colpiscono le imprese di ogni dimensione e natura e anche i professionisti, i soggetti privati non imprenditori e le semplici famiglie.

Sempre nell'ottica di semplificare anche il lavoro degli operatori nell'interpretazione e applicazione delle norme, il Legislatore ha ritenuto necessario dedicare il secondo articolo del Codice alle "definizioni", chiarendo, tra gli altri, i concetti (e le differenze) delle espressioni "crisi", "insolvenza", "sovraindebitamento", "impresa minore", "consumatore", etc. e le differenze dimensionali tra le varie categorie di imprenditori, ribadendo i parametri già fissati all'art. 1 della Legge fallimentare ed ora utilizzati per classificare il cd. "imprenditore minore".

L'individuazione più precisa e meno soggetta a dubbi interpretativi della situazione dello stato di difficoltà del debitore e la sua classificazione come crisi, insolvenza o sovraindebitamento, aiuterà l'operatore a trovare ed applicare correttamente lo strumento previsto dal Codice per la sua gestione, fosse anche di natura liquidatoria

Interessante ed importante è stato il chiarimento della differenza tra "crisi", definita come situazione di difficoltà economico finanziaria che rende probabile l'insolvenza e cioè come stato di pre-insolvenza o insolvenza potenziale, e "insolvenza", intesa come incapacità del debitore a onorare le proprie obbligazioni.

L'importanza di aver chiarito anche in via lessicale la differenza tra i concetti di crisi e di insolvenza, finora rimessa all'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza, risulta in tutta la sua evidenza, ad esempio, se riportata alla vicenda VEGAGEST, oggetto di studio nel capitolo I: in quel caso, come già rilevato nelle pagine precedenti, il Tribunale

di Milano non avrebbe mai potuto omologare gli accordi di ristrutturazione dei debiti, visto che il Fondo ASTER versava certamente in stato di conclamata insolvenza e considerato che, al contrario, lo strumento degli ADR era riservato alle sole situazioni di crisi.

Sempre nella parte dedicata ai *PRINCIPI GENERALI*, il Legislatore ha inteso chiarire subito anche gli obblighi che fanno capo ai debitori (art.3), siano essi imprenditori individuali o collettivi, consistenti nel fare tutto il possibile (per le società, partendo dall'adeguamento degli assetti organizzativi) per rilevare la crisi con tempestività e, quindi, adottare tutte le iniziative necessarie per farvi fronte. Anche nell'impianto normativo attuale si individua un obbligo analogo da parte dell'imprenditore collettivo, ma attraverso l'interpretazione congiunta di una molteplicità di norme che impongono una serie di comportamenti all'imprenditore, pena, in caso contrario, l'assunzione di responsabilità in sede civile ed eventualmente penale.

Con il nuovo Codice, invece, il dovere del debitore è chiaro: egli non può e non deve attendere che la situazione di difficoltà o di crisi si trasformi in insolvenza e, quindi, non solo non deve nascondere i segnali che all'inizio della crisi solo egli può conoscere, ma soprattutto, deve adottare comportamenti attivi per tentare di risolvere la situazione.

La parte relativa alle disposizioni generali del nuovo Codice si chiude con alcune norme di natura processuale (artt. 7-11), perché, come detto, l'intento del legislatore era anche quello di semplificare tutte le procedure previste dalla legge fallimentare, riducendole ad una sola che fosse adattabile a tutti gli strumenti di *regolazione della crisi o dell'insolvenza*.

È utile porre in evidenza come l'indicazione espressa di principi generali, che sembra essere una novità nel campo del diritto concorsuale, non è stata accolta con unanime consenso. È stato rilevato, infatti, che «le utilità connesse all'enunciazione di principi sono più che bilanciate dalle potenziali criticità», in quanto «(...) i principi generali espressi non sostituiscono i principi inespressi derivati in via interpretativa e che, ad ogni modo, presentano limitati profili di novità, riproponendo spesso risultati cui si era già addivenuti nel sistema attuale ed al quale si sarebbe potuti serenamente giungere anche sulla base delle norme di dettaglio del ccii. Allo stesso tempo, i principi espressi non sembrano in grado di superare alcuni delicati profili interpretativi su temi di vertice,

come ad esempio le finalità delle procedure, per i quali deve farsi ancora riferimento alle norme di dettaglio presenti nel ccii» ¹⁸².

Va anche detto che il dibattito dottrinale sul valore e sull'opportunità dell'indicazione espressa da parte del legislatore dei Principi generali e sugli effetti che essi possono produrre sull'impianto normativo, è stato sempre molto ampio ed ora, dopo la promulgazione del nuovo Codice, lo è diventato ancor di più¹⁸³.

Dopo l'enunciazione dei principi e delle disposizioni generali il Codice presenta quella che, forse, è la parte più innovativa della riforma e cioè le cd. *PROCEDURE DI ALLERTA E DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI*.

Si tratta di un complesso di norme sconosciute nel sistema ancora vigente, con le quali il Legislatore ha voluto creare per i debitori che svolgono attività imprenditoriale ¹⁸⁴ un unico modello procedurale di allerta e di conseguente composizione assistita della crisi, con l'obiettivo di far emergere tempestivamente i primi segnali di crisi, così da poter subito adottare le misure più idonee al suo superamento.

Per strumenti di allerta s'intende l'obbligo a carico dell'imprenditore di dotarsi – ove non presente – di una struttura organizzativa ed amministrativa capace di rilevare, attraverso l'esame di una serie di indicatori, gli indizi della crisi, quindi di effettuare costantemente il loro monitoraggio ed infine di attivare tempestivamente il procedimento di composizione assistito della crisi innanzi ad un OCRI¹⁸⁵.

Secondo l'art. 13 CCII sono «(...) indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa, e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della

¹⁸³CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1941, 172 ss.; Bobbio, *Principi generali del diritto*, in Novissimo Digesto Italiano, XIII, Torino, 1966, 888 ss.; LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in Riv. crit. dir. priv., 2011, 345 ss.; D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017.

¹⁸² G. D'Attorre, La formulazione legislativa dei principi generali nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in BBTC, fasc. 4, 1° agosto 2019, pag. 461.

¹⁸⁴ Lo strumento non riguarda le grandi imprese ed i gruppi di imprese di rilevanti dimensioni (secondo la classificazione fissata dall'art 2 CCII), nonché le società con azioni quotate in borsa, risultando così riservato alla diffusissima platea delle piccole e medie imprese. L'elenco dettagliato delle imprese escluse è riportato sempre all'art.2 CCII.

¹⁸⁵ L'art. 2 comma 1, lett. u) CCII definisce OCRI: «gli organismi di composizione della crisi d'impresa, disciplinati dal capo II del titolo II del presente codice, che hanno il compito di ricevere le segnalazione di allerta e gestire la fase dell'allerta e, per le imprese diverse dalle imprese minori, la fase della composizione assistita della crisi»

sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso (...)».

L'imprenditore o l'amministratore della società è tenuto ad applicare degli indicatori economico-finanziari che il Consiglio nazionale dei commercialisti ed esperti contabili (cd. CNDCEC) può aggiornare ogni tre anni per adeguarli alle migliori prassi nazionali ed internazionali.

La procedura unica prevede che l'imprenditore o gli amministratori dell'imprenditore collettivo, una volta rilevato il potenziale stato di crisi attraverso il monitoraggio continuo degli indici, hanno l'obbligo di attivare l'OCRI che, a sua volta, darà inizio al procedimento di composizione della crisi. Il procedimento prevede l'audizione del debitore innanzi al Collegio con il quale, se ritiene che il rischio di crisi sia concreto, individua con questi le possibili soluzioni fissando un termine per la loro attuazione. Se l'imprenditore riesce a raggiungere un accordo scritto con i creditori, questo viene depositato presso l'OCRI e gli effetti saranno identici agli accordi che danno esecuzione al piano attestato di risanamento; in mancanza di accordo, però, il Collegio invita il debitore a presentare domanda di accesso a una procedura di regolazione della crisi (piani di risanamento, accordi di ristrutturazione dei debiti, concordato minore e concordato preventivo).

Nelle società di capitali, gli organi di controllo, il revisore contabile e la società di revisione hanno a loro volta il dovere di controllare che l'organo amministrativo valuti costantemente il rispetto dei suddetti obblighi e di segnalare all'amministratore eventuali indizi di crisi con l'ulteriore onere di sopperire alla sua inerzia, mediante l'attivazione diretta dell'OCRI. Analogo obbligo di segnalazione è posto a carico anche dei creditori pubblici qualificati.

Per rendere "appetibile" il ricorso allo strumento dell'allerta, il Legislatore ha previsto alcune misure premiali a favore dell'imprenditore che si sia attivato tempestivamente per prevenire ed evitare l'aggravarsi della crisi. Le misure possono avere carattere patrimoniale o possono ridurre eventuali responsabilità personali.

Ultimo aspetto importante del procedimento di allerta è costituito dalla possibilità per il debitore, dopo l'audizione innanzi al Collegio, di chiedere alla sezione imprese del Tribunale l'adozione di misure protettive del patrimonio per la durata di tre mesi, termine eventualmente prorogabile, nonché il differimento degli obblighi previsti in caso di

riduzione o perdita del capitale sociale, così da consentire al debitore di concludere le trattative con i creditori per la composizione della crisi.

Per completezza, va anche posto in luce che il 26 giugno del 2019 è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea la *«Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019¹86»*, che prevede, tra le varie novità, oneri informativi più stringenti e soprattutto l'obbligo di includere tra i destinatari delle informazioni anche i rappresentanti dei lavoratori. Il Legislatore italiano, quindi, dovrà intervenire anche su questo versante per adeguare la disciplina del CCII.

Come forse giustamente rilevato¹⁸⁷, però, questa parte della riforma e cioè l'applicabilità e l'utilità concreta delle procedure di allerta troverà un enorme ostacolo «nell'allarmante incapacità delle imprese italiane di promuovere processi di ristrutturazione precoci» e ciò per una serie di fattori¹⁸⁸ sicché il problema sarà prevalentemente di tipo culturale «(...) e su quel piano va prioritariamente aggredito, creando un sistema facilmente accessibile di informazione, formazione, aggiornamento e consulenza del ceto imprenditoriale, onde evitare la perpetuazione di un modello di impresa completamente priva di strumenti di analisi, monitoraggio, previsione e pianificazione, anche a breve termine».

La critica agli strumenti di allerta ha riguardato anche la comunicazione finale al PM, in caso di mancato esito positivo della composizione assistita, in quanto lo "spauracchio"

¹⁸⁶ Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza)

¹⁸⁷ P. VELLA, *L'epocale introduzione degli strumenti di allerta nel sistema concorsuale italiano,* in Questione Giustizia,

¹⁸⁸ Secondo P. VELLA, op. cit., questi fattori vanno individuati nel "(...) 1) sottodimensionamento (l'85 per cento delle imprese ha un fatturato inferiore ai 10 milioni di euro); 2) capitalismo familiare (in oltre il 60 per cento il capitale di rischio appartiene a un'unica famiglia); 3) personalismo e scarsa turnazione nei ruoli imprenditoriali e manageriali; 4) debolezza degli assetti di corporate governance (l'organo amministrativo è indipendente solo nel 24 per cento dei casi ed è legato da vincoli familiari alla proprietà per l'87 per cento; ove presente, il controllo, spesso anche quello contabile, è rimesso per lo più al collegio sindacale, mentre si ricorre a società di revisione nel 9,5 per cento dei casi, a revisore contabile nell'8,5 per cento, ad internal auditing nel 3,5 per cento, a comitato di controllo interno al cda nel 2,5 per cento, a organismo di vigilanza ex d.lqs. n. 231/2001 solo nello 0,7 per cento dei casi); 5) carenze nei sistemi operativi (i controlli interni sono assenti nei due terzi dei casi; il controllo contabile è affidato a revisori esterni in pochi casi; è rara la presenza di organi specialistici, quali responsabile amministrativo, responsabile del controllo gestione, di tesoreria, di finanziamenti, risk management o tassazione); 6) rarità dei meccanismi di pianificazione e controllo (verifiche o reporting sono assenti nel 79,6 per cento dei casi; sono previsti piani strategici solo nel 5,7 per cento dei casi, budget solo nel 7,1 per cento), prevalenza di strumenti di consuntivazione (contabilità analitica nel 1,4 per cento dei casi; bilanci infrannuali nel 30,2 per cento); 7) scarso affidamento delle attività amministrative in outsourcing (per lo più bilanci d'esercizio e dichiarativi fiscali)".

della detta informativa, in aggiunta al timore atavico dell'imprenditore di cadere nella procedura della Liquidazione giudiziaria, viene da questi vissuto «come un male da evitare e ciò rappresenta una ulteriore causa di ritardo nell'emersione della crisi».

Gli strumenti di allerta, infine, non saranno di agevole applicazione anche perché ruotano attorno alle figure dell'imprenditore, che deve essere solerte e responsabile, e dell'OCRI che deve essere composto da professionalità indipendenti capaci di consigliare l'imprenditore e di gestire con obiettività la crisi aziendale.

A parte tutto quanto innanzi esposto, il futuro dello strumento è certamente legato anche al superamento della drammatica crisi economica mondiale (dovuta alla pandemia da Covid-19), anche se, come da taluno rilevato¹⁸⁹ la procedura di composizione assistita «anche nella nuova difficile situazione economica, potrebbe svolgere un ruolo positivo. Si tratta allora: anzitutto di scegliere da che lato, ed in quale misura, debba (e possa) oscillare il pendolo (se quello stragiudiziale o quello giudiziale), apprezzando al giusto la tendenziale idoneità all'espletamento dell'attività da svolgere sia delle camere di commercio, sia dell'OCRI e del collegio degli esperti (per composizione e professionalità coinvolte); di procedere ad una rapida riscrittura degli indicatori ed indici della crisi; di prevedere modalità che, senza indulgere nelle complicazioni inutilmente paralizzanti dell'economia che hanno caratterizzato recenti plessi normativi pure ambiziosamente definiti "codice", garantiscano sia la congruità delle misure di sostegno (estensivamente intese, comprensive quindi della moratoria, dei finanziamenti e di tutte le altre che sarà necessario prevedere), sia che delle stesse fruiscano soltanto gli imprenditori meritevoli, ferma la consapevolezza che spetta agli aziendalisti ed agli economisti ipotizzare modi e tempi di ripresa, anche del complessivo sistema economico (...). Non pochi compiti potrebbero essere svolti attraverso la procedura di composizione assistita, modificata nei profili accennati, in sede opportunamente stragiudiziale, prevedendo poi tempi e modi di un controllo giudiziario nel quale non dovrebbero tuttavia rifluire impropri compiti di gestione. Si tratta di ipotesi qui prospettate con genericità ed indeterminatezza, come è ovvio che sia, da approfondire e valutare, fermo che, come ogni altra, esigono anzitutto che la «politica» enunci e fissi con chiarezza le scelte e gli obiettivi da conseguire».

Una volta disciplinati gli strumenti di allerta e le procedure di composizione (preventiva) della crisi, il Legislatore, sempre con l'intento di conferire organicità ed armonia al nuovo impianto normativo, ha compattato e regolamentato una sorta di *Procedimento unico*

¹⁸⁹ L. SALVATO, Strumenti di allerta e di composizione assistita della crisi di impresa (anche al tempo del Covid-19), in giustiziacivile.com, Società e Fallimento, 16 aprile 2020

destinato a costituire il passaggio processuale comune dalla fase stragiudiziale alla fase processuale di risoluzione della crisi o liquidazione giudiziale dell'impresa.

Questa rappresenta un'altra novità assoluta del nuovo Codice rispetto alla vigente legge fallimentare che, al contrario, prevede un rito diverso per ciascuna procedura (dichiarazione di fallimento, ammissione al concordato preventivo, omologazione accordi di ristrutturazione, etc.), così provocando una continua interferenza tra le stesse con l'insorgenza di complessi problemi applicativi che, quanto meno, rallentano il corso dei procedimenti stessi con danni per tutte le parti interessate.

L'idea di creare un unico schema procedimentale nel quale far confluire tutti i diversi riti attualmente previsti è certamente utile ed interessante ed indubbiamente benvista dagli operatori. Va detto, però, che come spiegato già nella Relazione illustrativa al Codice 190 «E' stato previsto un procedimento "unitario" di accertamento giudiziale della crisi e dell'insolvenza, che costituisce, in via generale, una sorta di contenitore processuale uniforme delle iniziative di carattere giudiziale fondate sulla prospettazione della crisi o dell'insolvenza, fatte salve le disposizioni speciali riguardanti l'una o l'altra di tali situazioni», questa sorta di contenitore unico processuale fa salve le disposizioni speciali riguardanti il procedimento che poi viene applicato.

A ben vedere, quindi, più che un unico rito di gestione di tutti i procedimenti previsti dal nuovo Codice, si tratta di un unico rito di accesso ai diversi procedimenti ciascuno dei quali potrà avere, poi, un suo percorso parzialmente diverso.

Probabilmente, l'aspirazione del Legislatore di creare davvero un unico procedimento che riguardi tutti gli strumenti previsti dal Codice è irrealizzabile perché troppo diversi sono gli strumenti tra loro, soprattutto per quanto attiene all'obiettivo che ciascuno di essi istituzionalmente deve perseguire ed al modo in cui lo deve raggiungere. Gli interessi da tutelare e gli obiettivi da perseguire rendono oggettivamente difficile anche solo ipotizzare la costruzione di un rito davvero unitario.

Come evidenziato nella Relazione illustrativa¹⁹¹, la soluzione scelta di far confluire tutte le domande riguardanti la situazione del debitore e cioè sia quelle da egli stesso avanzate

-

¹⁹⁰ Relazione illustrativa al Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, pag.231.

¹⁹¹ Secondo quanto precisato nella Relazione illustrativa, pag. 231 "Una volta individuata un'unica sede procedimentale, globalmente destinata all'esame delle situazioni di crisi o insolvenza, attraverso strumenti di regolazione conservativa o liquidatoria, è stato disposto che in essa confluiscano tutte le domande ed istanze, anche contrapposte, di creditori, pubblico ministero e debitore, in vista dell'adozione o dell'omologazione, da parte dell'organo giurisdizionale competente, della soluzione più appropriata alle

che quelle di eventuali altre parti coinvolte o a tanto tenute, è finalizzata ad «agevolare la risoluzione dei problemi di coordinamento tra le molteplici procedure concorsuali attualmente in essere (fase prefallimentare, concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, dichiarazione di insolvenza degli imprenditori soggetti alla liquidazione coatta amministrativa, accordi e liquidazioni dell'imprenditore non assoggettabile a fallimento nonché del debitore civile, accordi, piani e liquidazione del consumatore), con particolare riferimento alla frequente sovrapposizione che si verifica, nel sistema vigente, tra procedura di concordato preventivo e procedimento per la dichiarazione di fallimento».

Un altro obiettivo perseguito dal Legislatore con l'idea del procedimento unico era quello di parificare, tra i diversi procedimenti di regolazione della crisi attivabili dal debitore, le misure di protezione del patrimonio, tant'è che nel nuovo Codice il percorso che porta alla protezione del patrimonio del debitore è identico per i vari strumenti e passa, comunque, dalla richiesta al giudice e dal suo eventuale provvedimento. Identici, inoltre, la durata delle misure di protezione ed anche gli effetti e le conseguenze in caso di violazione ed inadempimento.

Il procedimento, comunque, può avere diversi esiti a seconda, principalmente, del tipo di domanda proposta al Giudice e dell'accertamento positivo o negativo che questi compie in relazione alle condizioni previste dalla legge per lo strumento richiesto.

Naturalmente, è possibile che una domanda iniziale di concordato preventivo o di accesso agli ADR sfoci in una procedura liquidatoria, perché la domanda introduttiva di accesso alle procedure di regolazione della crisi contiene nel suo seno tutti i possibili esiti¹⁹² con evidente guadagno di tempo e di organicità del procedimento.

Anche in tema di impugnazioni è stato previsto un unico procedimento di reclamo contro tutti i provvedimenti che può emettere il Giudice e cioè sia contro la sentenza che pronuncia sull'omologazione del concordato preventivo o degli ADR e sia contro quella che dispone l'apertura della liquidazione giudiziale (art. 51 CCII). Parimenti unica è la norma che regola gli effetti della revoca dell'omologazione degli ADR e del concordato o della liquidazione giudiziale (art. 53 CCII).

۰

situazioni di crisi o insolvenza accertate, nel pieno rispetto del principio del contraddittorio su tutte le istanze avanzate".

¹⁹² L'art. 48, comma 6, CCII, ad esempio, prevede che «Se il Tribunale non omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti, dichiara con sentenza, su ricorso di uno dei soggetti legittimati, l'apertura della liquidazione giudiziale».

Una novità rispetto al sistema vigente della Legge fallimentare è rappresentata dall'impossibilità di ricorrere per Cassazione avverso il decreto della Corte di Appello che rigetta il reclamo contro il provvedimento che non ammette l'avvio della procedura di liquidazione giudiziale (art.50 c.4 CCII).

Dopo le norme sul procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, il Legislatore ha collocato (Titolo IV) la disciplina degli STRUMENTI DI REGOLAZIONE DELLA CRISI: Piani attestati di risanamento, gli Accordi di ristrutturazione dei debiti, la Convenzione di moratoria, la Procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore sovraindebitato, il Concordato minore, ed il Concordato preventivo. Il successivo Titolo V del Codice è invece dedicato alla procedura liquidatoria, "residuale" nelle intenzioni del Legislatore, denominata "Liquidazione Giudiziale", comprensiva anche della "Liquidazione controllata del sovraindebitato".

La collocazione sistematica dei procedimenti nel nuovo Codice è significativa della volontà del Legislatore di lasciare per ultima la dissoluzione dell'azienda perché il Sistema normativo è finalizzato al risultato opposto, sicché la liquidazione giudiziale va adottata solo ed esclusivamente in mancanza di valide alternative. La vigente Legge fallimentare, invece, è così fortemente incentrata sul Fallimento, che la sua disciplina è collocata ai primi articoli a partire dall'art. 5 L.F.

D'altra parte, la linea seguita dal Legislatore è in coerenza con i principi affermati nella Raccomandazione 2014/135/UE e nel Regolamento delegato UE 2016/451 e, quindi, nella prevalenza da assegnare agli strumenti negoziali di risoluzione della crisi d'impresa e di ristrutturazione rispetto a quelli meramente disgregatori.

I *PIANI ATTESTATI DI RISANAMENTO* erano già stati introdotti nel nostro ordinamento insieme agli Accordi di ristrutturazione dei debiti con la legge n. 80/2005, però non erano stati disciplinati come istituto autonomo, ma in una posizione del tutto marginale all'interno dell'art. 67 L.F. tra le ipotesi di esenzione da revocatoria fallimentare.

Con il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, invece, il Legislatore ha inteso conferire a tale strumento una sua autonoma dignità riservandogli un articolo (Art. 56 CCII) all'interno del Capo I del Titolo IV dedicato agli "strumenti negoziali stragiudiziali" finalizzati al raggiungimento di "accordi" tra il debitore ed i creditori.

