

## CAPITOLO XXVII GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

1. La base ideologica degli accordi. – 2. Un istituto “a metà del guado”. – 3. I rapporti col concordato preventivo. – 4. Gli accordi e le procedure concorsuali. – 5. Il profilo soggettivo. – 6. Il presupposto oggettivo. – 7. La base negoziale e il possibile contenuto degli accordi. – 8. Sulla qualificazione degli accordi. – 9. Il deposito degli atti in tribunale. – 10. La pubblicazione dell’accordo. – 11. La relazione del professionista. – 12. La domanda di omologazione e la maggioranza. – 13. Il divieto di azioni esecutive e il rapporto con il procedimento per dichiarazione di fallimento. – 14. Il procedimento e le opposizioni. – 15. La fase decisoria. Il decreto di omologazione e le impugnazioni. – 16. Effetti dell’omologazione sugli atti pregiudizievoli. – 17. Altri effetti. – 18. L’esecuzione degli accordi. Gli inadempimenti. – 19. La transazione fiscale.

1. L’istituto degli accordi di ristrutturazione è disciplinato nei suoi aspetti procedurali nell’art. 182 bis l.fall. e quanto agli effetti che produce nell’art. 67, 3° comma lett. e), l.fall. Ambedue queste disposizioni sono innestate nella legge fallimentare del 1942 con il d.l. 35/2005 che costituisce quello che potremmo definire l’antipasto delle successive riforme del 2006 e del 2007. Ma è subito importante segnalare come quell’intervento legislativo volesse affrontare in prima battuta il problema della gestione (o composizione) concordata della crisi d’impresa, ponendo in prima linea l’utilità di trovare soluzioni negoziali efficaci alternative alla gestione (assertivamente) burocratica del fallimento.

Come si è già accennato (v. Capp. I e II) negli anni ’90 per far fronte a grandi crisi di gruppi industriali e finanziari, si erano diffuse le convenzioni stragiudiziali e cioè degli accordi fra l’imprenditore e i (maggiori) creditori volti al superamento della crisi. Questi accordi presentavano degli indubbi vantaggi competitivi rispetto al fallimento; infatti non essendo legati a schemi preconfezionati o a limiti di soddisfacimento come nel vecchio concordato preventivo, si lasciavano apprezzare per duttilità, flessibilità, rapidità, riservatezza, idoneità a regolare la crisi dei “gruppi” (fenomeno ignorato dal legislatore). In più questi accordi stragiudiziali, perché conclusi al di fuori di un controllo del giudice, erano anche idonei a rimuovere lo stato di insolvenza quando per effetto delle intese con i creditori aderenti, si riuscivano a liberare risorse da destinare a quei creditori che non avessero partecipato o non avessero voluto partecipare all’accordo.

È però anche vero che le convenzioni stragiudiziali presentavano non pochi problemi e si confrontavano con una pluralità di ostacoli che non consentiva di farne conseguire un sicuro successo. Innanzi tutto era discusso se questi accordi potessero essere considerati leciti, nel senso che sul presupposto dell’indisponibilità dell’insolvenza, si dubitava della loro meritevolezza sociale ai fini della validità del contratto *ex art. 1322 c.c.*

Oltre a questo profilo più che altro dogmatico, i difetti o per meglio dire i limiti delle convenzioni erano esemplarmente rappresentati in cinque rischi: i) il rischio che le operazioni compiute in caso di successivo fallimento, venissero assoggettate ad azione revocatoria fallimentare; ii) il rischio che in relazione alla, normale, prosecuzione dell'attività d'impresa e al compimento di atti spesso diretti a remunerare in particolare qualche creditore strategico, potessero essere prospettate condotte criminose, in particolare la bancarotta preferenziale e quella semplice; iii) il rischio che le erogazioni di denaro effettuate per dare esecuzione all'accordo potessero essere qualificate come abusiva concessione di credito e dunque come fonte di azioni risarcitorie nei confronti di coloro che erogavano "nuova finanza"; iv) la certezza che le erogazioni di "nuova finanza" e dunque il consolidamento di nuovi debiti non fossero in alcun modo garantite nel successivo fallimento, con esclusione della prededuzione; v) infine il rischio che nelle more della conclusione della convenzione, il patrimonio del debitore potesse essere esposto al rischio di azioni esecutive da parte dei creditori non partecipanti all'accordo, e ciò in assenza di una qualunque forma di protezione.