Si possono avvalere di questo strumento non tutti i debitori, ma solo gli imprenditori potenzialmente assoggettabili alla liquidazione giudiziale, che si trovino in stato di crisi o anche di insolvenza, a condizione che la situazione di difficoltà non sia irreversibile.

L'oggetto del Piano da proporre ad uno o più creditori è il risanamento dell'esposizione debitoria ed il riequilibrio della situazione finanziaria. È escluso che il Piano di risanamento possa avere finalità liquidatorie, perché l'istituto è funzionalmente diretto a ripristinare e garantire la continuità aziendale, attuando tutti quei provvedimenti necessari ed opportuni per eliminare gli elementi di squilibrio che hanno determinato la crisi.

L'art. 56 CCII non prescrive alcun contenuto minimo del Piano, proprio perché si tratta di uno strumento di carattere totalmente privatistico e stragiudiziale, sicché sarà onere dell'imprenditore definire un'intesa (da redigere per iscritto e con data certa) con tutti i creditori o con quelli che egli ritiene necessari per raggiungere l'obiettivo prefissato.

I vantaggi derivanti dall'attivazione in via formale dello strumento dei Piani attestati di risanamento, rispetto ad un'ordinaria trattativa stragiudiziale, sono quelli disciplinati dall'art. 166, comma 3, lett. d) CCII e dall'art. 324 CCII: il primo prevede l'esenzione dall'azione revocatoria di tutti i pagamenti e gli atti compiuti durante l'esecuzione del Piano; il secondo prevede l'esenzione del debitore dalle responsabilità penali relative ai reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice eventualmente dipendenti dall'esecuzione delle suddette operazioni.

Naturalmente, si tratta di benefici essenziali ai fini dell'utilizzo da parte dell'imprenditore dello strumento di regolazione della crisi innanzi esaminato. Essi rappresentano, pertanto, un incentivo determinante per l'emersione tempestiva della crisi, perché si dà modo all'imprenditore in difficoltà, anche grave, di attrarre i creditori (o nuovi finanziatori e creditori) in un accordo che li tutela da qualsiasi rischio in caso di mancato successo del Piano rispetto a tutte le operazioni compiute nel corso della sua esecuzione e tutela l'imprenditore rispetto al rischio di vedersi addebitate responsabilità penali per le medesime operazioni poste in essere.

È utile rilevare che i Piani attestati di risanamento non hanno alcuna natura giurisdizionale, tant'è che il Legislatore li ha posti in una sezione del Codice intitolata *Strumenti negoziali stragiudiziali* a differenza degli *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, disciplinati a partire dall'articolo successivo, che, invece, sono stati ineriti in una sezione intitolata *Strumenti negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione*.

Le novità introdotte nel Codice agli Accordi di ristrutturazione dei debiti saranno esaminate più dettagliatamente nel prosieguo del presente capitolo II.

Nella legislazione attualmente vigente le *PROCEDURE DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO* non risultano disciplinate nel corpo della legge fallimentare, ma

da una legge speciale¹⁹³ e sono di tre tipi: l'*Accordo per la composizione della crisi da sovraindebitamento*, dedicato ai debitori, anche professionisti o imprenditori ma comunque non fallibili; il *Piano del consumatore*, dedicato ai soli soggetti consumatori e cioè alle persone fisiche che abbiano assunto debiti non per scopi afferenti la sfera lavorativa; la *Procedura di liquidazione del patrimonio* alternativa alla procedura di Accordo.

I tre tipi di procedimenti sono rimasti sostanzialmente immutati anche nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il quale, come detto ha previsto; la procedura di *Ristrutturazione dei debiti del consumatore*, equivalente al precedente Piano del Consumatore; il *Concordato minore* equivalente al precedente Accordo per la composizione della crisi da sovraindebitamento; la *Liquidazione controllata del sovraindebitato*, equivalente la precedente procedura di Liquidazione del patrimonio.

L'art.2 del Codice definisce il sovraindebitamento come «lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start up innovative (...) e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale, ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie (...)». In sostanza, il concetto di sovraindebitamento riguarda i soggetti non "fallibili" secondo la normativa vigente e non sottoponibili a "Liquidazione giudiziaria" secondo la normativa del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Il Legislatore è dovuto intervenire sulla disciplina delle crisi da sovraindebitamento sia per «armonizzarla con le modifiche che s'intendono apportare alle procedure di regolamentazione dell'insolvenza e della crisi di impresa, nell'ottica, già ripetutamente richiamata, di una rivisitazione sistematica della complessiva disciplina, attualmente frammentaria e disorganica, che regola il fenomeno dell'insolvenza», sia per porre rimedio alla sua più completa disapplicazione nel nostro paese, visto che «a differenza rispetto a quanto accade in altri paesi europei ed extraeuropei – non sembra ancora avere incontrato il favore degli operatori e dei soggetti destinatari, così fallendo il suo obiettivo di concorrere, attraverso l'esdebitazione, alla ripresa dell'economia» ¹⁹⁴.

Per raggiungere lo scopo prefissato, il Legislatore ha semplificato la procedura e, soprattutto, ha incrementato le possibilità di ottenere il beneficio dell'esdebitazione,

¹⁹³ Le procedure sono regolate dagli articoli 6-16 della L.3/2012 in vigore dal 18.1.2013, Le procedure sono regolate anche dal D.M., Giustizia 24 settembre 2014 n.20 relativo agli organismi di composizione delle crisi (cd. OCC)

¹⁹⁴ Relazione illustrativa al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, pagg. 233 e ss.

e ss. CCII), per consentire al debitore persona fisica, per una sola volta nella vita, di "azzerare" tutti i propri debiti senza nulla offrire ai creditori a condizione, però, che tale incapacità di onorare le proprie obbligazioni non sia dipesa da colpa o dolo, che effettivamente dia dimostrazione di non poter offrire nulla e che non abbia mai compiuto atti in frode dei creditori. Come illustrato nella Relazione, «(...) si è ritenuto di conferire maggior peso al fenomeno esdebitatorio, che rappresenta il vero obiettivo perseguito dal soggetto destinatario della normativa, al fine di consentirgli nuove opportunità nel mondo del lavoro, liberandolo da un peso che rischia di divenire insostenibile e di precludergli ogni prospettiva futura».

A parte la denominazione dei procedimenti, la loro collocazione sistematica e talune modifiche, il nuovo Codice non ha certamente stravolto gli istituti precedentemente vigenti, ma li ha integrati nel rinnovato corpus normativo.

La procedura denominata *RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI DEL CONSUMATORE*, quindi, è un istituto destinato al solo "consumatore" ¹⁹⁵ il quale, con l'aiuto dell'OCC ¹⁹⁶, può proporre ai creditori un piano di ristrutturazione dei debiti con l'indicazione dettagliata delle modalità e dei tempi occorrenti per il superamento dello stato di crisi. Il debitore è del tutto libero nella determinazione del contenuto del Piano e può prevedere anche il soddisfacimento solo parziale dei creditori ed il pagamento in qualsiasi forma.

Gli unici limiti di accesso alla procedura sono quelli previsti all'art. 69 CCII e cioè il debitore non deve aver beneficiato dell'esdebitazione nei cinque anni precedenti ed in ogni caso per due volte e non deve aver determinato la situazione di sovraindebitamento per sua colpa grave o con mala fede o frode.

La normativa conferisce all'istituto un valore premiale per il consumatore in difficoltà, ma onesto ed in buona fede. Non va dimenticato che tra le novità previste nel nuovo Codice, a differenza di quanto stabilito nella vigente legge fallimentare, è previsto (art. 67 comma 3 CCII) che «3. (...) la proposta può prevedere anche la falcidia e la ristrutturazione dei debiti derivanti da contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio, del trattamento di fine rapporto o della pensione e dalle operazioni di

•

¹⁹⁵ Ai fini dell'applicazione delle norme del Codice, l'art 2 definisce "consumatore" la persona fisica indebitata per scopi estranei a quelli di lavoro.

¹⁹⁶ L'art. 2, lett. t) CCII definisce: «OCC gli organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento disciplinati dal decreto del Ministro della giustizia del 24 settembre 2014n.202 e successive modificazioni, che svolgono i compiti di composizione assistita della crisi da sovraindebitamento previsti dal presente codice».

prestito su pegno, salvo quanto previsto al comma 4)», il tutto all'evidente fine di favorire la massa dei creditori e, quindi, la ristrutturazione dei debiti del consumatore sovraindebitato, anche se a danno di un creditore privilegiato.

Nella nuova disciplina è stato poi affidato il compito all'OCC, in caso di richiesta di credito da parte del debitore, di precisare nella sua relazione se l'eventuale finanziatore (art. 68, comma 3, CCII) "(...) abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita (...)".

È importante rilevare come la procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore non preveda alcuna votazione o manifestazione di giudizio da parte dei creditori che sono spettatori e soggetti passivi del procedimento, la cui applicazione passa attraverso un provvedimento di omologazione del Tribunale che non tiene in alcun conto del loro parere.

Ove questi si dimostrino contrari (art. 70, comma 9, CCII), contestando la convenienza del piano proposto dal debitore, il Tribunale sottopone il programma del debitore ad una sorta di *cram down* e se ritiene che l'esito possa essere migliore di quello ricavabile dall'alternativa liquidatoria, emette comunque il provvedimento di omologazione.

Altre novità interessanti sono l'equiparazione al consumatore anche dei soci illimitatamente responsabili (art. 65, comma 4, CCII) ed il nuovo regolamento riguardante il contratto di mutuo relativo alla casa di abitazione (art. 67, comma 5, CCII). È stata introdotta, infatti, la possibilità del «(...) rimborso, alla scadenza convenuta, delle rate a scadere del contratto di mutuo garantito da ipoteca iscritta sull'abitazione principale del debitore se lo stesso, alla data del deposito della domanda, ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il giudice lo autorizza al pagamento del debito (...) scaduto a tale data». Anche questa modifica ha lo scopo di favorire l'accesso del consumatore alle procedure per la soluzione delle crisi da sovraindebitamento, chiarendo che il debito derivante dal mutuo ipotecario contratto per l'acquisto dell'abitazione principale è sottratto alle regole del concorso.

Il secondo procedimento rientrante tra le procedure di regolazione delle crisi da sovraindebitamento è il **CONCORDATO MINORE** (artt. 74 e ss. CCII) che sostituirà nella legislazione vigente l'*Accordo per la composizione della crisi da sovraindebitamento* (art. 10 L.3/2012). L'istituto è accessibile ai professionisti, agli imprenditori minori, agli imprenditori agricoli, alle start-up innovative e ad ogni altro debitore (con esclusione del

consumatore) non assoggettabile alla liquidazione giudiziale o alla liquidazione coatta amministrativa o a qualsiasi altra procedura liquidatoria prevista dalle leggi vigenti per il caso di crisi o di insolvenza.

Il debitore ha piena libertà nella determinazione del contenuto della proposta da sottoporre ai suoi creditori, ma ha l'obbligo di precisare nel dettaglio le modalità ed i tempi necessari per superare la crisi da sovraindebitamento, prevedendo, se possibile, la continuità aziendale.

A differenza del regime vigente, è sufficiente che il concordato sia approvato dal 50% dei creditori e non più dal 60% e ciò sempre al fine di favorire soluzioni concordate della crisi, In ogni caso, con il provvedimento di omologazione scattano automaticamente gli effetti protettivi da eventuali azioni revocatorie ove la procedura concordataria dovesse sfociare in Liquidazione controllata.

Come nella *Ristrutturazione dei debiti del consumatore*, in caso di contestazione della convenienza del Concordato minore da parte dei creditori, il Tribunale sottoporrà la proposta ad una sorta di *cram down* e cioè verificherà che la soluzione offerta sia migliore di quella che i creditori potrebbero ricavare dalla Liquidazione.

A differenza ancora rispetto alla disciplina attuale, il creditore non potrà presentare alcuna opposizione o reclamo se la situazione di indebitamento si è aggravata o è stata determinata per sua colpa (art.80, comma 4, CCII). Il legislatore ha voluto, quindi, introdurre un ulteriore elemento di *favor* per il debitore la cui situazione di difficoltà sia dipesa da colpa di uno o più creditori.

Come nel concordato preventivo, inoltre, i creditori privilegiati possono essere pagati anche in misura parziale (art. 75 comma 2 CCII), purché non inferiore a quanto il creditore otterrebbe in caso di liquidazione, tenuto conto del valore di mercato dei beni su cui grava il privilegio come attestato dall'organismo di composizione della crisi (Relazione Illustrativa del CCII pag. 314).

Anche nel concordato minore è prevista la medesima agevolazione concessa al consumatore per il pagamento delle rate di mutuo, in questo caso, però, con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa sempre che il debitore, alla data della presentazione della domanda di concordato, abbia adempiuto le proprie obbligazioni o se il giudice lo abbia autorizzato al pagamento del debito scaduto a tale data. Con questa disposizione è stata armonizzata la disciplina del concordato minore con quella del concordato preventivo.

È interessante osservare, infine, la posizione dell'**imprenditore agricolo**. Questi è tra i soggetti autorizzati ad avvalersi delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento e quindi anche del Concordato minore (art. 65, comma 1 che richiama l'art. 2, comma 1, lett. c) CCII), a prescindere dalle sue dimensioni. Va detto, però, che lo stesso imprenditore agricolo sembrerebbe autorizzato ad avvalersi anche degli accordi di ristrutturazione dei debiti, visto che l'art. 57 CCII consente l'utilizzo di tale strumento a "l'imprenditore, anche non commerciale e diverso dall'imprenditore minore, in stato di crisi o di insolvenza, (...).

La questione dell'accessibilità dell'imprenditore agricolo agli ADR verrà riesaminata nel successivo § 3.2.1.

In ogni caso, ove si dovesse aderire alla tesi secondo la quale l'istituto degli ADR sono utilizzabile anche dall'imprenditore agricolo, allora si dovrebbe ritenere che la scelta tra i due strumenti previsti dal Codice verrà fatta sulla base non solo delle diverse percentuali di adesioni richieste dal Concordato minore e dall'Accordo di ristrutturazione dei debiti, ma soprattutto in funzione del fatto che nel Concordato minore vige la regola del silenzio assenso (oltre ai voti espressi sono considerati favorevoli anche quelli non espressi), mentre negli Accordi di ristrutturazione è necessario giungere alla firma di un contratto. È pur vero, però, che gli ADR consentono le transazioni fiscali che, invece, non sono previste nel Concordato minore.

La proposta concordataria, infine, produce i propri effetti anche in relazione alle posizioni dei soci illimitatamente responsabili, mentre le obbligazioni dei coobbligati, dei fideiussori e degli obbligati in via di regresso restano ferme salvo che la proposta non stabilisca diversamente.

Il Concordato minore è stato allineato al Concordato preventivo anche in relazione alla mancata necessità, ai fini dell'omologazione, dell'adesione da parte dell'amministrazione finanziaria, quando il Tribunale la valuti comunque per essa conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria.

In caso di revoca dell'omologazione o di risoluzione del concordato minore, il giudice può convertire il procedimento in Liquidazione controllata se lo chiede il debitore oppure se lo chiedono i creditori o il PM, ma solo se la revoca è conseguenza di atti di fronde o inadempimento.

A seguire la disciplina relativa alle Procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, il Legislatore ha collocato la normativa sul **CONCORDATO PREVENTIVO.**

Tale Istituto con la vigente legge fallimentare è stato troppo spesso utilizzato nella forma del concordato con cessione dei beni, quindi, con finalità liquidatorie, raramente vantaggioso per i creditori anche a causa dei costi della procedura superiori a quelli della liquidazione fallimentare.

Con la nuova disciplina del Concordato preventivo, invece, si è favorita soprattutto la continuità aziendale e, attraverso questa, la migliore soddisfazione delle ragioni dei creditori.

Per tale motivo il nuovo Codice ha impresso una sicura svolta verso il concordato con continuità che si distingue dal concordato liquidatorio per il fatto che il piano posto a base della proposta concordataria deve prevedere il superamento della situazione di crisi o di insolvenza con la prosecuzione diretta o indiretta dell'attività aziendale; al contrario, la proposta di concordato con cessione dei beni (o liquidatoria che dir si voglia), a seguito della riforma, in tanto sarà ammissibile in quanto essa preveda l'utilizzo anche di nuove risorse messe a disposizione da terzi (cd. nuova finanza) che incrementino sensibilmente le percentuali di recupero in favore dei creditori rispetto a quanto essi potrebbero incassare dalla liquidazione giudiziale.

Il Legislatore è interessato alla continuità aziendale e, quindi, a preservare il valore economico dell'azienda ed i posti di lavoro, mentre non è interessato a che l'azienda resti necessariamente nelle mani dell'imprenditore. La continuità di cui alla riforma, quindi, ha natura prevalentemente oggettiva, tant'è che il nuovo Codice fa riferimento alla continuità "diretta", allorquando l'attività aziendale rimanga in testa all'imprenditore che ha presentato la domanda, o a quella indiretta, nel caso in cui sia previsto l'intervento di un terzo per la gestione o la ripresa dell'attività in forza di un contratto di cessione, affitto, conferimento, etc.

L'obiettivo, quindi, è favorire la prosecuzione dell'attività aziendale, ma il debitore ha l'onere (art. 87, comma 1, CCII) di indicare nel piano le ragioni per le quali la continuità aziendale "(...) è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori (lett. f) e, in caso di prosecuzione dell'attività d'impresa in forma diretta, "(...) un'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura" (lett. g).

Il concordato liquidatorio, invece, con il nuovo Codice, è ammissibile solo quando le risorse finanziarie esterne comportino un aumento di almeno il 10% del recupero da parte dei creditori chirografari, i quali, comunque, devono incassare almeno il 20% dei loro crediti.

Il Legislatore, quindi, ha favorito l'utilizzo dello strumento concordatario finalizzato alla continuità aziendale, rendendo meno accessibile anche perché più oneroso quello con funzioni liquidatorie.

Il Concordato preventivo può essere proposto dall'imprenditore potenzialmente soggetto a Liquidazione giudiziaria e che versi in stato di crisi o anche di insolvenza. Il Piano da proporre ai creditori è a contenuto sostanzialmente libero e può prevedere anche una moratoria fino a due anni dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca (salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o dei diritti sui quali insiste la causa di prelazione). L'unica condizione è che il Piano sia "fattibile" come stabilito dall'art. 85 CCII.

Il ricorso deve essere accompagnato da una relazione del professionista indipendente che attestai la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano e, se il concordato è in continuità, anche la funzionalità dello stesso al miglior soddisfacimento dei creditori.

Sotto il profilo procedurale, rispetto alla disciplina ancora vigente, la riforma ha introdotto una serie di misure di semplificazione, affinché il procedimento diventi più veloce e snello: ad esempio, è stata eliminata l'adunanza dei creditori i quali potranno esprimere il voto solo per via telematica (art. 107 CCII); è stato stabilito che se il Piano prevede il compimento di operazioni societarie straordinarie, l'eventuale opposizione da parte dei creditori può essere proposta solo mediante opposizione all'omologazione (art. 116 CCII).

Altre novità riguardano: l'obbligo di preservare una soglia minima di occupazione dei lavoratori in caso di continuità aziendale sia diretta che indiretta (art. 84, comma 2, CCII); l'ampliamento da uno a due anni della possibilità di moratoria per il pagamento dei creditori privilegiati (art. 86 CCII); l'obbligo di indicare nel piano le attività da sviluppare ed i relativi tempi, nonché i rimedi attuabili in caso di scostamento durante l'esecuzione (Art. 87, comma 1, lett. e, CCII); l'eliminazione della clausola di *automatic stay* in caso di concordato con riserva, ferma la possibilità per il Tribunale di provvedere in caso di richiesta da parte del debitore.

Per quanto attiene agli effetti della presentazione della domanda, l'imprenditore resta nel possesso dell'azienda che continua a gestire direttamente, sebbene – sino all'omologazione – sotto la vigilanza del Commissario giudiziale. La gestione dell'azienda da parte del debitore, però, non implica il diritto di eseguire atti eccedenti l'ordinaria amministrazione perché devono essere autorizzati dal Giudice Delegato, il quale può anche provvedere prima dell'omologazione, purché l'operazione sia funzionale al miglior soddisfacimento dei diritti dei creditori.

Anche la disciplina prevista per la risoluzione del concordato per inadempimento contiene una novità rispetto al sistema vigente, in quanto è legittimato a proporre la domanda per la risoluzione anche il Commissario quando gli viene richiesto da uno dei creditori (art. 119 CCII).

Sempre nell'ambito della procedura, il Tribunale su istanza del creditore o del PM, vista la comunicazione effettuata dal Commissario, deve aprire la procedura di Liquidazione giudiziaria, allorquando il debitore: abbia occultato o dissimulato parte dell'attivo; abbia dolosamente omesso di denunciare un credito oppure abbia esposto passività inesistenti; oppure abbia compiuti atti diretti a frodare le ragioni dei creditori.

Con la disciplina del Concordato Preventivo si chiude il Titolo IV del Codice, dedicato alle Procedure di regolazione delle crisi e dell'insolvenza, e si apre il Titolo V destinato a regolamentare la procedura ancora oggi individuata con il termine Fallimento, ma dal nuovo Codice definita **LIQUIDAZIONE GIUDIZIARIA.** Procedura diretta alla liquidazione totale del patrimonio del debitore insolvente ed alla soddisfazione per quanto possibile delle ragioni dei creditori, nel rispetto delle legittime cause di prelazione.

Come chiaramente espresso nella Relazione introduttiva, l'obiettivo del Legislatore non era quello di stravolgerne la struttura, ma solo renderla più snella e veloce e possibilmente meno dispendiosa per favorire il recupero massimo possibile da parte dei creditori in tempi più brevi.

In primo luogo, quindi, si è inteso migliorare la qualità degli addetti alla procedura curando, tramite la previsione di un albo (Registro nazionale presso il Ministero della Giustizia - art. 125, comma 4, CCII), una più elevata professionalità del Curatore ¹⁹⁷, cui sono stati attribuiti ancora più poteri e mansioni, tanto da renderlo il vero *dominus* del procedimento.

-

¹⁹⁷ Non è precisato, però, in che modo pervenire a tale risultato visto che non sono chiariti i criteri effettivi di nomina tra i soggetti iscritti all'Albo.

Il legislatore, poi, ha cercato di snellire le procedure di apprensione dell'attivo, anche se non sono state apportate particolare modifiche alla disciplina delle azioni revocatorie ed a quella concernente i rapporti pendenti In sostanza è rimasto immutato il principio di fondo secondo il quale "la funzione liquidatoria della procedura deve realizzarsi non soltanto attraverso la conversione in denaro dei diritti e dei beni (materiali o immateriali) del debitore, ma anche mediante la definizione dei rapporti giuridici patrimoniali derivanti da contratti da lui stipulati e tuttora pendenti quando la procedura prende avvio". ¹⁹⁸

Una delle novità più significative disposte dal nuovo Codice attiene a quella che oggi viene chiamata "revocatoria fallimentare" per la quale è stato stabilito che il Curatore decade dalla possibilità di proporre l'azione decorsi tre anni dall'apertura della Liquidazione giudiziaria; azione che, comunque, si prescrive trascorsi cinque anni dal compimento dell'atto.

Anche la procedura relativa all'accertamento del passivo è stata velocizzata prevedendo che le domande di insinuazione debbano essere presentate in via telematica e stabilendo termini più rigidi per il deposito delle domande tardive.

Inoltre, il Legislatore ha precisato che la chiusura del fallimento con i procedimenti giudiziari ancora pendenti concerne tutti quelli nei quali è parte il curatore, comprese le azioni per l'esercizio dei diritti derivanti dalla liquidazione giudiziale e dalle procedure esecutive, nonché le azioni cautelari ed esecutive finalizzate ad ottenere l'attuazione delle decisioni favorevoli conseguite dalla liquidazione giudiziale.

Il vecchio concordato fallimentare viene sostituito dall'istituto del *Concordato nella liquidazione giudiziale* la cui funzione è sempre quella di portare a conclusione la liquidazione giudiziale, ma solo se la proposta concordataria riceva l'apporto di ulteriori risorse esterne che migliorino le prospettive di recupero dei creditori.

Il Titolo VI del Codice è dedicato, invece, specificamente ai **GRUPPI DI IMPRESE** rispetto ai quali, finora, il Legislatore si era interessato solo con riferimento alla procedura dell'Amministrazione straordinaria¹⁹⁹ e in una certa misura, nel Testo Unico

•

¹⁹⁸ Relazione illustrativa del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, pag. 238.

¹⁹⁹ L'amministrazione straordinaria è una procedura concorsuale dedicata solo per le grandi imprese, ovvero per quelle imprese che hanno un ruolo determinante nell'economia nazionale, divenute insolventi ed è finalizzata alla conservazione del loro patrimonio mediante la continuazione dell'attività. La procedura è regolata dalla cd. "Prodi-bis" (D.Lgs. 270/99, modificata dal D.L. 154/2015, conv. in

Bancario²⁰⁰.

Il nuovo Codice, invece, con queste norme inizia a regolamentare in modo organico il fenomeno delle crisi dei gruppi di imprese, fissando regole per la individuazione di un unico Tribunale competente per tutte le società interessate, per la presentazione di un ricorso unico per l'ammissione a concordato preventivo o per l'omologazione di un unico accordo di ristrutturazione, così da consentire di gestire unitariamente le procedure relative alle varie società del gruppo, tenendo conto dei riflessi che le operazioni dell'una determinano sull'altra, il tutto però nel rispetto del principio di separazione delle masse attive e passive (art. 284, comma 3 CCII).

Il tema della gestione delle crisi dei gruppi di imprese, comunque, verrà ripreso ed approfondito al successivo §3.8.

Con la disciplina della Liquidazione coatta amministrativa, le disposizioni penali, le modifiche al Codice civile, la normativa speciale prevista per gli acquirenti di immobili in costruzione e le disposizioni transitorie si chiude il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

-

L.189/2015 e poi dalla L.208/2015) e, per le imprese che hanno requisiti dimensionali ancora più elevati (cd. "imprese grandissime"), dal cd. Decreto Marzano (D.L. 347/2003 conv. in L.39/2004).

La normativa prevede, in termini assolutamente generali, che quando un'impresa viene sottoposta ad amministrazione straordinaria ed è anche parte di un Gruppo d'imprese, allora la procedura può essere estesa anche alle altre società del gruppo che sia in stato d'insolvenza, sebbene siano prive dei requisiti di dimensione e di indebitamento previsti per l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria.

²⁰⁰ F. Guerrera, La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, Il Diritto fallimentare delle società commerciali, Giappichelli Editore, il quale ricorda che « i "piani di risanamento di gruppo" sono previsti, nel diritto speciale, dagli artt. 69-quinquies e 159-bis T.u.b., introdotti dal d.lgs. n. 181/2015 in attuazione della Direttiva BRR. Nella disciplina bancaria delle crisi (Titolo IV - "Misure preparatorie, di intervento precoce e liquidazione coatta amministrativa"), essi svolgono, tuttavia, una funzione diversa e "anticipatoria", collegata anche agli stress test, poiché predispongono presidi e programmi d'azione per la gestione della crisi prima che questa si manifesti: sono cioè adottati preventivamente dalle banche interessate, valutati dalla Banca d'Italia e solo dopo, ricorrendone le circostanze, attuati sotto la vigilanza o per impulso di essa (artt. 69-octies e 69-noviesdecies T.u.b.)».

3. GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI NEL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

3.1 Introduzione e natura degli Accordi di ristrutturazione dei debiti a seguito della riforma

Gli Accordi di ristrutturazione dei debiti sono disciplinati dall'art. 57 all'art. 64 CCII e sono richiamati da numerose altre norme del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza²⁰¹.

L'intento del Legislatore è stato quello di conferire organicità ed autonomia all'Istituto che, come abbiamo visto, è stato oggetto dal 2005 in poi di numerosi interventi integrativi e correttivi non sempre armonizzati tra loro. La riforma ha riguardato molteplici profili, il cui miglioramento, nell'idea del Legislatore, dovrebbe incrementarne l'applicazione, favorire la conclusione degli accordi tra debitore e creditori, la loro esecuzione ed il buon esito con il risanamento dell'azienda e la prosecuzione dell'attività aziendale.

Gli interventi principali hanno riguardato, prima di tutto, la divisione degli ADR in tre sottocategorie: l'Accordo di ristrutturazione cd. "ordinario", l'Accordo di ristrutturazione agevolato e l'Accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa; in seconda analisi, hanno inciso sull'attuale procedimento con: (i) la possibilità a determinate condizioni di conseguire l'omologazione degli Accordi anche senza il consenso espresso dell'Amministrazione finanziaria, nonostante l'entità del credito vantato dovesse rivelarsi determinante per il calcolo percentuale degli aderenti; (ii) l'estensione dell'efficacia dell'accordo anche ai soci illimitatamente responsabili; (iii) l'abbassamento della percentuale di creditori aderenti al 30% a determinate condizioni; (iv) l'estensione

_

²⁰¹ Gli Accordi di ristrutturazione dei debiti sono richiamati anche dai seguenti altri articoli del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: Art. 6 – Prededucibilità dei crediti; Art. 19 – Composizione della crisi; Art. 33 - Cessazione dell'attività; Art.44 - Accesso al concordato preventivo ed al giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione; Art.45 – Comunicazione e pubblicazione del decreto di concessione dei termini; Art.48 – Omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti; Art.49 – Dichiarazione di apertura della Liquidazione Giudiziale; Art. 51 – Impugnazione; Art. 52 – Sospensione della liquidazione, dell'esecuzione del piano o degli accordi; Art.53 – Effetti della revoca della liquidazione qiudiziale, dell'omologazione del concordato o degli accordi di ristrutturazione; Art.54 – Misure cautelari e protettive; Art.99 – Finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti; Art. 101 - Finanziamenti prededucibili in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti; Art.102 – Finanziamenti prededucibili dei soci; Art.191 – Effetti del trasferimento di azienda sui rapporti di lavoro; Art.284 – Concordato, accordi di ristrutturazione e piano attestato di gruppo; Art. 285 – Contenuto del piano o dei piani del gruppo ed azioni a tutela dei creditori e dei soci; Art.324 – Esenzioni dai reati di bancarotta; Art.341 – Concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria; Art.352 – Disposizioni transitorie sul funzionamento dell'OCRI; Art. 368 – Coordinamento con la disciplina del diritto del lavoro.

dell'efficacia dell'accordo (ed anche della convenzione di moratoria) ai creditori non aderenti appartenenti alla stessa categoria.

L'esame dell'istituto, però, deve necessariamente riprendere dall'analisi della natura giuridica degli Accordi ma, questa volta, alla luce della normativa dettata dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza²⁰².

Abbiamo visto come il dibattito in dottrina ed in giurisprudenza sulla natura degli Accordi di ristrutturazione dei debiti nella vigente legge fallimentare sia stato davvero acceso fino a quando, nel 2018, la Cassazione non si è pronunciata con diverse sentenze con le quali ha statuito che l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 *bis* L.F. deve essere qualificato procedura concorsuale e non come strumento di diritto privato.

La riforma introdotta dal D. Lgs 14/2019 avrebbe dovuto, quindi, rappresentare l'occasione per fare chiarezza sull'argomento e ricondurre l'istituto degli Accordi di ristrutturazione nell'ambito della disciplina sua propria.

Sotto questo profilo, invece, l'obiettivo è stato forse mancato e, quindi, la dottrina si è nuovamente divisa sull'argomento²⁰³, nonostante le richiamate sentenze della Corte di Cassazione siano state emesse successivamente alla Legge delega n.155/2017 su cui poggia l'intero impianto del nuovo Codice e, quindi, nonostante la loro indubbia valenza interpretativa «non solo con riferimento alla disciplina attualmente vigente, ma anche in una prospettiva "de iure condendo", essendo intervenute nelle more del varo dei decreti delegati attuativi della citata legge delega»²⁰⁴.

La dottrina prevalente continua, comunque, a ritenere che anche nel nuovo Codice gli Accordi di ristrutturazione siano da inquadrare tra i procedimenti aventi natura concorsuale per una serie numerosa di ragioni ed in particolare, tra le più rilevanti, per la presenza di norma che: (i) prevedono l'estensione degli effetti dell'accordo anche nei confronti dei creditori che non hanno inteso aderire alla proposta formulata dal debitore; (ii) regolano in via omogenea ed unitaria il procedimento unico per l'accesso alle procedure di regolazione delle crisi e dell'insolvenza, accomunando gli Accordi di ristrutturazione dei debiti al Concordato preventivo la cui natura concorsuale, invece, è

_

²⁰² Il tema è stato già trattato al capitolo II § 2.1

²⁰³ A favore della natura concorsuale, V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina degli Accordi di ristrutturazione dei debiti*, Nel Diritto Editore, 2019; VALSENISE, *La "prima volta della Suprema Corte di Cassazione in merito alla natura degli accordi di ristrutturazione. Sorprese o conferme? Le prospettive della nuova riforma*, in BBTC, 5, 2018, 533 e ss.; Contra: C. MASCIOPINTO, *Gli Accordi di ristrutturazione dei debiti dopo il D.Lgs.* 14/2019, in Giustizia Civile.com, 11/2019; A

²⁰⁴ C. MASCIOPINTO, op. cit.

pacifica; (iii) prevedono la necessità che il perfezionamento dell'accordo sia preceduto da un provvedimento giudiziale (art.44, comma 1); (iv) richiedono la nomina di un commissario giudiziale quando al momento del deposito della domanda di accesso agli Accordi di ristrutturazione sia già presente un'istanza di apertura del procedimento di Liquidazione giudiziale da parte di un creditore (art. 44, comma 4); (v) disciplinano le misure cautelari e protettive che possono essere chieste oltre che nel concordato preventivo anche nel procedimento oggetto di esame (artt. 54 e 55).

Effettivamente, quindi, gli elementi a sostegno della natura concorsuale degli ADR appaiono numerosi e particolarmente significativi, ma, nonostante ciò, la tesi avversa è tutt'altro che timidamente argomentata.

Il primo aspetto sul quale insistono i fautori della non concorsualità è quello sistematico e cioè la collocazione della disciplina all'interno del Codice, considerato che gli Accordi di ristrutturazione sono inseriti nel capo I del Titolo IV intitolato "Accordi" insieme ai Piani attestati che, secondo la Cassazione, non rientrano tra le procedure concorsuali²⁰⁵. Gli Accordi, inoltre, sono disciplinati in un capo diverso da quello del concordato che, invece, ha natura concorsuale.

Il secondo aspetto che viene posto in evidenza per sostenere la natura privatistica e negoziale degli Accordi di ristrutturazione è la deroga espressa agli artt. 1372 e 1411 c.c. prevista negli Accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa e nella Convenzione di moratoria (artt. 61 e 62 CCII). Si sostiene, infatti, che la previsione di una deroga specifica alle norme di diritto privato sui contratti è giustificata solo "se si attribuisce agli accordi di ristrutturazione dei debiti la natura di negozio giuridico di diritto privato, cui si applica, laddove non si previsto diversamente, la disciplina sul contratto (art. 1321 e ss. c.c.)"²⁰⁶.

Uno specifico chiarimento da parte del legislatore sulla natura degli ADR e, quindi, sulla collocazione degli stessi tra i procedimenti concorsuali o tra quelli di diritto privato, sarebbe stato necessario anche in considerazione della previsione normativa europea che ha già collocato il detto istituto tra i procedimenti aventi natura concorsuale²⁰⁷.

In verità, però, con la nuova disciplina ancor più che con quella vigente, gli Accordi di ristrutturazione appaiono avere tutte le caratteristiche delle procedure concorsuali e le tesi

-

²⁰⁵ Cassazione, sez. I, 25 gennaio 2018 n.1896.

²⁰⁶ C. Masciopinto, op. cit., 24.

²⁰⁷ Regolamento UE 848/2015.

avverse sembrano forzate e poco coerenti con le caratteristiche generali dell'istituto. Senza ripetere le considerazioni più volte fatte dalla dottrina pro concorsualità, non si vede, infatti, come possa negarsene la natura, nel momento in cui si prevede la necessità di un intervento ripetuto da parte dell'Autorità giudiziaria e l'estensione degli effetti del contratto anche a soggetti che quel contratto non l'hanno sottoscritto. Il tutto senza nemmeno considerare i numerosi vincoli che il magistrato (se non sono già previsti ex lege) può disporre a favore dell'imprenditore in crisi ed a carico di terzi estranei all'Accordo (ad es. in tema di protezione del patrimonio; divieto di continuazione di azioni legali; esenzione da revocatoria, etc.).

Fino a quando permarranno dubbi tra gli operatori circa la natura concorsuale o meno degli ADR, sarà sempre alquanto rischioso avvalersi dell'istituto per le conseguenze imprevedibili che potrebbero derivare a carico dei creditori e dei terzi che dovessero avere rapporti con il debitore sia durante la negoziazione dell'Accordo e sia nel corso della sua esecuzione una volta omologato.

3.2 ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI "ORDINARI"

3.2.1 Requisiti soggettivi ed oggettivi

L'art. 57 CCII²⁰⁸ disciplina la prima tipologia di Accordi di ristrutturazione dei debiti, quelli cd. "ordinari" e, per quanto attiene ai requisiti soggettivi, stabilisce che è legittimato ad avvalersene l'imprenditore anche non commerciale e diverso dall'imprenditore minore. Pertanto, si possono considerare esclusi:

- per previsione espressa, tutti gli operatori non assoggettabili a Liquidazione giudiziaria perché rientranti nella categoria degli imprenditori minori, come individuata dall'art.2, comma 1, lett. d) CCII;

insolvenza, con i creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dei crediti e sono soggetti ad

²⁰⁸ **ARTICOLO 57 CCII - ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI: «**1. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono conclusi dall'imprenditore, anche non commerciale e diverso dall'imprenditore minore, in stato di crisi o di

omologazione ai sensi dell'articolo 44. 2. Gli accordi devono contenere l'indicazione degli elementi del piano economico-finanziario che ne consentono l'esecuzione. Il piano deve essere redatto secondo le modalità indicate dall'articolo 56. Al

piano debbono essere allegati i documenti di cui all'articolo 39. 3. Gli accordi devono essere idonei ad assicurare il pagamento integrale dei creditori estranei nei sequenti 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.

^{4.} Un professionista indipendente deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica e giuridica del piano. L'attestazione deve specificare l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini di cui al comma 3».

- ai sensi dell'art. 31 D.L. 179/2012, le *start-up* innovative perché possono avvalersi solo delle *Procedure di regolazione delle crisi da sovraindebitamento*;
- i consumatori ed i professionisti, in primo luogo perché non sono qualificabili imprenditori ed in seconda analisi perché sono anche loro espressamente riservate le *Procedure di regolazione delle crisi da sovraindebitamento* ex artt. 65 e ss. CCII.

Verosimilmente non dovrebbero poter accedere agli Accordi nemmeno le società per le quali è riservata la procedura di Liquidazione coatta amministrativa (ad es. le società cooperative) perché l'art. 296 CCII richiama il solo Concordato preventivo e non fa alcun riferimento agli Accordi di ristrutturazione che, pertanto, devono ritenersi esclusi.

Al contrario, possono accedere agli Accordi di ristrutturazione le imprese assoggettabili all'amministrazione straordinaria tenuto conto di quanto previsto all'art.1 co. 2 lett. a).

Per l'imprenditore cancellato dal Registro delle Imprese, abbiamo visto (Capitolo II, § 2.2.1) che nel silenzio della legislazione vigente è sostenibile la tesi per la quale, poiché lo strumento degli Accordi ha la funzione di evitare la Liquidazione giudiziale, dovrebbe ritenersi ammissibile anche per l'imprenditore cancellato, purché ancora assoggettabile a Liquidazione giudiziaria e, quindi, entro un anno dall'intervenuta cancellazione. Nel nuovo Codice, invece, ogni dubbio è stato sciolto per effetto dell'art. 33 comma 4 CCII il quale dispone espressamente che «La domanda (...) di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti presentata dall'imprenditore cancellato dal Registro delle imprese è inammissibile».

Per le imprese bancarie e gli intermediari non bancari, ammessa la natura concorsuale degli Accordi di ristrutturazione, resta fermo quanto già rilevato nel precedente capitolo II, § 2.2.2, anche in relazione al caso di studio della VEGAGEST SGR S.p.A.

Per quanto riguarda, infine, la posizione degli imprenditori agricoli la situazione è estremamente confusa, visto che l'art. 57 CCII fa riferimento all'imprenditore anche non commerciale, con esclusione solo dell'imprenditore minore e, poiché l'imprenditore agricolo non rientra in tale ultima categoria, si potrebbe legittimamente ritenere che a questi sia consentito l'utilizzo degli Accordi di ristrutturazione.

L'imprenditore agricolo, però, rientra tra i soggetti cui il nuovo Codice riserva le *Procedure di regolazione della crisi da sovraindebitamento* il che escluderebbe alla radice la possibilità di avvalersi degli Accordi e ciò anche alla luce dell'art.23, comma 43 del D.L. 6.7.2011 convertito il L.98/2011, il quale consentiva espressamente all'imprenditore agricolo di utilizzare lo strumento degli ADR ma solo fino a quando non

si fosse regolata la materia, cosa che si potrebbe considerare avvenuta proprio con la legge sul sovraindebitamento.

In conclusione, poiché allo stato attuale è stato espressamente previsto che l'imprenditore agricolo in crisi possa e debba avvalersi dell'*Accordo di composizione della crisi* quale procedura rientrante tra quelle per le crisi da sovraindebitamento, di converso si dovrebbe ritenere gli sia preclusa la possibilità di accedere anche agli Accordi di ristrutturazione dei debiti.

Secondo parte della dottrina, «pur prendendo atto della non cristallina chiarezza della disciplina, pare doversi ritenere che alla procedura in esame non possa accedere l'imprenditore agricolo, qualunque sia la sua dimensione ed il suo indebitamento, posto che questi ha ormai uno statuto che comprende strumenti di allerta, la possibilità di accedere ad una soluzione negoziale del suo sovraindebitamento (...) e alla soluzione liquidatoria (liquidazione controllata) con prospettiva di esdebitazione, esattamente come l'imprenditore minore e quindi di particolare favore anche sotto il profilo penale, per cui non si comprenderebbe la ulteriore possibilità di accesso alla procedura di accordi di composizione della crisi riservata agli altri imprenditori»²⁰⁹.

Certamente, però, sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore del Legislatore sulla questione dell'imprenditore agricolo, anche in relazione alla sua inclusione tra i soggetti che possono beneficiare delle Procedure per la gestione delle crisi da sovraindebitamento. Non si comprende, infatti, perché l'imprenditore agricolo debba continuare ad essere abbinato all'imprenditore minore sebbene possa trovarsi ad avere dimensioni ragguardevoli sia in termini di stato patrimoniale che di conto economico, oltre che per numero di addetti, tanto da rientrare nei parametri economici per i quali un imprenditore commerciale è assoggettabile al fallimento oggi ed alla liquidazione giudiziaria domani.

La normativa di protezione dell'imprenditore agricolo, al di là delle dimensioni dell'attività svolta, sembra più il retaggio del passato, di una Italia la cui economia era in gran parte basata sull'agricoltura. La protezione dovuta al settore dell'agricoltura, quale settore economico debole, potrebbe essere agevolmente attuata, adeguando verso l'alto nei confronti del solo imprenditore agricolo i parametri di cui all'art. 2, comma 1, lett. d) CCII.

²⁰⁹ V. ZANICHELLI, op. cit.

L'esame svolto nel Capitolo precedente²¹⁰ sui **requisiti oggettivi** richiesti dalla vigente legge fallimentare per accedere agli Accordi di ristrutturazione dei debiti si è concluso con la considerazione che sono legittimati in tal senso solo gli imprenditori che versino in stato di crisi e non anche in stato di insolvenza. Abbiamo anche rilevato, però, come nel caso della VEGAGEST la richiesta di omologazione degli ADR era da respingere – tra gli altri motivi – perché il Fondo ASTER, destinatario finale ed effettivo della procedura, versava in stato di vera e propria insolvenza, per quanto reversibile come dimostrato dal buon esito del piano di risanamento.

Con il nuovo Codice ogni dubbio è stato sciolto perché l'art. 57 CCII, sempre nello sforzo di favorire le soluzioni negoziali delle crisi d'impresa, ha stabilito espressamente che può accedere agli Accordi di ristrutturazione dei debiti «*l'imprenditore* (...) in stato di crisi o di insolvenza». La questione, quindi, alla luce della nuova formulazione della norma, non esiste più. Gli ADR sono uno strumento utilizzabile tanto dall'imprenditore solo in crisi, quanto da quello che già versi in stato di insolvenza.

L'unica riflessione possibile²¹¹ è se lo stato di insolvenza debba essere o meno reversibile ma, considerato che gli ADR sono funzionalmente destinati al salvataggio ed al risanamento dell'azienda, anche tale questione sembra speciosa, visto che se lo stato di insolvenza fosse divenuto già irreversibile, il procedimento ex art. 57 CCII, per quanto teoricamente utilizzabile, o non sarebbe scelto dall'imprenditore insolvente perché strumento inutile a risolvere la crisi, oppure, se scelto, non sarebbe ammesso o omologato dal Tribunale per l'impossibilità di produrre il risultato richiesto.

Sulla base del nuovo Codice, quindi, per quanto attiene al caso VEGAGEST, non v'è alcun dubbio che la domanda di omologazione degli Accordi di ristrutturazione dei debiti sarebbe stata sotto il profilo oggettivo certamente ammissibile.

3.2.2 Piano ed attestazione - Rinegoziazione dell'accordo o modifiche del piano

Come illustrato nel capitolo II (§ 2.4.3), l'art. 182 bis L.F. per quanto attiene al Piano, alle sue caratteristiche ed al suo contenuto rinvia alla normativa sul concordato preventivo.

Il nuovo Codice, invece, conferendo anche per tale motivo dignità ed autonomia all'istituto, fornisce una disciplina completa del procedimento, tanto da prevedere

_

²¹⁰ Capitolo II, § 2.3

²¹¹ V. ZANICHELLI, op. cit.

espressamente che gli Accordi tra debitore e creditori contengano gli elementi del Piano economico finanziario posto alla sua base.

Non vi sono differenze contenutistiche importanti tra le due normative, sicché l'unico aspetto da porre in evidenza al riguardo tra le due discipline e la previsione esplicita che l'accordo contenga gli elementi del Piano, il che lascia supporre che il legislatore intenda imporre al debitore di comunicare gli estremi del programma di risanamento ai creditori fin dall'avvio delle trattative. Dal punto di vista concreto, però, è lecito ipotizzare che ciò sia sempre avvenuto, in quanto non è immaginabile che i creditori possano valutare una proposta di accordo senza avere conoscenza del Piano che si intende proporre e dalla cui esecuzione dipende il rispetto degli impegni contrattuali assunti.

Nemmeno vi sono differenze tra la disciplina vigente e le norme del Codice, circa la natura e le caratteristiche dell'attestazione del Piano da parte del professionista indipendente.

L'unico aspetto variato tra le due discipline attiene al fatto che nell'art. 182 bis L.F. si precisa che il professionista deve redigere una relazione «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 nel rispetto dei seguenti termini (...)», mentre l'art. 57 comma 4 CCII stabilisce che «Un professionista indipendente deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica e giuridica del piano. L'attestazione deve specificare l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini di cui al comma 3».

Anche il successivo art. 58 CCII²¹² che regola il caso in cui presenti la necessità di apportare modifiche al piano (sia prima che dopo l'omologazione), ribadisce l'obbligo del professionista di rinnovare l'attestazione e nemmeno fa riferimento alla relazione di cui alla vigente normativa.

_

²¹² **ARTICOLO 58 - RINEGOZIAZIONE DEGLI ACCORDI O MODIFICHE DEL PIANO**: «1. Se prima dell'omologazione intervengono modifiche sostanziali del piano, è rinnovata l'attestazione di cui all'articolo 57, comma 4, e il debitore chiede il rinnovo delle manifestazioni di consenso ai creditori parti degli accordi. L'attestazione deve essere rinnovata anche in caso di modifiche sostanziali degli accordi.

^{2.} Qualora dopo l'omologazione si rendano necessarie modifiche sostanziali del piano, l'imprenditore vi apporta le modifiche idonee ad assicurare l'esecuzione degli accordi, richiedendo al professionista indicato all'articolo 57, comma 4, il rinnovo dell'attestazione. In tal caso, il piano modificato e l'attestazione sono pubblicati nel registro delle imprese e della pubblicazione è dato avviso ai creditori a mezzo lettera raccomandata o posta elettronica certificata. Entro trenta giorni dalla ricezione dell'avviso è ammessa opposizione avanti al tribunale, nelle forme di cui all'articolo 48».

La nuova disposizione, quindi, non utilizza più l'espressione "relazione", ma solo "attestazione" e ciò fa supporre che il professionista, dinanzi ad un piano articolato e completo, possa limitare la sua attività alla formulazione di una mera certificazione di idoneità dell'accordo, senza doverne illustrare necessariamente le ragioni ed i motivi come è invece, corretto ritenere nel caso in cui egli avesse l'obbligo di redigere una "relazione".

Probabilmente, la *ratio* della semplificazione prevista dal nuovo Codice risiede nella prescrizione che impone l'inclusione nell'accordo anche del piano, sicché allegare pure una relazione che, ripetendo il contenuto del Piano, ne attesti l'idoneità potrebbe effettivamente rilevarsi superflua.

Il Legislatore con il nuovo Codice è intervenuto anche per risolvere un altro aspetto della disciplina degli Accordi di ristrutturazione che nella prassi operativa avrà creato numerose difficoltà applicative, la cui soluzione veniva poi lasciata all'interpretazione giurisprudenziale. Il richiamato art. 58 CCII, infatti, ha regolamentato il procedimento da osservare nel caso in cui si rendano necessarie modifiche al Piano o agli Accordi, sia dopo la loro sottoscrizione ma prima dell'omologazione (1° comma) e sia ad omologazione avvenuta (2° comma).

In particolare, la norma prevede che se prima dell'omologazione intervengono modifiche sostanziali al Piano, va rinnovata sia l'attestazione da parte del professionista che le adesioni da parte dei creditori che hanno sottoscritto gli Accordi. Se ad essere modificati sono gli Accordi, egualmente il professionista deve rinnovare l'Attestazione in relazione agli stessi.

Nel caso in cui il Piano debba subire interventi sostanziali ad omologazione avvenuta, l'imprenditore apporterà le modifiche necessarie ed il Professionista dovrà procedere con la rinnovazione dell'attestazione, fermo il diritto dei creditori di proporre opposizione.

La norma, quindi, individua due momenti ben distinti in cui possono risultare necessarie modifiche al Piano e/o agli Accordi e cioè prima e dopo che sia stato emesso un provvedimento giurisdizionale divenuto anche definitivo. Il Legislatore, però, consapevole che il Piano economico-finanziario può subire variazioni impreviste ed imprevedibili, sempre nell'ottica di favorire il risanamento ed il completamento delle procedure negoziali di gestione delle crisi, ha voluto espressamente disciplinare la fattispecie, evitando di lasciare nell'incertezza il magistrato.

Laddove il provvedimento dell'autorità giudiziaria non sia stato ancora emesso, è previsto che il professionista debba nuovamente valutare le modifiche intervenute al Piano e/o agli Accordi ed esprimere nuovamente, attraverso la formulazione dell'attestazione, la propria valutazione circa l'idoneità del nuovo Piano/Accordi al raggiungimento dei risultati prefissati.

Al contrario, se il provvedimento di omologazione risultasse già emesso, oggetto di modifiche potrà essere solo il Piano e non anche gli Accordi: in tal caso, l'imprenditore dovrà procedere con le modifiche necessarie affinché il programma rinnovato sia idoneo ad assicurare l'esecuzione degli Accordi ed il professionista, dopo averlo riesaminato, ove lo ritenga comunque adeguato, rinnoverà l'attestazione.

Le fattispecie previste dal Legislatore al primo ed al secondo comma dell'art. 58 CCII sono sostanzialmente diverse, perché al primo comma (pre-omologazione) le modifiche al Piano possono portare anche alla modifica degli Accordi, mentre al secondo comma (post omologazione) le modifiche possono riguardare solo il Piano e non gli Accordi che, pertanto, devono essere rispettati così come originariamente sottoscritti tra le Parti anche a seguito della modifica del Piano. In quest'ultimo caso, quindi, la modifica del Piano non può stravolgere gli Accordi già raggiunti con i creditori ed omologati dal Tribunale, altrimenti, verosimilmente, nel silenzio della norma, sarà necessario procedere con un nuovo giudizio di omologazione.

Il vero problema che pone la norma, però, appare l'interpretazione dell'aggettivo "sostanziali" e cioè quali caratteristiche e di che entità devono avere le modifiche perché si debba applicare la procedura di revisione disciplinata dall'art. 58 CCII.

Probabilmente, con l'aggettivo "sostanziali", il legislatore intende riferirsi a quelle modifiche del Piano che incidono o sulle percentuali dei pagamenti o sui tempi degli stessi. Tutte le modifiche operative di natura differente dovrebbero essere automaticamente ammissibili senza essere costretti a chiedere una nuova attestazione o un nuovo Accordo.

Il contratto stipulato tra debitore e creditori, poi, sottoposto all'omologazione del Tribunale è finalizzato al raggiungimento di uno scopo e se questo può essere conseguito senza danno per i creditori aderenti e non aderenti, sebbene con alcune modifiche di percorso, per il Legislatore dovrebbe andar bene perché viene rispettata la *ratio* della norma.

3.2.3 Contenuto, condizioni e forma degli Accordi

Come nella vigente legge fallimentare, anche nel nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza, il contenuto degli Accordi di ristrutturazione dei debiti è completamente rimesso alla disponibilità delle parti: non vi sono vincoli di sorta, nemmeno in relazione ad eventuali privilegi o garanzie, salvo quanto si dirà nel prosieguo.

L'unico vincolo è rappresentato da quanto previsto al terzo comma dell'art. 57 CCII il quale dispone che gli Accordi «devono essere idonei ad assicurare il pagamento integrale dei creditori estranei (...)». L'imprenditore, quindi, può raggiungere qualsiasi intesa con i creditori aderenti, ma l'accordo deve avere un contenuto tale da garantire il pagamento dei creditori che l'accordo non hanno inteso sottoscriverlo (nei tempi di seguito evidenziati).

Nel capitolo II (§ 2.4.2) è stato trattato il tema dell'ammissibilità degli ADR con contenuto liquidatorio e l'idea espressa è che, in mancanza di una specifica previsione legislativa, dovrebbero essere consentiti solo se la liquidazione delle attività possa considerarsi funzionale all'iniziativa imprenditoriale intrapresa (come nel caso della VEGAGEST), altrimenti la liquidazione dell'azienda apparirebbe in contrasto con la *ratio* dell'istituto che è il risanamento della stessa.

Anche il nuovo Codice non affronta la questione in modo esplicito, ma l'analisi congiunta delle norme dedicate agli ADR autorizza l'interprete a ritenere che il contenuto liquidatorio, in relazione agli Accordi "ordinari" ex art. 57 CCII ed agli Accordi "agevolati ex art. 60 CCII, sia regolarmente ammissibile, visto che per tali tipologie di accordi le rispettive norme di riferimento non prevedono alcun limite contenutistico, a differenza, invece, di quanto accade per gli Accordi ad efficacia estesa per i quali l'art. 61 CCII esclude espressamente che possano avere contenuto liquidatorio.

L'art. 57 CCII prevede anche due condizioni per l'omologazione ²¹³ degli Accordi: l'adesione di almeno il 60% dei creditori e l'idoneità degli stessi affinché sia assicurato il pagamento integrale dei creditori non aderenti nel rispetto dei termini indicati al 3° comma, del tutto identici a quelli attualmente vigenti.

-

²¹³ Secondo il Tribunale di Milano 24 gennaio 2007, in Giu. It. 2007, 7, 1692, l'adesione della percentuale di creditori non è presupposto di ammissibilità ma condizione di omologazione e quindi è sufficiente che sussista al momento del provvedimento.

Nessuna differenza tra la disciplina vigente e quanto previsto dal nuovo Codice in relazione alla struttura ed alla forma dell'Accordo e, quindi, si rinvia a quanto già esposto sull'argomento nel capitolo II § 2.4.2.

3.3 FORME PARTICOLARI DI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI: ACCORDI AGEVOLATI **ED ACCORDI AD EFFICACIA ESTESA**

Una delle novità più rilevanti del D.Lgs. 14/2019 è la previsione di altre due tipologie di Accordi di ristrutturazione dei debiti, oltre quella cd. "ordinaria" disciplinata dall'art. 57 CCII: gli Accordi di ristrutturazione agevolati, regolati dall'art. 60 CCII e gli Accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa disciplinati dall'art. 61 CCII.

Gli Accordi agevolati²¹⁴ sono così definiti perché consentono al debitore di stipulare accordi con i creditori che rappresentino almeno il 30% dei crediti e non più il 60% previsto dagli Accordi "ordinari" a condizione, però, che i creditori estranei vengano soddisfatti immediatamente (o alla scadenza del rispettivo credito) - senza che sia richiesta la moratoria di cui al comma 3 del citato art.57 CCII e che l'imprenditore non abbia chiesto, e comunque rinunci a chiedere, eventuali misure di protezione del patrimonio.

Naturalmente, il presupposto sostanziale per avvalersi degli Accordi in forma "agevolata" è che l'imprenditore sia in condizioni di pagare senza ritardo i creditori estranei e che non tema aggressioni da parte di questi e, pertanto, si tratta di una tipologia di Accordi pensata per le situazioni di difficoltà aziendale non particolarmente gravi, per il cui risanamento possa essere sufficiente raggiungere un'intesa anche solo con una piccola percentuale di creditori.

Gli Accordi di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa²¹⁵, come illustrato nel capitolo II § 2.7, sono già stati introdotti nella vigente Legge fallimentare (art. 182 septies

²¹⁴ **ART. 60 CCII - ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE AGEVOLATI**: «1. La percentuale di cui al all'articolo 57, comma 1, è ridotta della metà' quando il debitore: a) non proponga la moratoria dei creditori estranei agli accordi; b) non abbia richiesto e rinunci a richiedere misure protettive temporanee».

²¹⁵ Art. 61 CCII - Accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa: «1. Le disposizioni di cui alla presente sezione si applicano, 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 categoria, individuata tenuto conto dell'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici.

^{2.} Ai fini di cui al comma 1 occorre che: a) tutti i creditori appartenenti alla categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative, siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché' sull'accordo e sui suoi effetti; b) l'accordo abbia carattere non liquidatorio, prevedendo la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta ai sensi dell'articolo 84, comma 2, e che i creditori vengano soddisfatti in misura significativa o prevalente dal ricavato della continuità' aziendale;

L.F.) per favorire gli Accordi nelle situazioni in cui il ceto creditorio sia rappresentato prevalentemente da Banche ed Istituti finanziari, evitando che taluni di essi, in particolare quelli titolari di crediti di piccola entità e per tale motivo più disponibili a far saltare l'accordo ove non soddisfatti nelle proprie specifiche pretese, potessero condizionare negativamente le trattative ed impedire, senza alcun giustificato motivo, il raggiungimento di un'intesa per il risanamento dell'attività aziendale.

Con il nuovo Codice il Legislatore, per incrementare ancor di più le possibilità degli ADR di rappresentare una soluzione negoziale per la gestione delle crisi aziendali, ha deciso di estendere questa norma, che ovviamente costituisce un beneficio non indifferente per il debitore, a qualsiasi tipologia di creditore e non solo a quelli bancari e finanziari.

Più chiaramente, nella vigente legge fallimentare (art. 182 septies) il beneficio dell'estensione degli effetti dell'accordo è previsto alle seguenti condizioni: (i) che i debiti verso banche ed intermediati finanziari siano almeno il 50% dell'indebitamento complessivo (aziende indebitate prevalentemente con banche); (ii) che i creditori bancari e finanziari aderenti all'accordo siano almeno pari al 75% del totale della categoria in cui gli stessi devono essere riuniti per omogeneità di posizioni giuridiche o di interessi. Con l'art. 61 CCII, invece, l'estensione può riguardare anche tutte le altre tipologie di creditori, purché appartenenti alla medesima classe in quanto titolari di posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei. In ogni caso è sempre necessario che aderisca almeno il 75% dei creditori appartenenti alla medesima categoria per chiedere l'estensione al restante 25% non aderente.

_

c) i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino il settantacinque per cento di tutti i creditori appartenenti alla categoria, fermo restando che un creditore può' essere titolare di crediti inseriti in più' di una categoria; d) i creditori della medesima categoria non aderenti cui vengono estesi gli effetti dell'accordo possano risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale; e) il debitore abbia notificato l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori nei confronti dei quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo.

^{3.} I creditori della medesima categoria non aderenti ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo possono proporre opposizione ai sensi dell'articolo 48, comma 4. Per essi, il termine per proporre opposizione decorre dalla data della comunicazione.

^{4.} In nessun caso, per effetto dell'accordo di ristrutturazione, ai creditori ai quali è' stato 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. Non è' considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già' stipulati.

^{5.} Quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, l'accordo di ristrutturazione dei debiti può individuare una o più categorie tra tali tipologie di creditori che abbiano fra loro posizione giuridica ed interessi economici omogenei. In tal caso il debitore, con il ricorso di cui all'articolo 40, può chiedere, anche se non ricorre a condizione prevista dal comma 2, lettera b), che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti appartenenti alla medesima categoria. Restano fermi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari».

La differenza più interessante rispetto alla disciplina vigente è nel contenuto del Piano e dell'Accordo che deve necessariamente prevedere la continuazione dell'attività d'impresa; inoltre, l'estensione degli effetti è subordinata alla condizione che dal Piano risulti che i non aderenti vengano soddisfatti in misura superiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

Il Legislatore, quindi, ha consentito ad una ulteriore contrazione dei diritti spettanti ai creditori non aderenti, ma solo se il Piano sia finalizzato alla continuazione dell'attività, sicché, di converso, è escluso che si possa ottenere il beneficio dell'estensione se il programma proposto abbia natura meramente liquidatoria²¹⁶. Il sacrificio del singolo è permesso solo se a beneficiare sia la collettività attraverso la sopravvivenza dell'entità produttiva. Comunque, il sacrificio del creditore dissenziente deve essere circoscritto alla sfera della sua volontà di non aderire alla proposta formulata e non al suo diritto di credito, perché il Piano elaborato dal debitore che chiede l'estensione degli effetti dell'accordo deve fornire la dimostrazione che il recupero da parte di questi creditori avvenga in misura significativa o prevalente con i flussi del ricavato dell'attività aziendale.

Rimane ferma, per il resto, la tutela dei creditori non aderenti e non appartenenti ad alcuna classe.

Il comma 5 dell'art. 61 CCII, infine, prevede un'ulteriore sottospecie degli Accordi ad efficacia estesa che riguarda le situazioni aziendali nelle quali i debiti verso banche ed intermediari finanziari siano pari ad almeno il 50% dell'indebitamento complessivo (come previsto dal vigente art. 182 septies L.F): in questi casi, il debitore può chiedere l'estensione degli effetti dell'Accordo solo a questa categoria di creditori (sempre che siano riuniti in classi omogenee) e l'istanza può essere avanzata anche se gli Accordi abbiano contenuto meramente liquidatorio.

Naturalmente, l'estensione degli effetti dell'Accordo anche ai creditori non aderenti appartenenti alla medesima classe non comporta il diritto di pretendere da essi pure comportamenti attivi: ad esempio, non si può chiedere ad un fornitore non aderente di continuare a fornire merce, oppure ad una banca di continuare a fare credito. I non aderenti cui vengono estesi gli effetti degli accordi sottoscritti dagli altri (almeno 75%) creditori della stessa categoria saranno passivamente tenuti al rispetto del Piano con il diritto di incassare le percentuali offerte nell'Accordo nei tempi ivi previsti.

²¹⁶ La norma, peraltro, rappresenta un'ulteriore conferma che gli Accordi di ristrutturazione "ordinari" possono ben avere contenuto liquidatorio.

3.4 Transazione fiscale e accordi su crediti contributivi

Nel nuovo Codice, la disciplina dell'istituto della transazione fiscale, che può essere proposta dal debitore nel corso delle trattative con i creditori, riproduce quasi integralmente i commi 5 e 6 dell'art. 182 ter L.F. ed è contenuta nell'art. 63 CCII²¹⁷.

Il contenuto dell'eventuale transazione è libero e senza condizioni. Resta fermo, però, l'obbligo del professionista indipendente di estendere l'attestazione anche alla convenienza «del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale e tale circostanza costituisce oggetto di specifica valutazione da parte del Tribunale».

Quanto precede significa che non è ammissibile una proposta di transazione fiscale che non sia più conveniente per l'Ufficio rispetto al potenziale recupero in sede di Liquidazione e ciò, evidentemente, per tutelare l'Amministrazione rispetto all'applicazione dell'art. 48 comma 5 CCII il quale prevede che l'accordo di ristrutturazione può essere omologato anche senza l'adesione dell'amministrazione finanziaria quando tale adesione sia necessaria per raggiungere le percentuali previste dagli artt. 57 comma 1 e 60 comma 1 CCII e quando la proposta sia più conveniente rispetto all'eventuale liquidazione.

Il Tribunale, quindi, ha il dovere di controllare la convenienza della proposta fiscale e non pare trattarsi di un controllo meramente formale dell'attestazione, ma verosimilmente di

²¹⁷ ARTICOLO 63 - TRANSAZIONE FISCALE E ACCORDI SU CREDITI CONTRIBUTIVI: «1. Nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione degli accordi di ristrutturazione di cui agli articoli 57, 60 e 61 il debitore può proporre una transazione fiscale. In tali casi l'attestazione del professionista indipendente in possesso dei requisiti di cui all'art. 2, comma 1, lettera o), relativamente ai crediti fiscali e previdenziali, deve inerire anche alla convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale; tale circostanza costituisce oggetto di specifica valutazione da parte del tribunale.

^{2.} La proposta di transazione fiscale, unitamente alla documentazione di cui agli articoli 57, 60 e 61 è depositata presso gli uffici indicati all'articolo 88, comma 3. Alla proposta di transazione deve essere allegata la dichiarazione sostitutiva, resa dal debitore o dal suo legale rappresentante ai sensi dell'articolo 47 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, che la documentazione di cui al periodo precedente rappresenta fedelmente e integralmente la situazione dell'impresa, con particolare riguardo alle poste attive del patrimonio. L'adesione alla proposta è espressa, su parere conforme della competente direzione regionale, con la sottoscrizione dell'atto negoziale da parte del direttore dell'ufficio. Per i tributi amministrati dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli l'adesione alla proposta è espressa dalla competente direzione interregionale, regionale e interprovinciale con la sottoscrizione dell'atto negoziale. L'atto è sottoscritto anche dall'agente della riscossione in ordine al trattamento degli oneri di riscossione di cui all'articolo 17 del decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 112. L'assenso così espresso equivale a sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione. Ai fini dell'articolo 48, comma 5, l'eventuale adesione deve intervenire entro sessanta giorni dal deposito della proposta di transazione fiscale.

^{3.} La transazione fiscale conclusa nell'ambito degli accordi di ristrutturazione è risolta di diritto se il debitore non esegue integralmente, entro novanta giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti alle agenzie fiscali e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie».

un controllo nel merito dell'Accordo e della transazione e ciò lo si può ricavare dall'espressione utilizzata dall'art. 63 comma 1 CCII «(...) specifica valutazione da parte del Tribunale» che implica un'operazione valutativa più pregnante e di merito. Parimenti, il comma 5 dell'art. 48 CCII prevede che la valutazione del Tribunale debba avvenire anche (ma non solo) sulla base dell'attestazione del professionista indipendente.

L'art. 63 CCII non fa riferimento a nessuna delle tre tipologie di Accordi e, quindi, si deve ritenere che lo strumento della transazione fiscale sia sempre utilizzabile.

Va sottolineato, infine, che l'eventuale adesione da parte dell'amministrazione finanziaria deve necessariamente avvenire entro 60 giorni dal deposito della proposta di transazione fiscale e ciò ai fini dell'applicazione della richiamata normativa ex art. 48 comma 5 CCII. L'inerzia dell'Amministrazione, pertanto, può condurre alla sua adesione forzata all'Accordo se presenti le condizioni previste dalla norma e di cui è cenno innanzi.

Una questione interessante che riguarda le transazioni fiscali è quella degli effetti dell'accordo sulle liti pendenti con il Fisco. A tal riguardo, nel silenzio della norma, è da ritenere che la stipula di una transazione comporti la definizione delle liti in corso e ciò applicando il principio generale di cui all'art. 1965 c.c. D'altra parte, la *ratio* della transazione fiscale è proprio quella di risolvere i problemi con il fisco che incidono negativamente sul risanamento dell'azienda e sulla continuità aziendale e non vi sarebbe alcuna logica a ritenere che le cause in corso possano proseguire e così incidere negativamente sull'accordo a seconda del loro esito.

3.5 COOBBLIGATI E SOCI ILLIMITATAMENTE RESPONSABILI

La nuova disciplina relativa agli effetti dell'accordo sui fideiussori e sui coobbligati del debitore (art. 59 CCII)²¹⁸ rappresenta anch'essa un ulteriore beneficio previsto dal Legislatore a favore del debitore che intenda avvalersi degli strumenti di regolazione della crisi.

La vigente legge fallimentare, infatti, nulla dispone in merito agli Accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis e ss., ma l'art. 184 L.F. prevede che i creditori

²¹⁸ **ARTICOLO 59 CCII - COOBBLIGATI E SOCI ILLIMITATAMENTE RESPONSABILI:** «1. Ai creditori che hanno concluso gli accordi di ristrutturazione si applica l'articolo 1239 del Codice civile.

^{2.} Nel caso in cui l'efficacia degli accordi sia estesa ai creditori non aderenti, costoro conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso.

^{3.} Salvo patto contrario, gli accordi di ristrutturazione della società hanno efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, i quali, se hanno prestato garanzia, continuano a rispondere per tale diverso titolo, salvo che non sia diversamente previsto».

del concordato (preventivo) conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore ed i coobbligati in via di regresso e che, salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili. Sulla base della normativa vigente, quindi, è possibile ritenere che, in via analogica, gli Accordi non liberino i fideiussori ed i coobbligati del debitore.

Il nuovo art. 59 CCII, invece, in relazione ai fideiussori e ai coobbligati del debitore, stabilisce espressamente che, in applicazione dell'art. 1239 c.c., la liberazione del debitore conseguente l'esecuzione degli Accordi si estende anche ai fideiussori.

La liberazione dagli impegni di garanzia, infine, salvo patto contrario, non si applica nel caso in cui la fideiussione sia stata rilasciata dai soci illimitatamente responsabili i quali saranno liberati solo dagli obblighi loro derivanti dal vincolo sociale e non da quelli scaturenti dalla sottoscrizione di specifico contratto fideiussorio.

La *ratio* di quest'ultima disposizione, in verità, non è chiara, sebbene sia evidente che il titolo delle rispettive obbligazioni è diverso²¹⁹.

La liberazione dei garanti, naturalmente, non si applica rispetto a quei creditori non aderenti ai quali siano stati estesi gli effetti dell'Accordo ex art. 61 CCII.

3.6 MISURE DI PROTEZIONE E CAUTELARI ED EFFETTI DEGLI ACCORDI SULLA DISCIPLINA SOCIETARIA

Il tema delle misure di protezione e delle misure cautelari nella vigente legge fallimentare è stato trattato al precedente Capitolo II, § 2.5. In sostanza era prevista: (i) una protezione automatica per sessanta giorni già a decorrere dalla mera presentazione della domanda di omologazione; (ii) la possibilità di richiedere e ricevere protezione anche nella fase delle trattative fino al termine concesso dal Tribunale per il deposito degli accordi definitivi e del Piano.

Con il nuovo Codice, invece, la disciplina degli strumenti di protezione è cambiata, perché non è più previsto alcun *automatic stay*, ma le misure devono di volta in volta

²¹⁹ La Cassazione si è più volte pronunciata (Cass. n. 26012/2007; Cass. n. 8944/2016; Cass. ordinanza 7139 del 22.3.2018) sul tema della fideiussione rilasciata dal socio illimitatamente responsabile ed ha statuito che il rilascio della garanzia fideiussoria da parte del socio illimitatamente responsabile non modifica lo schema legale delle società di persone, ma attribuisce al creditore un ulteriore titolo (la fideiussione) in base al quale egli può agire, senza che il fideiussore in quanto tale possa avvalersi del *beneficium*

essere richieste dall'imprenditore ed eventualmente concesse dal Tribunale che può revocarle in qualsiasi momento verificandosi determinate condizioni (art. 54 CCII).²²⁰

Il primo momento in cui il debitore in crisi può richiedere le misure di protezione è nel corso della *Procedura di composizione della crisi* (Art. 20 CCII); l'istanza andrà depositata al Tribunale delle Imprese competente e dovrà avere ad oggetto quelle misure necessarie per condurre a termine le trattative in corso. Il provvedimento stabilirà un termine massimo di tre mesi, eventualmente prorogabile in funzione dell'andamento delle trattative.

Se la procedura di composizione assistita della crisi non dovesse sortire effetti positivi e l'imprenditore dovesse decidere di avvalersi delle *Procedure di regolazione della crisi e*

ARTICOLO 54 CCII - MISURE CAUTELARI E PROTETTIVE: « 1. Nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale o della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione, su istanza di parte, il tribunale può emettere i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

^{2.} Se il debitore ne ha fatto richiesta nella domanda di cui all'articolo 40, dalla data della pubblicazione della medesima domanda nel registro delle imprese, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio. Dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano.

^{3.} Le misure protettive di cui al comma 2 possono essere richieste dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima del deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, allegando la documentazione di cui all'articolo 57 e la proposta di accordo corredata da un'attestazione del professionista indipendente che attesta che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e che la stessa, se accettata, è idonea 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. La disposizione si applica anche agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa di cui all'articolo 61.

^{4.} Quando le misure protettive di cui al comma 2 o i provvedimenti necessari per condurre a termine le trattative in corso sono richiesti ai sensi dell'articolo 20 dal debitore che ha presentato l'istanza di composizione assistita della crisi o sia stato convocato dall'OCRI, la domanda, su istanza del debitore, può essere pubblicata nel registro delle imprese.

^{5.} Il presidente del tribunale o il presidente della sezione cui e' assegnata la trattazione delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza fissa con decreto l'udienza entro un termine non superiore a trenta giorni dal deposito della domanda. Con provvedimento motivato il presidente del tribunale può fissare l'udienza di cui al primo periodo entro un termine non superiore a quarantacinque giorni dal deposito della domanda. All'esito dell'udienza, provvede, senza indugio, con decreto motivato, fissando la durata delle misure.

^{6.} Le misure protettive disposte conservano efficacia anche se il debitore, prima della scadenza fissata dal giudice ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lettera a) per il deposito degli accordi di ristrutturazione, deposita domanda di apertura del concordato preventivo.

^{7.} L'amministratore delle procedure di insolvenza nominato dal giudice competente ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 può chiedere i provvedimenti di cui ai commi 1 e 2 quando nel territorio dello Stato è stata presentata la domanda di cui all'articolo 40 o, se non risulta depositata la domanda, nella richiesta sono indicate le condizioni di effettivo ed imminente soddisfacimento non discriminatorio di tutti creditori secondo la procedura concorsuale aperta.

dell'insolvenza, nuovamente potranno essere richieste dalle parti interessate le misure cautelari e protettive di cui all'art. 54 CCII²²¹.

Delle prime, la norma non dà alcuna prescrizione in termini di contenuto, ma stabilisce solo (comma 1) che possono essere richieste su istanza di parte nel corso del procedimento di omologazione ed il Tribunale le può concedere quando «appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che (...) omologa (...) gli accordi di ristrutturazione dei debiti». Il legislatore, a parte l'indicazione dell'eventuale nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, ha lasciato libere le parti ed il magistrato nell'individuazione del provvedimento cautelare più utili ad assicurare gli effetti anticipatori della situazione giuridica conseguente il provvedimento richiesto. Sempre sotto questo profilo, si è sostenuta la tesi²²² secondo la quale nel procedimento di omologazione degli ADR i creditori (quale parte legittimata a fare istanza per la concessione di misure cautelari) non potrebbero chiedere provvedimenti che incidano sull'amministrazione del patrimonio, perché negli ADR non è prevista alcuna forma di spossessamento del debitore.

In ogni caso, come indicato nella Relazione al D.lgs. 14/2019, «Potranno essere dunque richieste misure "tipiche", come il sequestro conservativo o la sospensione delle procedure esecutive e cautelari, ma anche misure atipiche, in particolare di carattere inibitorio, come la giurisprudenza formatasi sulla previgente normativa fallimentare aveva consentito. Tra le misure possibili si annovera anche quella di nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio del debitore, sulla falsariga del sequestro giudiziario di cui all'articolo 670 codice procedura civile».

Le misure protettive cui fa riferimento il nuovo Codice, invece, sono quei tutti quei provvedimenti diretti ad impedire l'avvio o la prosecuzione di azioni sul patrimonio del debitore. Tali misure scattano automaticamente dal deposito della domanda di accesso alla procedura di regolazione della crisi ex art. 40 CCII solo, però, se il debitore le ha richieste (art. 54 comma 2 CCII); l'imprenditore, comunque, le può espressamente richiedere, dopo il deposito della domanda di accesso, nel corso delle trattative e prima di chiedere l'omologazione degli accordi, se l'istanza è accompagnata dall'attestazione del professionista indipendente che certifichi la pendenza di serie trattative almeno con il

-

²²¹ Si fa presente che gli artt. 54 e 55 si applicano non solo agli ADR, ma anche alla Liquidazione Giudiziale ed al Concordato preventivo con alcune differenze tra i tre procedimenti.

²²² V. ZANICHELLI, op. cit., 106.

60% dei creditori e l'idoneità della proposta, ove accettata, ad assicurare il pagamento di tutti i creditori non aderenti (art. 54, comma 3 CCII).

Il procedimento previsto per le misure cautelari è analogo a quello disciplinato dal Codice di procedura civile per i procedimenti cautelari (artt. 669 bis e ss. c.p.c.), mentre quello relativo alle misure protettive è certamente più snello perché il Tribunale, dopo aver assunto sommarie informazioni, conferma o revoca con decreto le misure protettive e ne stabilisce la durata (art. 55 comma 3 CCII).

Tra le misure che svolgono comunque una funzione di protezione del debitore nel corso delle trattative per l'accordo e durante il procedimento di omologazione, possiamo includere anche le disposizioni previste dall'art. 64 CCII²²³ che riproduce integralmente la norma già prevista nella vigente Legge fallimentare all'art. 182 *sexsies*. L'argomento, pertanto, è stato già trattato nel capitolo II §2.5

In ogni caso, si tratta di effetti che si producono *ex lege* per il periodo di tempo che intercorre tra la data di richiesta delle misure cautelari e protettive durante la fase delle trattative (art. 54 comma 3 CCII) o dal momento del deposito della domanda di omologazione degli accordi e fino alla data dell'eventuale provvedimento e consistono nel beneficio per il debitore di poter disapplicare una serie di normative in ambito societario che renderebbero impossibile il percorso negoziale di risanamento dell'azienda.

Come abbiamo già esaminato, il vigente art. 182 *sexsies* L.F. ed l'art. 64 CCII sono disposizioni che mirano a favorire l'impresa in crisi per il periodo di tempo necessario a adottare una procedura di risanamento sul presupposto che, all'esito dell'omologazione, la situazione patrimoniale e finanziaria della società non richieda necessariamente l'adozione dei provvedimenti sul capitale previsti dalle norme civilistiche.

3.7 I BENEFICI E LA PREDEDUZIONE NEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE – I FINANZIAMENTI ALL'AZIENDA IN CRISI

numero 4, e 2545-duodecies del Codice civile.

²²³ ARTICOLO 64 CCII - EFFETTI DEGLI ACCORDI SULLA DISCIPLINA SOCIETARIA: «1. Dalla data del deposito della domanda per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione disciplinati dagli articoli 57, 60 e 61 ovvero della richiesta di misure cautelari e protettive ai sensi dell'articolo 54 relative ad una proposta di accordo di ristrutturazione e sino all'omologazione, non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del Codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484,

^{2.} Resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della richiesta di misure cautelari e protettive di cui al comma 1, l'applicazione dell'articolo 2486 del Codice civile».

Uno dei benefici più rilevanti che conseguono all'omologazione degli accordi è **L'ESENZIONE DA REVOCATORIA**, disciplinata dall'art. 166, comma 3, lett. e) CCII²²⁴, che copre tutti gli atti, i pagamenti e le garanzie sui beni del debitore posti in essere dal momento del deposito della domanda di accesso agli Accordi di ristrutturazione, compresi quelli cui si è dato corso durante l'esecuzione del Piano ad omologazione avvenuta.

L'esenzione opera sia riguardo alla revocatoria in sede di liquidazione giudiziaria che a quella ordinaria.

La norma andrà a sostituire l'art. 67 L.F. il cui testo (per la parte che interessa gli Accordi di ristrutturazione) presenta però delle differenze che potrebbero anche rivelarsi significative.

La prima di esse attiene alla circostanza che nel nuovo testo è precisato che le garanzie esenti da revocatoria sono quelle iscritte su beni del debitore, mentre nel vecchio testo si parla di garanzie in generale, senza alcuna ulteriore precisazione.

L'interpretazione letterale dell'art. 166 CCII, quindi, porterebbe a concludere che l'esenzione non copre le garanzie prestate da terzi, tanto più che l'accordo cui fa riferimento l'art. 57 CCII è solo quello tra debitore e creditori, senza alcun accenno all'eventuale partecipazione di terzi.

Sulla questione si è però sostenuto²²⁵ che è normale e certamente frequente che il piano posto a base dell'accordo tra debitore e creditori preveda anche l'intervento di terzi al fine di prestare garanzie, e, quindi, anche gli adempimenti connessi agli impegni programmati nel Piano, proprio perché finalizzati alla conclusione dell'Accordo, dovrebbero poter godere del medesimo beneficio. A supporto della tesi "estensiva" anche alle garanzie su beni di terzi purché rientranti nel Piano e quindi nell'Accordo viene richiamato il provvedimento del Tribunale di Milano²²⁶ emesso, però, vigente la legge fallimentare.

_

²²⁴ ART. 166 CCII - ATTI A TITOLO ONEROSO, PAGAMENTI, GARANZIE: «1. (...). 2. (...). 3. Non sono soggetti all'azione revocatoria: a) (...); b) (...); c) (...); d) (...); e) gli atti, i pagamenti e le garanzie su beni del debitore posti in essere in esecuzione del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione omologato e in essi indicati, nonché' gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dal debitore dopo il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione. L'esclusione opera anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria (...)».

²²⁵ V. ZANICHELLI, op. cit., 125

²²⁶ Tribunale di Milano, decreto 20.11.2013, in Fallimento, 2014, ,1, 113, secondo il quale «*Le garanzie concesse ai soli creditori che hanno erogato nuova finanza alla debitrice, in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.f. ed in funzione dello stesso, essendo teleologicamente conseguenti alle pattuizioni assunte nell'accordo, beneficiano dell'esenzione da revocatoria fallimentare di cui all'art. 67, comma 3, lett. e) l.f.».*

In ogni caso, se si vuole beneficiare dell'esenzione da revocatoria, è indispensabile che le operazioni realizzate dal debitore siano dettagliatamente indicate nell'accordo omologato.

Altra significativa novità presente nell'art. 166 CCII è la previsione espressa che l'esenzione dall'azione revocatoria riguarda anche quella ordinaria ex art 2901 c.c., così risolvendo i dubbi interpretativi ed i contrasti giurisprudenziali esistenti sul punto, anche se una recentissima sentenza della Corte di Cassazione ha stabilito espressamente che l'esenzione da revocatoria prevista dall'art. 67, comma 3, lett. e) si applica solo all'azione revocatoria fallimentare e non anche a quella ordinaria²²⁷.

Come abbiamo esaminato nel Capitolo II § 2.6, anche il tema dei FINANZIAMENTI necessari alla gestione del risanamento dell'azienda in crisi è tanto importante quanto delicato.

Per quanto concerne gli Accordi di ristrutturazione dei debiti, la vigente legge fallimentare disciplina (e protegge con la prededuzione e da azioni revocatorie) quattro ipotesi di finanziamento: (a) il finanziamento cd. "ponte" (art.182 quater, comma 2); (b) il finanziamento cd. "urgente" (art. 182 quinquies, comma 3); (c) il finanziamento richiesto dopo la domanda di omologa (art. 182 quinquies, comma 1); (d) il finanziamento durante l'esecuzione degli ADR (art. 182 quater, comma 1).

Il nuovo Codice, invece, ha ristretto la gamma dei finanziamenti "protetti" a solo due tipologie: quelli richiesti ed autorizzati dopo la domanda di accesso alla procedura unica di regolazione della crisi (artt. 40 e 44 CCII) disciplinati dall'art. 99 CCII²²⁸ e quelli in

²²⁷ Cassazione civile sez. I - 08/02/2019, n. 3778, in Giustizia Civile Massimario 2019 e Il fallimentarista.it

⁵ luglio 2019 (nota di: Marzo Simone), secondo la quale l'art. 67, comma 3, lett. e), l. fall. nel prevedere l'esclusione dall'assoggettamento all'azione revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182 bis I. fall. ha riguardo alla sola azione revocatoria fallimentare e non anche a quella ordinaria che, in base a quanto stabilito dall'art. 66 della stessa legge, è disciplinata integralmente secondo le norme del Codice civile.

²²⁸ Art. 99 CCII - Finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo O DI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI: «1. Il debitore, anche con la domanda di accesso di cui agli articoli 40 e 44 e nei casi previsti dagli articoli 57, 60, 61 e 87, quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, anche se unicamente in funzione della liquidazione, può chiedere con ricorso al tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione che deve essere allegata alla domanda, a contrarre finanziamenti in qualsiasi forma, compresa la richiesta di emissione di garanzie, prededucibili, funzionali all'esercizio dell'attività aziendale sino all'omologa del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti ovvero all'apertura e allo svolgimento di tali procedure e in ogni caso funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori.

^{2.} La richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda di cui al comma 1.

esecuzione di un accordo di ristrutturazione omologato disciplinati dall'art. 101 CCII. Oltre queste due figure il Codice disciplina all'art. 102 CCII i finanziamenti erogati dai soci che nella legge fallimentare sono regolati dall'art.182 *quater*, c.3 L.F.

La prima categoria di finanziamenti permessi sono quelli richiesti dopo la presentazione della domanda di accesso alla procedura di regolazione ex art. 40 CCII e possono essere relativi a qualsiasi tipologia di Accordi in corso. La richiesta deve essere avanzata con ricorso al Tribunale anche prima che siano depositati i documenti da allegare alla domanda di accesso (cd. preaccordo).

Condizioni imprescindibile per avanzare la richiesta di autorizzazione sono: (i) la continuità dell'attività aziendale anche se in funzione della liquidazione; (iii) la necessarietà del finanziamento per lo svolgimento dell'attività fino al provvedimento di omologazione; (iii) la migliore soddisfazione dei creditori; (iv) l'impossibilità per il debitore di reperire altrimenti nuova finanza; (v) la spiegazione nel ricorso dei motivi per cui, in assenza dei finanziamenti, vi sarebbe grave pregiudizio per l'attività e/o per la prosecuzione della procedura.

La differenza di disciplina rispetto alla legislazione vigente è particolarmente rilevante anche sotto altro profilo, in quanto l'unica condizione prevista dall'art. 182 quinquies, comma 1, L.F. è che il finanziamento sia funzionale agli interessi dei creditori, senza che sia necessario che sia prevista la continuità aziendale. Il nuovo Codice, invece, non perde occasione per ribadire l'interesse del Legislatore a che le procedure di gestione delle crisi siano finalizzate al recupero del valore aziendale e, quindi, alla continuazione

-

^{3.} Il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperirli altrimenti e indicare le ragioni per cui l'assenza di tali finanziamenti determinerebbe grave pregiudizio per l'attività aziendale o per il prosieguo della procedura. Il ricorso deve essere accompagnato dalla relazione di un professionista indipendente, che attesti la sussistenza dei requisiti di cui al comma 1, nonché' che i finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. La relazione non è necessaria quando il tribunale ravvisa l'urgenza di provvedere per evitare un danno grave ed irreparabile all'attività aziendale.

^{4.} Il tribunale, assunte sommarie informazioni, sentito il commissario giudiziale e, se lo ritiene opportuno, sentiti senza formalità i principali creditori, decide in camera di consiglio con decreto motivato entro dieci aiorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione.

^{5.} Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca o a cedere crediti a garanzia dei finanziamenti autorizzati.

^{6.} In caso di successiva apertura della procedura di liquidazione giudiziale, i finanziamenti autorizzati non beneficiano della prededuzione quando risulta congiuntamente che: a) il ricorso o l'attestazione di cui al comma 3 contengono dati falsi ovvero omettono informazioni rilevanti o comunque quando il debitore ha commesso altri atti in frode ai creditori per ottenere l'autorizzazione; b) il curatore dimostra che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione, conoscevano le circostanze di cui alla lettera a)».

dell'impresa, anche se, come nel caso VEGAGEST, la sua attività sia diretta funzionalmente alla liquidazione.

Il finanziamento può essere erogato con qualsiasi modalità, tanto che può essere oggetto di richiesta anche il mero mantenimento da parte di un istituto delle linee di credito in essere, se funzionali alla prosecuzione dell'attività fino all'omologa.

La richiesta da parte del debitore va supportata dalla relazione del professionista indipendente che deve attestare la sussistenza dei presupposti stabiliti dalla legge ai fini dell'accoglimento della domanda.

La seconda tipologia di finanziamento prededucibile è quello erogato in corso di esecuzione del piano sottostante l'accordo omologato (art. 101 CCII²²⁹). Anche in questo caso è necessario che sia prevista la continuità aziendale e che i finanziamenti siano stati indicati nel piano e, quindi, che tutti i creditori aderenti ne abbiano avuto notizia in tempo prima di sottoscrivere qualsiasi Accordo. La previa conoscenza da parte dei creditori aderenti esclude che per questi finanziamenti serva l'attestazione da parte del professionista.

Nel caso in cui la necessità del finanziamento in corso di esecuzione sorge dopo l'omologazione degli accordi e, quindi, i creditori che l'hanno sottoscritto non ne avevano conoscenza, allora il debitore dovrà apportare le necessarie modifiche al piano ed ottenere il rinnovo dell'attestazione ed il rinnovo anche del consenso dei creditori.

Il Legislatore, quindi, ha ridotto le possibilità per l'impresa in crisi di accedere ai finanziamenti coperti da prededuzione e la Relazione illustrativa non ne spiega i motivi. Verosimilmente, la *ratio* della modifica risiede nella volontà di restringere le ipotesi di cattivo utilizzo del beneficio della prededuzione per le situazioni nelle quali ancora non vi sono elementi concreti di fondatezza circa il buon esito delle trattative e del procedimento omologatorio.

-

²²⁹ ART. **101 CCII - F**INANZIAMENTI PREDEDUCIBILI IN ESECUZIONE DI UN CONCORDATO PREVENTIVO O DI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI: «1. Quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati, ivi compresa l'emissione di garanzie, in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati ed espressamente previsti nel piano ad essi sottostante sono prededucibili.

^{2.} In caso di successiva ammissione del debitore alla procedura di liquidazione giudiziale, i predetti finanziamenti non beneficiano della prededuzione quando il piano di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti risulta, sulla base di una valutazione da riferirsi al momento del deposito, basato su dati falsi o sull'omissione di informazioni rilevanti o il debitore ha compiuto atti in frode ai creditori e il curatore dimostra che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione, conoscevano tali circostanze».

La terza tipologia di finanziamento disciplinata dal nuovo Codice, quindi, è quella erogata dai soci ex art. 102 CCII²³⁰. Anche nei confronti dei soci si applica il beneficio della prededuzione solo in relazione ai finanziamenti erogati ex artt. 99 e 101 CCII e, quindi, solo per i finanziamenti post domanda di accesso o post omologazione.

Come previsto anche dalla disciplina vigente, la prededuzione è limitata all'80% del credito erogato, salvo che il finanziatore abbia acquisito la qualità di socio in esecuzione degli accordi.

In tutti i casi innanzi esaminati, il nuovo Codice prevede la possibilità di revocare il beneficio della prededuzione se il debitore o il professionista attestatore si sono comportati fraudolentemente.

Il Codice prevede, infine, un'ultima norma sulla prededucibilità dei crediti e cioè l'art. 6 CCII²³¹ che disciplina sia i crediti dei professionisti incaricati dal debitore in funzione della presentazione della domanda di omologazione e sia i crediti sorti in corso di procedura. La norma ha cercato di tenere conto delle linee guida della legge delega che mirava al contenimento dei costi ed alla correlazione degli stessi ai risultati conseguiti.

Per quanto riguarda i crediti spettanti ai professionisti per tutte le attività svolte per le trattative con i creditori, la predisposizione del piano di risanamento e, quindi, dell'accordo da sottoporre all'omologazione, la norma dispone che essi sono prededucibili ma solo nella misura del 75% del credito accertato ed a condizione che gli accordi siano omologati. L'argomento è disciplinato nella legge fallimentare dall'art. 111

2. Il medesimo beneficio opera per l'intero ammontare dei finanziamenti qualora il finanziatore abbia acquisito la qualità di socio in esecuzione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti».

3. Non sono prededucibili i crediti professionali per prestazioni rese su incarico conferito dal debitore durante le procedure di allerta e composizione assistita della crisi a soggetti diversi dall'OCRI».

²³⁰ ART. **102 CCII - FINANZIAMENTI PREDEDUCIBILI DEI SOCI**: «1. In deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, il beneficio della prededuzione previsto agli articoli 99 e 101 si applica ai finanziamenti erogati dai soci in qualsiasi forma, inclusa l'emissione di garanzie e controgaranzie, fino all'ottanta per cento del loro ammontare.

²³¹ ART. 6 CCII - PREDEDUCIBILITÀ DEI CREDITI: «1. Oltre ai crediti così espressamente qualificati dalla legge, sono prededucibili: a) i crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'organismo di composizione della crisi di impresa di cui al capo II del titolo II e dall'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento; b) i crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e per la richiesta delle misure protettive, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che gli accordi siano omologati; c) i crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché' del deposito della relativa proposta e del piano che la correda, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 47; d) i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore, la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi.

^{2.} La prededucibilità permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali.

L.F. ma senza alcun riferimento all'utilità che tali costi devono avere per la procedura, sebbene sia lecito ipotizzare che i Tribunali siano comunque tenuti ad operare un vaglio sull'utilità di detti costi rispetto ai vantaggi conseguiti.

La normativa attuale, invece, ha eliminato ogni dubbio al riguardo perché ha legato il riconoscimento della prededuzione al dato oggettivo dell'omologazione.

La prededuzione non copre i costi sostenuti per i professionisti durante le procedure di allerta e di composizione delle crisi se assistiti da soggetti diversi dall'OCRI ed il fine è evidentemente quello di indurre debitore e relativi consulenti ad avvalersi degli organismi di composizione delle crisi istituzionalmente previsti.

La norma, infine, disciplina la prededucibilità dei crediti sorti durante le procedure concorsuali per la «gestione del patrimonio del debitore, la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi» e tale disposizione sembra voler accordare il beneficio della prededucibilità a tutti i crediti sorti per effetto degli atti legalmente realizzati dopo la presentazione della domanda da parte del debitore.

In verità, però, potrebbero sorgere dubbi sull'interpretazione della norma a causa dell'art. 46 CCII che, disciplinando gli effetti della domanda di accesso al concordato preventivo, stabilisce che «(...) 4. i crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili» non fa alcun riferimento agli Accordi di ristrutturazione dei debiti.

E' stato scritto al riguardo²³² che la limitazione del beneficio della prededucibilità per i crediti di tale tipologia alla sola procedura concordataria, potrebbe trovare «(...) un appiglio nella considerazione che nella procedura concordataria il regime degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione prevede la necessità di autorizzazione del giudice ... è più credibile che il comma sopra riportato sia conseguenza di un mero difetto di coordinamento con l'art. 6 di portata generale, senza considerare comunque che la disciplina dell'art. 46 era dettata nel progetto della Commissione Rordorf cumulativamente per il concordato preventivo e per gli accordi di ristrutturazione come evidenziato anche dalla rubrica della norma rimasta invariata nel testo trasmesso al Parlamento per il parere pur dopo le modifiche apportate in sede ministeriale e modificato solo nella stesura finale».

_

²³² V. ZANICHELLI, op. cit., 139

L'opinione sembra da condividere anche perché coerente con l'impianto normativo generale.

3.8 GRUPPI D'IMPRESE ED ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

L'assenza di una normativa nella legge fallimentare che disciplini il fenomeno di più imprese in crisi appartenenti ad un gruppo e l'applicabilità o meno degli ADR a tali fattispecie è stata esaminata nel Capitolo II, § 2.10.

Il nuovo Codice, invece, recependo le diverse sollecitazioni a dettare una disciplina specifica, ha dedicato il Titolo VI proprio alle disposizioni relative alla gestione delle crisi dei gruppi d'imprese²³³.

La normativa sull'argomento (art. 284-286 CCII), però, parte dalle definizioni di Gruppo di società fornita dall'art. 2, comma 1, lett. h) ed i)²³⁴, individuando il "*gruppo di imprese*" sulla base della definizione che il Codice civile dà in tema di direzione e coordinamento con il riferimento all'art. 2497 e ss. c.c. (ed in tema di gruppo cooperativo paritetico ex art. 2545 *septies* c.c.) ed il "*gruppo d'imprese di rilevante dimensione*" dalla presenza di una impresa madre e più imprese figlie da inserire nel bilancio consolidato che rispettino i requisiti dimensionali previsti a livello europeo.

In applicazione delle disposizioni previste nel nuovo Codice, quindi, se più imprese appartenenti allo stesso gruppo si trovano in stato di crisi o di insolvenza, possono chiedere con un unico ricorso (art. 284 CCII) di accedere alla procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione.

Le regole principali che sovrintendono l'accordo di ristrutturazione del gruppo d'imprese possono così riassumersi (artt. 284 e 285 CCII):

_

²³³ F. Guerrera, La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, Giappichelli Editore, secondo il quale «si tratta di una normativa che merita, nel complesso, un giudizio largamente positivo (...)».

²³⁴ ARTICOLO **2**, COMMA **1**, LETT. H) E I) CCII: «(...) h) "gruppo di imprese": l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-septies del codice civile, sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che: 1) l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci; 2) siano sottoposte alla direzione e coordinamento di una società o ente le società controllate, direttamente o indirettamente, o sottoposte a controllo congiunto, rispetto alla società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento; i) "gruppi di imprese di rilevante dimensione": i gruppi di imprese composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato, che rispettano i limiti numerici di cui all'articolo 3, paragrafi 6 e 7, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013; (...)»

- tutte le società del gruppo interessate dalla crisi devono avere il centro degli interessi principali nello Stato italiano;
- le rispettive masse attive e passive devono restare autonome;
- il ricorso può prevedere sia un piano unico per tutte le società del gruppo che tanti piani collegati e interferenti tra loro per quante sono le società interessate;
- la domanda al Tribunale deve contenere le ragioni di maggiore convenienza del piano di gruppo rispetto a piano autonomi e separati e deve fornire tutte le informazioni analitiche circa la formazione del gruppo e le interferenze esistenti tra le società sia contrattuali che operative che societarie;
- il piano unitario o i piani collegati devono essere idonei per consentire il risanamento delle aziende coinvolte ed un professionista deve attestare la veridicità dei dati e l'idoneità al buon esito del programma proposto;
- il contenuto del piano o dei piani collegati ed interferenti tra loro è completamente libero:
- i creditori non aderenti possono proporre opposizione all'omologazione degli accordi;
- il Tribunale deve eseguire una valutazione del piano unitario o dei piani collegati per verificare che l'interesse dei creditori sia tutelato, assicurando loro percentuali di recupero non inferiori rispetto a quelle che deriverebbero dalla Liquidazione giudiziaria.

Il Codice disciplina congiuntamente gli accordi di ristrutturazione con il concordato preventivo, ma detta alcune regole specifiche solo per quest'ultima procedura e ciò lascerebbe intendere che esse non siano applicabili anche agli Accordi di ristrutturazione.

In particolare, l'art. 285 CCII, commi 1 e 2²³⁵ disciplina il contenuto del Piano, ma lo identifica sempre con l'espressione "piano concordatario" ed il comma 3 parte prima,

ARTICOLO 285 CONTENUTO DEL PIANO O DEI PIANI DI GRUPPO E AZIONI A TUTELA DEI CREDITORI E DEI SOCI: «1. Il piano concordatario o i piani concordatari di gruppo possono prevedere la liquidazione di alcune imprese e la continuazione dell'attività di altre imprese del gruppo. Si applica tuttavia la sola disciplina del concordato in continuità quando, confrontando i flussi complessivi derivanti dalla continuazione dell'attività con i flussi complessivi derivanti dalla liquidazione, risulta che i creditori delle imprese del gruppo sono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino.

^{2.} Il piano o i piani concordatari possono altresì prevedere operazioni contrattuali e riorganizzative, inclusi i trasferimenti di risorse infragruppo, purché' un professionista indipendente attesti che dette operazioni sono necessarie ai fini della continuità aziendale per le imprese per le quali essa e' prevista nel piano e coerenti con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo.

^{3.} Gli effetti pregiudizievoli delle operazioni di cui al comma 1 possono essere contestati dai creditori dissenzienti appartenenti a una classe dissenziente o, nel caso di mancata formazione delle classi, dai creditori dissenzienti che rappresentano almeno il venti per cento dei crediti ammessi al voto con riguardo

stabilisce che gli effetti pregiudizievoli delle dette operazioni possono essere opposti dai creditori, ma si riferisce nuovamente ai creditori concordatari non ammessi al voto. Viceversa, l'ultima parte del comma 3 contiene una previsione specifica per gli ADR, disponendo che i creditori non aderenti hanno il diritto di opporsi all'omologazione.

Quanto innanzi va interpretato, verosimilmente, nel senso che le prescrizioni in termini di contenuto poste dal Legislatore nelle norme sopra citate e segnatamente quelle di cui all'art. 285 commi 1, 2 CCII, non possono che riferirsi alla sola procedura concordataria con esclusione degli ADR, sicché il contenuto degli accordi pare rimesso totalmente alla libera negoziazione tra debitore e creditore, fermo il diritto del creditore che ritiene la propria società danneggiata di proporre opposizione.

Anche il comma 5 dell'art. 285 CCII che conferisce ai soci il diritto di proporre opposizione si riferisce ai soli soci delle società che hanno proposto domanda di accesso al concordato senza alcun accenno agli ADR. La *ratio* risiede nuovamente nel fatto che le trattative portate avanti unitariamente dalle società del gruppo con i creditori delle stesse avvengono fuori da un contesto giudiziario, sicché eventuali soci non soddisfatti dell'operato dei rispettivi amministratori potranno far valere le proprie ragioni in ambito civilistico.

La questione dell'applicabilità anche agli accordi di ristrutturazione delle norme specificamente indicate per il concordato è assolutamente interessante, perché l'art. 285 CCII nell'individuare il contenuto del piano concordatario, specifica che esso può "prevedere la liquidazione di alcune imprese e la continuazione dell'attività di altre imprese del gruppo" ed ancora che "il piano o i piani concordatari possono altresì prevedere operazioni contrattuali e riorganizzative, inclusi i trasferimenti di risorse infragruppo, purché un professionista indipendente attesti che dette operazioni sono necessarie ai fini della continuità aziendale per le imprese per le quali essa è prevista nel piano e coerenti con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo".

-

ad una singola società, attraverso l'opposizione all'omologazione del concordato di gruppo. I creditori non aderenti possono proporre opposizione all'omologazione degli accordi di ristrutturazione.

^{4.} Il tribunale omologa il concordato o gli accordi di ristrutturazione qualora ritenga, sulla base di una valutazione complessiva del piano o dei piani collegati, che i creditori possano essere soddisfatti in misura non inferiore a quanto ricaverebbero dalla liquidazione giudiziale della singola società.

^{5.} I soci possono far valere il pregiudizio arrecato alle rispettive società dalle operazioni di cui al comma 1 esclusivamente attraverso l'opposizione all'omologazione del concordato di gruppo. Il tribunale omologa il concordato se esclude la sussistenza di un pregiudizio in considerazione dei vantaggi compensativi derivanti alle singole società dal piano di gruppo».

Ebbene queste norme, collegate con la definizione che il Codice dà del Gruppo sotto il profilo del suo coordinamento e della sua direzione in capo alla "Holding" lascia intendere che il Legislatore ha voluto che, ai fini del risanamento del gruppo in quanto tale, fossero consentite anche operazioni infragruppo di natura finanziaria, contrattuale o anche straordinarie (cd. riorganizzative e, quindi, fusioni, scissioni, etc.), ferma la necessità dell'attestazione del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo.

Il piano "concordatario" di risanamento proposto dalla capogruppo nell'interesse delle società affiliate, quindi, può arrivare a prevedere sacrifici a carico dell'una o dell'altra impresa purché funzionali, da una parte, al risanamento del gruppo in quanto tale e, dall'altra, alla migliore soddisfazione di tutti i creditori. Ovviamente, tale ultimo obiettivo è difficile da raggiungere se rispettato il principio della separatezza delle masse ed ecco allora che il legislatore ha espressamente previsto, ma sempre per i piani concordatari, il principio della compensazione a favore dei creditori e dei soci delle società eventualmente "sacrificate" nel superiore interesse del gruppo.

L'art. 285 comma 5 CCII, infatti, stabilisce che «il Tribunale omologa il concordato se esclude la sussistenza di un pregiudizio in considerazione dei vantaggi compensativi derivanti alle singole società del piano di gruppo».

La scelta del Legislatore di fare riferimento al piano concordatario e non anche agli ADR non può essere conseguenza della volontà di escludere per gli ADR che il piano (e quindi l'accordo) contenga operazioni come quelle espressamente previste per il piano concordatario, perché il piano di risanamento di un gruppo non può che passare attraverso le operazioni di riorganizzazione e di finanza innanzi indicate per il solo piano concordatario.

La scelta del Legislatore di non menzionare affatto gli ADR è dovuta probabilmente alla volontà di lasciare la determinazione del contenuto degli accordi e del piano alla libera negoziazione che avviene fuori dal Tribunale il quale interverrà solo in occasione della decisione sull'omologazione, oltre che per decidere eventuali opposizioni, per verificare che i creditori non aderenti siano pagati e che il piano abbia verosimilmente buon esito. Il Tribunale rimette alle dinamiche interne delle varie società ed alle responsabilità che fanno capo ai rispetti organi di amministrazione le problematiche connesse all'eventuale sacrificio che una società dovesse subire in danno di altre o del gruppo in quanto tale.

L'unico vincolo del Tribunale di fronte ad un accordo di gruppo è quello posto dal comma 4 dell'art. 285 CCII e cioè che i creditori possano essere soddisfatti in misura non inferiore a quanto potrebbero ricavare dalla liquidazione giudiziale della singola società.

3.9 CONVENZIONE DI MORATORIA

Con l'art. 62 CCII ²³⁶ il Legislatore ha disciplinato la *Convenzione di moratoria* estendendo il campo di applicazione della norma anche ai creditori non bancari e ciò a modifica del vigente art. 182 *septies* commi 5 e 6 L.F. che, invece, dedica lo strumento solo agli accordi tra debitore e banche o istituti finanziari.

Si tratta di un miglioramento importante dell'istituto, in quanto consente al debitore in crisi di estendere l'accordo di dilazione delle scadenze delle proprie obbligazioni raggiunto con la maggioranza (almeno il 75%) dei creditori di una determinata categoria anche all'altro 25% di creditori non aderenti facenti parte della stessa categoria.

Rispetto al testo vigente, oltre che estendere la platea dei soggetti interessati, è stato anche meglio precisato l'oggetto della convenzione che disciplina in via provvisoria gli effetti della crisi e riguarda ogni tipo di misura che non comporti rinuncia al credito; inoltre, è

ARTICOLO 62 CCII - CONVENZIONE DI MORATORIA: «1. La convenzione di moratoria conclusa tra un imprenditore, anche non commerciale, e i suoi creditori, diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi e avente ad oggetto la dilazione delle scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, è efficace anche nei confronti dei creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria.

^{2.} Ai fini di cui al comma 1 occorre che: a) tutti i creditori appartenenti alla categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative o siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché' sulla convenzione e i suoi effetti; b) i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino il settantacinque per cento di tutti i creditori appartenenti alla categoria, fermo restando che un creditore può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria; c) vi siano concrete prospettive che i creditori della medesima categoria non aderenti, cui vengono estesi gli effetti della convenzione, possano risultare soddisfatti all'esito della stessa in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale; d) un professionista indipendente, abbia attestato la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi, e la ricorrenza delle condizioni di cui alla lettera c).

^{3.} In nessun caso, per effetto della convenzione, ai creditori della medesima categoria 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. Non e' considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati.

^{4.} La convenzione va comunicata, insieme alla relazione del professionista indicato al comma 2, lettera d), ai creditori non aderenti mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento o presso il domicilio digitale.

^{5.} Entro trenta giorni dalla comunicazione può essere proposta opposizione avanti al tribunale.

^{6.} Il tribunale decide sulle opposizioni in camera di consiglio con sentenza.

^{7.} Contro la sentenza che pronuncia sulle opposizioni è ammesso reclamo ai sensi dell'articolo 51».

stato precisato che condizione per chiedere l'estensione della convenzione di moratoria è che i creditori non aderenti vengano soddisfatti in misura superiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

Come nella disciplina vigente, il professionista deve assumersi la responsabilità dell'attestazione, la quale, però, deve avere ad oggetto anche la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi, oltre che la convenienza della convenzione stessa.

Naturalmente, resta ferma la regola per la quale i creditori non aderenti sono chiamati a subire l'estensione della convenzione sottoscritta dalla maggioranza dei creditori della classe, ma non possono in alcun modo essere costretti a eseguire nuove prestazioni come, eventualmente, si dovessero essere impegnati a fare gli altri creditori aderenti.

3.10 IL PROCEDIMENTO PER L'OMOLOGAZIONE DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

Esaminiamo, infine, la procedura relativa agli Accordi di ristrutturazione nel suo percorso completo, dalla presentazione della domanda al provvedimento di omologazione e relative impugnazioni, ricordando, preliminarmente, che si tratta di un rito unitario per tutte le procedure di regolazione delle crisi e dell'insolvenza. Successivamente verranno approfonditi quegli aspetti del procedimento più interessanti e che offrono maggiori spunti di riflessione.

La legittimazione attiva a richiedere l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti spetta esclusivamente al debitore ex art. 37, comma 1 CCII²³⁷. Nel caso di società la domanda va sottoscritta da chi ne ha la rappresentanza legale, ma la proposta ed il piano dovrebbero essere approvati dalla maggioranza dei soci per le società di persona e, per le società di capitali, deliberate dagli amministratori (art. 44, comma 5 che richiama l'art. 265 CCII).

La domanda va presentata al Tribunale competente (art. 27 comma 2 CCII²³⁸), ovvero

-

²³⁷ ARTICOLO **37** INIZIATIVA PER L'ACCESSO ALLE PROCEDURE DI REGOLAZIONE DELLA CRISI O DELL'INSOLVENZA «1. La domanda di accesso a una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza e' proposta con ricorso del debitore. 2. (...)».

²³⁸ **ARTICOLO 27 COMPETENZA PER MATERIA E PER TERRITORIO:** «1. (...).2. Per i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza diversi da quelli di cui al comma 1 e le controversie che ne derivano e' competente il tribunale nel cui circondario il debitore ha il centro degli interessi principali. 3. (...)».

quello nel cui circondario il debitore ha il *centro degli interessi principali*²³⁹. Nel caso di domanda presentata da un gruppo d'imprese che hanno il proprio centro degli interessi principali in circoscrizioni giudiziarie diverse, è competente l'ufficio giudiziario presso la cui circoscrizione è posto il centro degli interessi principali della società che esercita l'attività di direzione e coordinamento del gruppo, oppure in alternativa dell'impresa con la maggiore esposizione debitoria (art. 284, comma 1 CCII²⁴⁰).

Entro un giorno dal deposito della domanda, il cancelliere la deposita presso il Registro delle Imprese e la comunica al P.M. (art. 40, comma 3, CCII²⁴¹).

Se la domanda di omologazione è completa dell'accordo già sottoscritto e di tutti i documenti previsti dall'art. 39 commi 1 e 2 CCII²⁴², allora dal deposito della stessa presso il Registro inizia a decorrere il termine di trenta giorni per eventuali opposizioni ex art.48, comma 4 CCII²⁴³.

Se, invece, il ricorso non è completo, o perché ancora non è stato formalizzato l'Accordo, o non è stato ancora completato il Piano, ed il debitore ai sensi dell'art. 39 comma 3 CCII

²³⁹ L'espressione "Centro degli interessi principale" indica il luogo in cui il debitore gestisce abitualmente i suoi interessi ed è stata introdotta nel nostro paese dal Regolamento UE 2015/848 con l'espressione *Center of main interests" cd. COMI* e rappresenta il criterio di giurisdizione principale per l'apertura delle procedure di insolvenza transfrontaliere.

²⁴⁰ ARTICOLO **284** CONCORDATO, ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE E PIANO ATTESTATO DI GRUPPO: «1. Più imprese in stato di crisi o di insolvenza appartenenti al medesimo gruppo e aventi ciascuna il centro degli interessi principali nello Stato italiano possono proporre con un unico ricorso la domanda di accesso al concordato preventivo di cui all'articolo 40 con un piano unitario o con piani reciprocamente collegati e interferenti. (...)».

²⁴¹ ARTICOLO 40 DOMANDA DI ACCESSO ALLA PROCEDURA: «(...) 3. La domanda del debitore, entro il giorno successivo al deposito, è comunicata dal cancelliere al registro delle imprese. L'iscrizione è eseguita entro il giorno seguente e quando la domanda contiene la richiesta di misure protettive il conservatore, nell'eseguire l'iscrizione, ne fa espressa menzione. La domanda, unitamente ai documenti allegati, è trasmessa al pubblico ministero. (...)»

ARTICOLO 39 OBBLIGHI DEL DEBITORE CHE CHIEDE L'ACCESSO A UNA PROCEDURA REGOLATRICE DELLA CRISI O DELL'INSOLVENZA «1. Il debitore che chiede l'accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza deposita presso il tribunale le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa o dell'attività economica o professionale, se questa ha avuto una minore durata, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi. Deve inoltre depositare, anche in formato digitale, una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata, uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto, un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi.

^{2.} Il debitore deve depositare una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore. (...)».

²⁴³ ARTICOLO 48 OMOLOGAZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO E DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI «(...).
4. Quando è depositata una domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione, i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione entro trenta giorni dall'iscrizione degli accordi nel registro delle imprese. Il termine e' sospeso nel periodo feriale. Il tribunale, decise le opposizioni in camera di consiglio, provvede all'omologazione con sentenza».

chiede la concessione di un termine per depositare la documentazione mancante (cd. preaccordo, vd. Capitolo II, § 2.4.4), il Tribunale, in assenza di istanza di apertura della Liquidazione giudiziaria ed in presenza di giustificati motivi, con decreto concede un termine di trenta/sessanta giorni per il deposito degli accordi e della restante documentazione (art 44, comma 1, lett. a CCII²⁴⁴)

L'art. 44, comma 4, CCII prevede inoltre espressamente l'obbligo del Tribunale di nominare anche un commissario giudiziale se al momento della presentazione della domanda di accesso alla procedura di omologazione risulti pendente una domanda di liquidazione giudiziale.

Sulla domanda del debitore il Tribunale provvede all'omologazione con sentenza, decidendo anche le eventuali opposizioni proposte dai creditori nei trenta giorni dall'iscrizione della domanda presso il Registro Imprese (art. 48, comma 5 CCII²⁴⁵.

La sentenza che omologa gli accordi è notificata alle parti e iscritta presso il Registro Imprese e da quel momento produce i suoi effetti nei confronti dei terzi. Se il Tribunale non ritiene di procedere con l'omologazione rigetta il ricorso e, se pendono ricorsi da parte dei creditori, dichiara con sentenza l'apertura della Liquidazione giudiziaria. (art. 48, comma 5 e 6 CCII).

Contro la sentenza del Tribunale che pronuncia sul ricorso per l'omologazione degli Accordi di ristrutturazione, oppure dispone l'apertura della Liquidazione giudiziaria, le parti possono proporre reclamo alla Corte di Appello entro trenta giorni dalla notificazione del provvedimento (il termine per gli altri interessati decorre dalla data di iscrizione nel Registro) (art.51 CCII²⁴⁶). Il reclamo non sospende l'efficacia della

ARTICOLO 44 ACCESSO AL CONCORDATO PREVENTIVO E AL GIUDIZIO PER L'OMOLOGAZIONE DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE: «1. Il tribunale, su domanda del debitore di accedere a una procedura di regolazione concordata, pronuncia decreto con il quale: a) se richiesto, fissa un termine compreso tra trenta e sessanta giorni, prorogabile su istanza del debitore in presenza di giustificati motivi e in assenza di domande per l'apertura della liquidazione giudiziale, di non oltre sessanta giorni, entro il quale il debitore deposita la proposta di concordato preventivo con il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all'art. 39, comma 1, oppure gli accordi di ristrutturazione dei debiti; (...)».

²⁴⁵ ARTICOLO 48 OMOLOGAZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO E DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI: «(...).
4. Quando è depositata una domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione, i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione entro trenta giorni dall'iscrizione degli accordi nel registro delle imprese. Il termine è sospeso nel periodo feriale. Il tribunale, decise le opposizioni in camera di consiglio, provvede all'omologazione con sentenza. (...)».

²⁴⁶ **ARTICOLO 51 IMPUGNAZIONI:** «1. Contro la sentenza del tribunale che pronuncia sull'omologazione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione oppure dispone l'apertura della liquidazione giudiziale le parti possono proporre reclamo. La sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale può essere impugnata anche da qualunque interessato. Il reclamo è proposto con ricorso da depositare nella cancelleria della Corte di appello nel termine di trenta giorni.

sentenza, salvo apposito provvedimento da parte della Corte non impugnabile in Cassazione (art. 52 CCII).

Integrato il contraddittorio, sentite le parti, svolte se del caso le necessarie attività istruttorie, la Corte decide con sentenza entro trenta giorni dalla chiusura della trattazione. Avverso la sentenza della Corte di Appello è proponibile ricorso per cassazione entro trenta giorni dalla notificazione. Anche il ricorso in Cassazione non sospende l'efficacia della sentenza.

Questo in estrema sintesi il procedimento unico previsto dal nuovo Codice per gli accordi di ristrutturazione dei debiti e per gli altri strumenti di regolazione delle crisi d'impresa.

Lo sforzo del Legislatore di creare un rito unitario è evidente anche se l'inclusione di varie tipologie di procedimenti all'interno di un unico rito può creare confusione, soprattutto in funzione delle caratteristiche differenti tra i diversi istituti disciplinati. Ciò nonostante, la strada per la semplificazione sembra aperta e, quindi, il Legislatore potrà certamente intervenire con ulteriori integrazioni e modifiche che rendano il percorso sempre più snello pur nel rispetto delle prerogative costituzionali di difesa di tutte le parti coinvolte.

^{2.} Il ricorso deve contenere: a) l'indicazione della Corte di appello competente; b) le generalità dell'impugnante e del suo procuratore e l'elezione del domicilio nel comune in cui ha sede la Corte di appello; c) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione, con le relative conclusioni; d) l'indicazione dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti.

^{3.} Il termine per il reclamo decorre, per le parti, dalla data della notificazione telematica del provvedimento a cura dell'ufficio e, per gli altri interessati, dalla data della iscrizione nel registro delle imprese. Si applica alle parti la disposizione di cui all'articolo 327, primo comma, del Codice di procedura civile.

^{4.} Il reclamo non sospende l'efficacia della sentenza, salvo quanto previsto dall'articolo 52. L'accoglimento del reclamo produce gli effetti di cui all'articolo 53.

^{5.} Il presidente, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso, designa il relatore, e fissa con decreto l'udienza di comparizione entro sessanta giorni dal deposito del ricorso.

^{6.} Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, è notificato a cura della cancelleria o in via telematica, al reclamante, al curatore o al commissario giudiziale e alle altre parti entro dieci giorni.

^{7.} Tra la data della notificazione e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non minore di trenta giorni.

^{8.} Le parti resistenti devono costituirsi, a pena di decadenza, almeno dieci giorni prima dell'udienza, eleggendo il domicilio nel comune in cui ha sede la Corte di appello. La costituzione si effettua mediante il deposito in cancelleria di una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e in diritto, nonché' l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti.

^{9.} L'intervento di qualunque interessato non può avere luogo oltre il termine stabilito per la costituzione delle parti resistenti con le modalità per queste previste.

^{10.} All'udienza, il collegio, sentite le parti, assume, anche d'ufficio, nel rispetto del contraddittorio, tutti i mezzi di prova che ritiene necessari, eventualmente delegando un suo componente.

^{11.} La corte, esaurita la trattazione, provvede sul ricorso con sentenza entro il termine di trenta giorni.

^{12.} La sentenza è notificata, a cura della cancelleria e in via telematica, alle parti, e deve essere pubblicata e iscritta al registro delle imprese a norma dell'articolo 45.

^{13.} Il termine per proporre il ricorso per cassazione è di trenta giorni dalla notificazione.

^{14.} Il ricorso per cassazione non sospende l'efficacia della sentenza. (...)».

Così sintetizzato il procedimento unitario relativo (anche) agli Accordi di ristrutturazione dei debiti, tra i primi aspetti degni di nota va evidenziata la norma che prevede l'obbligo del cancelliere di iscrivere la domanda presentata dal debitore entro un termine predeterminato (un giorno dal deposito in Tribunale), così eliminando tutti i dubbi che l'art. 182 bis comma 2 L.F. poneva per non indicare a chi spettasse l'onere della pubblicazione ed entro quanto andava eseguita. La questione sotto un profilo processuale non è di poco conto perché, come visto, la gran parte dei termini decorrono proprio dell'iscrizione al Registro.

Certamente innovativa rispetto al sistema vigente ed anche particolarmente onerosa per il debitore è la norma (art. 44, comma 1, lett. b. e c. CCII²⁴⁷) con la quale, in caso in caso di preaccordo e, quindi, di concessione del termine per il deposito dell'accordo, del Piano e di ogni altro documento necessario, il debitore ha l'obbligo di fornire al Tribunale, con cadenze periodiche ravvicinate, dettagliate relazioni sulla gestione finanziaria dell'impresa e sull'attività svolta per la predisposizione del piano e degli accordi e se risulta presentata anche istanza di Liquidazione giudiziaria, le medesime informative vanno inviate anche al Commissario giudiziale il quale vigilerà su eventuali atti in frode dei creditori.

Per quanto attiene alla tematica delle opposizioni alla domanda, l'art. 48 comma 4 CCII prevede che siano legittimati i creditori e tutti gli interessati. Sicuramente, tra i creditori, vanno esclusi i creditori aderenti, mentre devono essere inseriti i dissenzienti perché, pur essendo loro teoricamente garantito il pagamento integrale del credito, potrebbero comunque avere interesse all'opposizione ove ritenessero che il Piano non abbia possibilità concrete di riuscita e, frattanto, le misure di protezione e le prededuzioni potrebbero danneggiare i loro interessi. Legittimati sono anche i creditori nei cui confronti sono estesi gli effetti dell'accordo, se lo ritengano comunque non idoneo, oppure se denuncino di non essere stati adeguatamente informati.

_

²⁴⁷ ARTICOLO 44 ACCESSO AL CONCORDATO PREVENTIVO E AL GIUDIZIO PER L'OMOLOGAZIONE DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE «1. Il tribunale, su domanda del debitore di accedere a una procedura di regolazione concordata, pronuncia decreto con il quale: (...) b) nel caso di domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo nomina un commissario giudiziale, disponendo che questi riferisca immediatamente al tribunale su ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda ovvero su ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi. Si applica l'articolo 49, comma 3, lettera f); c) dispone gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa e all'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano, che il debitore deve assolvere, con periodicità almeno mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale, sino alla scadenza del termine fissato ai sensi del comma 1, lettera a). Con la medesima periodicità, il debitore deposita una relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria che, entro il giorno successivo, è iscritta nel registro delle imprese su richiesta del cancelliere (...)»

Altra novità del nuovo Codice è la presenza del Commissario giudiziale nel procedimento di omologazione degli ADR ove presente anche una o più istanza di apertura della Liquidazione giudiziaria. La figura del Commissario in questa fase è evidentemente a tutela dei creditori (e di supporto per il Tribunale) per evitare che la sospensione del ricorso da questi depositato, per effetto della presentazione della domanda di omologazione (o di termine per il suo deposito), possa essere utilizzato del debitore a fini fraudolenti. Il Commissario, almeno in relazione agli ADR, non pare avere anche il compito di esprimere una valutazione sulla domanda di omologazione; la questione, però, non è chiara, in quanto nella fase di apertura del concordato preventivo deve fornire al giudice anche il suo parere.

Le questioni principali relativamente al procedimento riguardano ancora una volta il tipo di valutazione che il Tribunale deve fare ai fini dell'eventuale omologazione.

Abbiamo già trattato l'argomento nel precedente Capitolo II, § 2.11 per evidenziare come, alla luce della normativa vigente, il controllo del Tribunale dovrebbe limitarsi agli aspetti di natura formali e, sulla scorta della relazione del professionista indipendente, alla verosimile attendibilità del Piano in particolare per quanto attiene al pagamento dei creditori dissenzienti. Abbiamo anche richiamato l'attenzione sull'impossibilità da parte del Tribunale di pervenire ad una valutazione del programma di risanamento che sia svincolata dalla relazione dell'attestatore che è comunque professionista nominato dal debitore.

Con il nuovo Codice la situazione resta la stessa, salvo che per una differenza non di poco conto, perché l'art. 51 CCII prevede espressamente la possibilità in sede di reclamo di svolgere attività istruttoria. Ciò significa che se il Tribunale non dovesse essere convinto dell'attuabilità del Piano, ben potrebbe anche nominare un proprio consulente per l'analisi tecnica dello stesso e conseguentemente anche dell'attestazione rilasciata dal professionista.

4. CONCLUSIONI

Marc Bloch²⁴⁸, maestro della storiografia moderna, ha insegnato che lo studio della storia consente di comprendere *il presente mediante il passato* e *il passato mediante il presente* e che questo rapporto solidale, continuo ed ininterrotto tra epoche diverse ci porta a riflettere sulla verità della sua lezione e cioè che *l'incomprensione del presente nasce fatalmente dall'ignoranza del passato*.

Anche lo studio della disciplina di un istituto giuridico come gli Accordi di ristrutturazione dei debiti, quale parte del sistema normativo della gestione delle crisi d'impresa, non può essere svolto senza sforzarsi di comprendere il più ampio contesto storico nel quale esso viene prima concepito e, quindi, nasce e si sviluppa attraverso molteplici mutazioni, fino diventare l'entità viva e adulta che oggi tutti noi conosciamo: uno strumento giuridico, quindi, che è il figlio non solo del suo tempo, ma del tempo che è trascorso.

Prima di procedere con l'analisi dell'evoluzione normativa e della disciplina positiva degli Accordi di ristrutturazione dei debiti, dalla loro introduzione nel 2005 alla riforma del 2019 con la quale il Legislatore è finalmente riuscito, dopo oltre settantasette anni, a riporre in soffitta²⁴⁹ il diritto fallimentare come il nostro Paese l'ha conosciuto dal 1942, si è ritenuto utile, per una migliore comprensione delle caratteristiche dell'istituto che verranno analizzate dettagliatamente nel secondo e nel terzo capitolo, prendere le mosse dall'esame approfondito del caso della SGR Vegagest S.p.A. cui è dedicato il primo capitolo del presente scritto.

La vicenda "VEGAGEST" rappresenta un ottimo esempio di tutto quel che di positivo e di negativo si può dire degli Accordi di ristrutturazione. Costituisce l'emblema del perché lo strumento degli Accordi sia un utile mezzo a disposizione delle imprese in crisi per tentare il risanamento, senza entrare nelle pastoie giudiziarie del concordato preventivo, ma anche senza doversi avventurare nel campo solitario e senza protezioni delle trattative stragiudiziali.

Rappresenta, però, anche il banco di prova di quanto possa essere fragile l'istituto sotto il profilo della tutela dei terzi, creditori e non, coinvolti nelle operazioni di risanamento dell'azienda in crisi e costituisce la misura di quanto il Tribunale sia "libero" nel valutare

⁻

²⁴⁸ Marc Bloch, *Apologia della storia o mestiere dello storico*, Fogli Volanti, marzo 2016, pag. 87 e ss ²⁴⁹ ... a far data dal 1° settembre 2021 quando entrerà in vigore il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

l'attuabilità di un Piano e la sua idoneità al raggiungimento degli obiettivi prefissati e come ciò ponga il quesito a tutti gli operatori del diritto, del limite della funzione giurisdizionale che dovrebbe essere diretta all'applicazione delle norme, senza entrare nel merito della loro utilità nel caso concreto.

Il punto centrale dello studio, infatti, è se il Tribunale investito dell'onere di valutare il Piano presentato dal ricorrente, abbia il dovere di applicare rigidamente la norma, oppure, tenuto conto della volontà espressa dalla maggioranza dei creditori aderenti e del diritto dei non aderenti a ricevere quanto loro spettante, possa avere un atteggiamento maggiormente ispirato alla concretezza del risanamento aziendale, piuttosto che al rispetto del dato formale.

Sebbene l'omologazione del ricorso Vegagest da parte dei giudici milanesi sia stata sicuramente opportuna, come dimostrato dall'esito positivo del procedimento stesso, sono molteplici i dubbi circa la correttezza sul piano formale del detto provvedimento, considerato che, in primo luogo, il vero beneficiario del procedimento non era la ricorrente VEGAGEST, ma il Fondo ASTER da essa gestito, che, però, non era qualificabile "imprenditore" come richiesto dall'art. 182 bis L.F.; inoltre, il Tribunale aveva basato il suo provvedimento di ammissibilità anche sull'attribuzione al Fondo ASTER di una "soggettività giuridica autonoma" che invece non aveva, come chiarito dalla giurisprudenza prevalente anche di Cassazione 250. Va anche considerato che il provvedimento di ammissione era basato sulla qualificazione dell'istituto degli Accordi di ristrutturazione come non aventi natura concorsuale, altrimenti sarebbe risultato vietato dall'applicazione del combinato disposto degli artt. 80, comma 6 TUB e 57 comma 3 TUF²⁵¹ e che il Fondo Immobiliare ASTER non versava in stato di "crisi", come richiesto dall'art.182 bis L.F., ma in stato di conclamata insolvenza 252. Infine, il Piano di risanamento proposto era il simbolo dei programmi perfettamente costruiti ... ma sulla sabbia, perché eccessivamente aleatori²⁵³, in quanto non era prevista alcuna garanzia, né sugli incassi, né sui tempi degli stessi, sicché tutte le elaborazioni sviluppate ed esposte nel programma industriale rappresentavano solo mere previsioni, se non addirittura

-

²⁵⁰ In ultimo, Cassazione 12062/2019; v. cap. I, § 3.3 e nota 19

²⁵¹ V. cap. I, §3.2 e note 12 e 13 e cap. II, § 2.2.2

²⁵² Al momento della presentazione del ricorso il Fondo ASTER aveva un deficit patrimoniale superiore ai 40 mil./€ con una liquidità irrisoria di soli 2,2 mil./€ a fronte di passività scadute superiori a 90 mil./€ e l'attività era del tutto ferma anche per problemi amministrativi relativi alle licenze di costruzione (v. cap. I, tab. 1 e 2 e cap. II, § 2.3.2).

²⁵³ V. cap. I, § 5 e ss.

congetture, sfornite di qualsiasi supporto documentale²⁵⁴.

Anche solo per questi motivi il Tribunale avrebbe potuto legittimamente rigettare il ricorso, sotto il profilo formale, per assenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi prescritti dalla norma e, sotto il profilo di merito, per l'impossibilità di valutare adeguatamente l'attuabilità del Piano.

Ciò nonostante, però, l'omologazione del ricorso aveva una sua precisa e comprensibile logica nel mondo reale perché, con il consenso della stragrande maggioranza dei creditori e garantendo il pagamento di quelli non aderenti, ha consentito la realizzazione di un importante progetto immobiliare che ha portato alla creazione della prima smart city italiana alle porte di Milano ed ha evitato che un'iniziativa sviluppata su un'area di oltre 300.000 mq. potesse interrompersi definitivamente, con l'abbandono di opere ed infrastrutture ancora in corso di costruzione, ed enorme danno per i creditori, per la collettività in termini di dissesto del territorio, oltre che con la perdita di valore e posti di lavoro.

Ed è così che entra nuovamente in gioco la filosofia degli Accordi di ristrutturazione, perché istituto funzionale al risanamento dell'azienda in crisi, alla continuità aziendale, alla conservazione del valore economico dell'impresa e dei i posti di lavoro. Filosofia che il Tribunale, con il suo provvedimento di omologazione del piano VEGAGEST ha perseguito e rispettato, sebbene forzando la mano sul rigido piano formale.

Il caso VEGAGEST rappresenta, inoltre, anche un ottimo esempio di quanto possa essere articolato e adattabile un Accordo di ristrutturazione e quanto possa giocare a favore della sua conclusione la non intromissione dell'autorità giudiziaria nella fase delle trattative che sono rimesse alla libera negoziazione delle Parti, sia nella disciplina vigente che in quella di prossima applicazione.

Il Piano proposto dalla VEGAGEST per il Fondo Immobiliare ASTER, quindi, è emblematico di una delle caratteristiche principali dell'istituto degli Accordi di ristrutturazione e cioè della facoltà che hanno le parti di regolamentare in piena autonomia e con la massima libertà di contenuto i loro reciproci impegni, senza dover in alcun modo rendere conto o chiedere autorizzazioni di sorta all'Autorità giudiziaria competente.

Con il secondo capitolo ha poi inizio l'analisi dettagliata degli Accordi di ristrutturazione dei debiti, dalla loro genesi all'attuale disciplina positiva. Gli effetti della riforma, invece,

²⁵⁴ V. cap. I, § 6.

sono esaminati nel terzo ed ultimo capitolo.

Il secondo capitolo si apre, quindi, con l'esposizione della nascita del R.D. 267 del 16 marzo 1942 ed in particolare con la Relazione introduttiva con la quale il Ministro Guardasigilli illustra alla *Maestà del Re Imperatore* lo spirito che ha animato la preparazione della nuova legge fallimentare: la crisi d'impresa deve essere considerata una patologia del sistema economico, non da curare, ma da debellare, come l'imprenditore incapace di onorare le proprie obbligazioni che va estromesso dall'apparato produttivo ed anche, per certi versi, dalla comunità civile, impedendogli di fare altri danni. Il fallimento procura un marchio indelebile, una sorta di segno distintivo di infamia, che si trasforma in una condanna a vita non condonabile.

Questa ideologia è presente ancora negli anni 70 quando la Corte costituzionale ²⁵⁵ conferma la legittimità della disposizione normativa che priva il fallito dei diritti elettorali e ci vorrà ancora qualche altro decennio perché la situazione cominci a cambiare.

È evidente, però, che con il passare degli anni, l'evolversi della società e l'affermarsi di un sistema economico sempre più globalizzato, connesso ed interdipendente, non era più tollerabile un sistema di diritto fallimentare improntato su principi esclusivamente punitivi. In questo scenario si colloca la stagione delle riforme iniziate nel 2005 che porta all'introduzione nel vecchio impianto normativo dei primi tentativi di gestione negoziale delle crisi d'impresa, finalizzata non più alla punizione dell'imprenditore a rischio di fallimento, ma al suo salvataggio, inteso principalmente come risanamento dell'impresa, continuazione dell'attività e conservazione dei posti di lavoro.

Il Legislatore realizza che, talvolta, il danno subito da un numero "limitato" di individui (i creditori) può essere vantaggiosamente compensato, e così indirettamente contenuto, dalla permanenza nel sistema economico produttivo di una azienda viva e risanata.

Gli Accordi di ristrutturazione dei debiti entrano in questo filone ideologico e, mediante gli interventi normativi succedutisi dal 2005 al 2016, assumono una veste già sufficientemente compiuta, passando dalla forma embrionale e sostanzialmente inutilizzabile del primo 182 bis L.F. all'istituto come si presenta all'attualità, regolato dalle numerose disposizioni di legge (esaminate nella seconda parte del capitolo II), che gli hanno conferito una dignità ed un'autonomia degni di uno strumento giuridico tanto "serio", quanto ancora probabilmente misconosciuto ed ingiustamente sottovalutato.

²⁵⁵ V. nota 49.

Eppure, gli Accordi, come esaminato nel caso della VEGAGEST, consentono all'imprenditore in difficoltà di pervenire alla definizione del proprio stato di crisi, continuando a gestire in piena autonomia e senza nessuna interferenza la propria azienda, beneficiando, da una parte, della più completa libertà in fase negoziale e cioè nelle trattative con i propri creditori e, dall'altra, delle misure giurisdizionali di protezione disposte dal Tribunale a tutela del patrimonio aziendale ed a supporto del buon esito della negoziazione.

È proprio l'abbinamento tra libertà di negoziare e tutela giurisdizionale che conferisce valore aggiunto all'istituto: mentre la trattativa prosegue con i creditori disponibili alla discussione, gli altri devono attendere ed astenersi dal far saltare il "banco".

La disciplina delle misure di protezione (e cautelative) a favore del debitore rappresenta, peraltro, una delle principali differenze tra la normativa attuale e quella che prossimamente entrerà in vigore (esaminata nel terzo capitolo), visto che nel sistema attualmente vigente²⁵⁶, tali misure possono intervenire, su richiesta del debitore, fin dalla fase delle trattative (art. 182 bis comma 6 L.F.) e automaticamente (cd. *automatic stay*) dalla pubblicazione della domanda; nel nuovo Codice²⁵⁷, invece, in nessun caso entrano in azione automaticamente (art. 54 CCII), ma solo su richiesta del debitore e solo dall'avvio della procedura anche se le trattative sono ancora in corso.

L'art. 54 CCII, quindi, a prima vista potrebbe apparire un passo indietro rispetto al maggior *favor* riconosciuto con la nuova normativa al debitore in crisi, ma in realtà non è così, specie se si considera anche una seconda importante di differenza tra la disciplina vigente e quella che entrerà in vigore nel 2021 in tema di finanziamenti all'impresa in crisi.

Ebbene, nel sistema attuale ²⁵⁸sono previsti quattro momenti nei quali l'imprenditore può chiedere l'autorizzazione a contrarre finanziamenti "protetti" a partire dal cd. "finanziamento ponte", mentre nella disciplina del nuovo Codice ²⁵⁹è stata ristretta la gamma dei finanziamenti protetti a solo due tipologie, quelli richiesti ed autorizzati dopo la domanda di accesso alla procedura di regolazione della crisi e disciplinati dall'art. 99 CCII e quelli in esecuzione di un accordo omologato secondo il disposto dell'art. 101 CCII.

²⁵⁶ V. cap. II, § 2.5.

²⁵⁷ V. cap. III, § 3.6.

²⁵⁸ V. cap. II, § 2.6.

²⁵⁹ V. cap. III, § 3.7.

Nuovamente, quindi, sembra che il Legislatore abbia ristretto l'operatività delle norme che nella vigente legge sono certamente a favore del debitore in crisi.

In realtà, invece, il nuovo Codice ha introdotto numerose disposizioni che ampliano considerevolmente la fruibilità degli Accordi e, quindi, le possibilità del debitore in crisi di portare i creditori (o almeno quelli principali per valore del credito) ad un accordo, obbligando, quando necessario, quelli tra essi non disponibili alla trattativa. Il Legislatore, quindi, mentre da una parte ha potenziato le facoltà connesse all'utilizzo dello strumento, dall'altra, ha limitato quelle facoltà che, evidentemente, erano maggiormente foriere di abusi e danni ai creditori ed ai terzi, in uno sforzo evidente di delicato bilanciamento dei diritti e degli interessi di tutte le parti in gioco.

Come abbiamo visto nel terzo capitolo, infatti, rispetto all'impianto normativo attuale, il Legislatore ha introdotto delle restrizioni in materia di misure protettive e di tutela dei finanziamenti, ma, nello stesso tempo, ha concesso al debitore una serie di facoltà di cui non può avvalersi con la normativa attualmente vigente. In particolare, ha esteso il campo di applicazione degli Accordi non più solo alle imprese in crisi ma anche a quelle in stato di insolvenza. Inoltre, ha grandemente favorito la realizzazione degli accordi tra debitore e creditore, potenziando le facoltà a disposizione dell'imprenditore in crisi, con la previsione degli Accordi agevolati ex art. 60 CCII ed ha allargato l'ambito di applicazione della norma sull'estensione degli effetti dell'Accordo a tutte le categorie di creditori (art. 61 CCII) e non più solo ai creditori bancari e/o finanziari (art. 182 septies L.F.). Ancora, ha aiutato il debitore nelle transazioni fiscali, prevedendo la possibilità di obbligare all'Accordo l'Amministrazione Finanziaria silente quando la proposta formulata dal debitore appaia comunque favorevole, senza considerare che ha espressamente disciplinato, così favorendone l'applicazione, le situazioni in cui sia divenuto necessario modificare Piano e/o Accordi (art. 58 CCII), evitando che ogni qual volta si fosse posto il problema, il debitore dovesse rimettersi all'interpretazione del Tribunale con tuti i rischi connessi. Ha introdotto, infine, per la prima volta la disciplina specifica per la gestione delle crisi dei gruppi d'impresa.

A tal proposito, si è analizzato²⁶⁰ come la legge fallimentare non sia mai riuscita, nemmeno con i numerosi interventi attuati dal 2005 in poi, a fornire una disciplina anche solo abbozzata al problema delle imprese in difficoltà appartenenti ad uno stesso gruppo. Il nuovo Codice, invece, ha dedicato al fenomeno il Titolo VI, introducendo una

-

²⁶⁰ V. cap. II, § 2.10.

disciplina specifica per la gestione delle crisi delle imprese di gruppo, mediante il concordato preventivo ed anche gli Accordi di ristrutturazione²⁶¹.

La nuova disciplina appare come un arco che si poggia su due principi contrapposti che insieme lo reggono: da una parte, l'art. 284 comma 3 CCII che ribadisce il principio della separatezza delle masse attive e passive di ciascuna società e, dall'altra, l'art. 285 CCII in tema di piano di gruppo (non è chiaro, però, se la norma possa ritenersi applicabile anche agli Accordi di ristrutturazione oltre che ai Concordati preventivi), che sancisce la possibilità di prevedere nel Piano la liquidazione di una società e la continuazione dell'attività delle altre imprese del gruppo, nonché l'esecuzione di operazioni contrattuali ed organizzative, inclusi i trasferimenti di risorse infragruppo, purché un professionista indipendente attesti che sono necessarie ai fini della continuità aziendale e siano coerenti con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori.

La norma prevede anche che il Tribunale possa omologare un concordato, escludendo la sussistenza di un pregiudizio in considerazione dei vantaggi compensativi derivanti alle singole società dal piano del gruppo.

Per la prima volta, quindi, s'introduce il principio che si debba guardare all'interesse del gruppo anche a scapito di uno delle sue società se gli interessi dei creditori sono comunque tutelati o compensati, in parte scalfendo il concetto affermato con l'art. 284 comma 3 CCII.

Il ricorso alla figura dell'arco che poggia su piedritti contrapposti appare adatto a rappresentare la situazione della disciplina attuale sui gruppi dove, da una parte, si spinge verso la maggiore valorizzazione dell'interesse del gruppo in quanto tale, e dall'altra, si contrappone il principio della separatezza delle masse che fa da argine ad eventuali abusi.

Ovviamente la disciplina dei gruppi d'imprese è appena abbozzata, considerata la complessità della materia e le numerose problematiche connesse al rispetto da parte di ciascuna società anche dei principi e delle norme che regolano la redazione dei bilanci e la materia tributaria. Non c'è dubbio, quindi, che essa andrà adeguatamente sviluppata, dettagliata e migliorata.

L'intervento, però, dovrà riguardare anche un chiarimento circa l'applicabilità delle norme agli Accordi di ristrutturazione dei debiti e, pertanto, il legislatore dovrà chiarire se vorrà che i gruppi d'imprese si avvalgano pure dello strumento in esame, beneficiando

²⁶¹ V. cap. III, § 3.8.

in particolare delle possibilità connesse alla libertà della negoziazione e delle altre sue caratteristiche.

In ogni caso, l'aspetto principale sul quale il Legislatore dovrebbe fare chiarezza è l'individuazione più precisa dei confini del potere di valutazione dell'Autorità giudiziaria, in sede di omologazione, circa l'attuabilità del piano.

Non si ritiene possibile, infatti, che un Tribunale sia in grado di giudicare se un piano economico finanziario complesso, ad esempio, come quello della VEGAGEST, sia concretamente a verosimilmente "attuabile". Esso può solo verificarne la coerenza logica con il supporto della relazione attestativa del professionista indipendente nominato dal debitore e, quindi, salvo che il Piano non sia del tutto incoerente, non può che compiere un atto di fede su quanto relazionato dal tecnico nominato dall'imprenditore in crisi.

Fino a quando, però, la disciplina degli Accordi escludeva sacrifici da parte dei creditori non aderenti perché ne era sempre previsto il pagamento integrale, allora l'analisi del Tribunale poteva anche essere sommaria. Adesso, però, che la disciplina, soprattutto con il nuovo Codice, prevede molteplici passaggi nei quali i creditori ed i terzi possono essere costretti a subire gli effetti, anche pregiudizievoli, dei loro interessi, derivanti dagli accordi sottoscritti dal debitore con la maggioranza dei creditori, allora l'ambito di indagine del Tribunale non può essere sommario ed in ogni caso andrebbe meglio precisato e delimitato.

A ciò si aggiunge che, almeno nelle situazioni di maggiore complessità, l'attività del Tribunale andrebbe supportata dal parere di un tecnico di sua fiducia che possa esaminare il piano ed anche l'attestazione da parte del professionista, perché se è vero che la valutazione sull'attuabilità di un piano sviluppato prospetticamente nel tempo non può mai portare a risultati di assoluta certezza, è altresì vero che almeno i presupposti dello stesso possono essere attentamente verificati così da circoscrivere i confini dell'aleatorietà tipici di qualsiasi programma di risanamento.

Una verifica più attenta e meno sommaria da parte del Tribunale, rappresenterebbe una garanzia dei creditori non aderenti, obbligati dall'effetto estensivo degli accordi, e dei terzi i cui diritti potrebbero risultare compressi dalle norme sulla prededuzione, da quelle su misure di protezione e cautelari, o da quelle che prevedono l'esonero da revocatoria, (con il nuovo Codice, peraltro, è espressamente previsto anche l'esonero dalla revocatoria ordinaria a differenza dell'attuale legge fallimentare che, invece, nulla dice al riguardo).

Il tempo che occorre all'entrata in vigore del nuovo Codice consentirà al Legislatore di programmare anche quegli interventi correttivi ed integrativi necessari per il miglior funzionamento della nuova legge, tenendo nella dovuta considerazione anche le opinioni e le esperienze degli operatori del settore e degli studiosi della materia.

In ogni caso, le fondamenta del nuovo impianto normativo, dopo oltre 77 anni dall'introduzione della legge fallimentare, sono state gettate e su quelle basi si potrà sicuramente operare per il suo miglioramento a tutela delle parti interessate e del sistema economico in generale.

BIBLIOGRAFIA

- A -

Aa.Vv., Il concordato preventivo e la ristrutturazione del debito d'impresa, Torino, Italedizioni, 2006

ABETE, L. Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa, Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, 2007, 623

AMBROSINI, S. *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni,* in Il Fallimento e le altre procedure concorsuali, 4, 2005, 739 e ss.

AMBROSINI, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012, in Il Fallimento 10/2012, 1137

AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in* Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma, Commentario sistematico, diretto da Jorio e Fabiani, Bologna, Zanichelli, 2010

AMBROSINI, S. *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti,* in Trattato di Diritto Commerciale diretto da G. Cottino, Padova, 2008, 164

AMBROSINI, S. *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella l. n. 122/2010,* in Fall., 2011, 641 e ss.

AMBROSINI, S. *La nuova crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica*, Torino, 2016, 139 ss.

- B -

BALESTRA, Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Giur. Comm., 2014, I, 283

BELLO, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare, in Riv. not. 2006, 322, 9

BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in Novissimo Digesto Italiano, XIII, Torino, 1966, 888 ss.

BOGGIO, L. *Gli accordi di ristrutturazione: il primo tagliando a tre anni del "decreto competitività",* in Banca, borsa, tit. cred., 2009, I, 50

BONELLI, F. Le insolvenze dei grandi gruppi: i casi Alitalia, Chrysler, Sochoterm, Viaggi del Ventaglio, Risanamento e Tassara, in Crisi di imprese: casi e materiali a cura di F. Bonelli, Milano 2011, 1 e ss.

BONFATTI, S. - CENSONI, P.F. Lineamenti di diritto fallimentare, Padova, 2013

BONFATTI, La promozione e la tutela delle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa nella riforma della legge fallimentare, in www.judicium.it

BONFATTI, Ancora sulla natura giuridica degli "Accordi di Ristrutturazione", in http://www.dirittobancario.it/rivista/crisi-di-impresa/la-natura-giuridica-degli-accordi-di-ristrutturazione

BONFATTI, *I "cerchi concentrici" della concorsualità e la prededuzione dei crediti ("dentro o fuori?")*, in Crisi d'impresa e d'insolvenza, 2018, <u>www.ilcaso.it/articoli/1027.pdf</u>

BONFATTI, S. *Pluralità di parti e ruolo del Tribunale negli accordi di ristrutturazione dei debiti,* in Fall., 2012, 594 e ss.

BRAMATI-MORELLI, *Crisi delle compagnie aeree nell'esperienza del Chapter* 11, in Fallimento & Crisi d'impresa n. 7-8/2008

- C -

CAMPOBASSO, G.F. *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*, sesta edizione a cura di M. Campobasso, Torino, 2006, 62 e ss.

CARLI, A. Accordi di ristrutturazione dei debiti ed impresa in crisi, in Contr e impr., 2009, 415 e ss.

CARRIERE, P. Fondi comuni di investimento tra liquidazione giudiziale e soluzioni negoziali di crisi d'impresa, Il Fallimento, 2014 (6)

CASTIELLO D'ANTONIO, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in Dir. Fall., 2008, I, 605

CORTI, A., LAMPERTI, M. *La transazione fiscale e previdenziale: prassi applicative attuali criticità dell'istituto,* in Riv. dott. comm., fasc. 3, 2013, 531.

COSTI, Il mercato mobiliare, Torino, Giappichelli, 2014, 193

CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1941, 172 ss

- D -

D'ALESSANDRO, La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali, in Giust. civ., 2006, II, 329

D'AMBROSIO, C. *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in S. Bonfatti e G. Falcone (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi d'impresa*, in Quaderni di giurisprudenza commerciale, Milano, 2006, 528

D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017

D'ATTORRE, G. *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in Rivista delle Società, 2017, 517 ss.;

D'ATTORRE, G. La formulazione legislativa dei principi generali nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in BBTC, fasc. 4, 1° agosto 2019, pag. 461.

DIDONE, La prededuzione dopo la L. n. 134 del 2012 (prededuzione "ai sensi" e prededuzione "ai sensi e per gli effetti"?), in Fallimento, 2013, 914 e 915

DI MARZIO, F. *L'insolvenza civile nel diritto delle procedure concorsuali,* in Giustizia Civile, fasc.3, 1° marzo 2018, pag. 645

DI MARZIO, F. Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sull'insolvenza dell'impresa, in La nuova Legge fallimentare rivista e corretta, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, in Quaderni di Giurisprudenza commerciale, Milano, 2007, 254,

D'ORAZIO, Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo il D.L. 78/2010. Dal piano al controllo del Tribunale, in Giur. merito, 2011, 470.

- F -

FABIANI, Diritto fallimentare. Un profilo organico, Bologna, Zanichelli, 2011, 683 ss.

FABIANI, Il diritto della crisi e dell'insolvenza, Torino, Zanichelli, 2017;

FABIANI, M., Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla "reorganization", Il Foro italiano, I, pt.1, 2006, 263 e ss.

FABIANI, M. Diritto della crisi e dell'insolvenza, Torino, 2017.

FAUCEGLIA, G. Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti, Diritto Fallimentare, I, 2005, 842

FAUCEGLIA, G. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005, cit., 1452

FERRO, M. I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva, Il Fallimento, 2005, 595

FERRO, M. *Art. 182 bis L.F., la nuova ristrutturazione dei debiti,* in Nuovo dir. soc., 2005, 50

FIORAVANTI, M. in *La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942 - Introduzione,* La cultura degli anni '30 a cura di Giuseppe Morbidelli, Passigli Editore

FRASCAROLI SANTI, E. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis L.F. l.f.) e gli effetti per i coobbligati e fideiussori del debitore, Diritto Fallimentare, I, 2005, 849

FRASCAROLI SANTI, Accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale, Padova 2009, 82

FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali,* in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da Galgano, XXXVII, Padova 2005, 234 e ss.; Id., in *Commentario breve alla legge fallimentare* a cura di Maffei Alberti, 5° ed. Padova 2009, sub art. 182 bis L.F., pag. 1056

FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti a norma dell'Art. 182-bis L. Fall.*, in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, Vol. IV, Torino, Giappichelli, 2014, 463 ss.

FRASCAROLI SANTI, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un procedimento concorsuale da inserire nell'ambito di applicazione del regolamento (ce) n. 1346/2000: lo richiede la commissione europea, in Dir. fall., 2013, 3-4, 10348

- G -

GABOARDI, M. Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: profitti processuali, in Rivista delle Società, fasc.1, 1° Febbraio 2018, pag. 137)

GABRIELLI, E. *Autonomia privata e procedure concorsuali*, Rivista di diritto privato, 4, 2005, 739.

GABRIELLI, E. Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica, in Autonomia negoziale e crisi d'impresa a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 287,

GESMUNDO, V. *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Metamorfosi di una procedura concorsuale*, nota a Cassazione civile, sez. I, 24 maggio 2018 n.12965, in Giur. Comm. 2019, fasc. 4, pag. 762

GROSSI, P. in *Itinerari dell'impresa*, in *Quaderni fiorentini*, *XXVIII*, "Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica (1999), 999, ss.

GUERNELLI, M. *La riforma delle procedure concorsuali in Francia ed in Italia*, Diritto fallimentare e delle società commerciali, 2, 2008

GUERRERA, F. La regolazione negoziale della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, Il Diritto fallimentare delle società commerciali, Giappichelli Editore,

- | -

INNOCENTI, F. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione della crisi d'impresa, in Dir. Fall., 2007, I, 925 INZITARI, Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi, in Dir. Fall., 2012, I, 13 ss.

INZITARI, B *La nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis L.F. L. fall,* cit., 36 e ss.

- J -

JORIO A., Un caso esemplare di applicazione dell'art. 182 bis L.F. l. fall., 81 e ss.

- L -

LAMANNA, La definizione normativamente restrittiva dei "finanziamenti interinali" in contrapposizione ai "finanziamenti ponte", in www.ilfallimentarista.it, 18 marzo 2013

LENOCI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti* in Giuffrè, 2010, 34

LIBERTINI, Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione, in Riv. crit. dir. priv., 2011, 345 ss.

LO CASCIO, G. Il concordato preventivo, Milano, 2008, 898 e ss.

- M -

MANDRIOLI, L. *I finanziamenti soci "interinali" nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Giur. comm.*, fasc. 4, 1° agosto 2019, pag. 615

MANGANELLI, Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto, in Fallimento n. 2/2011

MARANO, P. *Le ristrutturazioni dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in Fall., 2006, 102 e ss.

MASCIOPINTO, C. *Gli Accordi di ristrutturazione dei debiti dopo il D.Lgs. 14/2019,* in Giustizia Civile.com, 11/2019

MOLINARI, U Accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis L.F. l. fall.: i casi Gabetti Property Solutions S.p.A. e Risanamento S.p.A., 47 e ss.

- N -

NARDECCHIA, G. *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti,* Il Fallimento, 6, 2006, 670 NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna 2009, 382

- P -

PAJARDI - PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2008, 905

PRESTI, G. *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Banca borsa e titoli di credito, I, pt.1, 2006

PRESTI, G., Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in AA.VV., a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, 396

PRESTI, L'art. 182 bis L.F. al primo vaglio giurisprudenziale, in Fallimento, 2006, 2, 169

PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Banca Borsa e Titoli di Credito, 2006, 20; in giurisprudenza vedi Trib. Roma, 20 maggio 2010 (decr.), in http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/2238.php,

PROTO, Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice, in Fallimento, 2007, 2, 187

PROTO, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Fall. 2006, 130.

- Q -

QUATRARO B. E BURCHI, B. *Gli Istituti di composizione della crisi d'impresa in alcune legislazioni straniere*, Giappichelli, in www.nuovodirittodellesocietà.it

- R -

RACUGNO G., SGR e contabilità del fondo, in Giur. Comm., fasc. 5, 2016, 628.

RAVINA, La natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti, in www.ilfallimentarista.it;

RESTUCCIA, D. *Natura Giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis L.F. L. Fall.,* in Riv. notariato, fasc. 6, 2012, pag. 1257

RESTUCCIA, D. Brevi note in tema di fallimento del socio illimitatamente responsabile: questioni superate e problemi ancora aperti, in Dir. Fall., 2010, I, 103 e ss.

ROCCO DI TORREPADULA, N. La crisi dell'imprenditore, in Giur. comm., 2009, 216 e ss.

ROMANO, D. *Gli Accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del d.l. n.83 del 2012,* in Giust. Civ., fasc. 10, 2013, pag. 579

RORDORF, Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza, in Contr., 2019, 129

ROSSI, M. *Capitale di rischio e capitale di credito nel fallimento delle società,* in www.judicium.it, 17 ottobre 2013, 16

ROSSI, S. *Insolvenza, crisi d'impresa e risanamento*, Milano, 2003, 44 e ss.

- S -

SALVATO, L. Strumenti di allerta e di composizione assistita della crisi di impresa(anche al tempo del Covid 19), in Diritto e Giustizia, sez. Società e Fallimento, 16 aprile 2020

SANTORO, *I finanziamenti interinali "urgenti" nel preconcordato e nel preaccordo di ristrutturazione*, in La nuova mini-riforma della legge fallimentare, a cura di Sandulli e D'Attore, Torino, Giappichelli, 2016, 270 e 271,

SCIUTO, M. *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti,* in Riv. dir. civ., 2009, I, 343

SCIUTO, M. Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti, cit. 342 STANGHELLINI, L. La crisi d'impresa tra economia e diritto, Bologna, 2007, 1 e ss. e 302 e ss.

STANGHELLINI, L. in *La cultura negli anni 30 a cura di Giuseppe Morbidelli,* Passigli Editore

- T -

TEDESCHI, G. U. Manuale di diritto fallimentare, 581

TERRANOVA, G. *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacità patrimoniale*, in Dir. fall., 2006, I, 547 e ss.

- V -

VALENSISE, sub art. 182-bis, in NIGRO-SANDULLI (a cura di), La riforma della legge fallimentare, 2, Torino, 2006, 1102

VALENSISE, Art. 182 bis L.F., in La legge fallimentare dopo la riforma. Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione, liquidazione coatta amministrativa, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Tomo III, Torino, Giappichelli, 2249 ss.

VALSENISE, La "prima volta della Suprema Corte di Cassazione in merito alla natura degli accordi di ristrutturazione. Sorprese o conferme? Le prospettive della nuova riforma, in BBTC, 5, 2018, 533 e ss.

VELLA, P. L'epocale introduzione degli strumenti di allerta nel sistema concorsuale italiano, in Questione Giustizia

VERNA G., Sugli accordi di ristrutturazione ex. art. 182 bis L.F. della legge fallimentare, in Diritto Fallimentare e delle società commerciali, 5, 2005, 876

WENNER-CARBONE in *Le procedure concorsuali in Francia,* in Il Foro Padano ott.-Dic. 2010

- Z -

ZANICHELLI, V. *La nuova disciplina degli Accordi di ristrutturazione dei debiti,* Nel Diritto Editore, 2019

ZANICHELLI, V. *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il D.lg. 12.9.2007, n. 169*, Torino, Utet, 2008

ZANICHELLI, V. *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali,* Torino, 2006, 127