Questi limiti all'effettività di una soluzione della crisi alternativa al fallimento, sono stati per molti anni la molla per indurre il legislatore a istituzionalizzare in qualche modo quelle esperienze, cercando, peraltro, di renderle degli strumenti più sicuri, e dunque più praticabili, per gli operatori del mercato.

2. Sulla spinta delle Associazioni dei creditori istituzionali (e dell'A.B.I., Banca d'Italia e Confindustria in particolare) il legislatore confeziona nel 2005 gli "accordi di ristrutturazione" e cioè un nuovo strumento per la composizione concordata della crisi non isolandolo, però, rispetto al fallimento, in quanto accanto agli accordi muta profondamente la struttura e la stessa finalità del concordato preventivo e istituisce anche un ulteriore meccanismo costituito dal piano attestato di risanamento .

Se la base ideologica che ispira gli accordi è chiara, la sua realizzazione in termini di diritto positivo è alquanto più incerta, specie nella prima versione della riforma (e cioè prima delle correzioni del 2007).

Quando prendiamo in esame i cinque nodi critici delle convenzioni stragiudiziali e vediamo quali risposte ad essi ha dato il legislatore, ci accorgiamo subito che solo il rischio sub i) delle azioni revocatorie è stato effettivamente disinnescato; infatti anche l'innesto del divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari (che ora si trova nell'art. 182 bis 3° comma) non assolve pienamente al bisogno di protezione del patrimonio del debitore, sia perché il divieto non si estende alla fase delle trattative, sia perché ha una durata complessiva di soli sessanta giorni.

Alcuni bisogni reclamati dagli operatori sono stati raccolti, ma solo in parte.

Un ulteriore profilo di criticità del nuovo istituto è generato dalla commistione fra fulcro negoziale degli accordi e intervento del giudice. Si era

sempre auspicato che gli accordi privatistici potessero essere garantiti da un controllo del giudice (il cd. “ombrello protettivo”) in modo da dare piena legittimità a questi accordi e piena tenuta rispetto ad un eventuale successivo fallimento. Questo “ombrello” è stato aperto ma l’apertura può risultare tardiva perché la protezione non copre la fase importante e forse decisiva della trattative.

Effettivamente è stato previsto un giudizio di omologazione degli accordi, ma come si vedrà i confini di questo giudizio sono ancora incerti, con la conseguenza che non è proprio agevole comprendere quanto questo nuovo istituto sia davvero rivolto verso l’autonomia privata, ovvero non soffra di un eccesso di eteronomia rappresentato dal controllo giudiziale. In questo senso la “forza” del decreto di omologazione è tale che esplica anche un effetto sanante e cioè produce gli effetti, sebbene l’accordo non avesse avuto i requisiti per essere omologato (ad esempio per difetto di maggioranza).

Ed ancora, proprio il fatto che gli accordi di ristrutturazione si situino al confine fra decisa autonomia privata e resistenza di una “supervisione” pubblicistica, rende necessaria un’opera particolarmente attenta e prudente di interpretazione di tutti gli snodi che le scarse disposizioni ci consegnano. Ci troviamo di fronte ad un istituto che ha bisogno di interpretazioni che ne conservino il valore di strumento negoziale e quindi in termini di efficienza; un istituto che va, però, interpretato anche in funzione di garanzia di coloro che non hanno partecipato all’accordo.

3. La disposizione che disciplina gli accordi di ristrutturazione è inserita esattamente nel bel mezzo delle norme che regolano il concordato preventivo; da qui la suggestione che gli accordi possano essere considerati, in qualche modo, una variante del concordato preventivo. La suggestione topografica non deve essere assolutamente enfatizzata. In ogni modo, quand’anche si volesse dar credito a letture che valorizzino i dati testuali, oggi è agevole affermare che pure il diritto positivo dimostra l’autonomia degli accordi rispetto al concordato preventivo. Al modo di un esempio si prenda l’art. 67, 3° comma lett.e), che fa riferimento al concordato *e* agli accordi, come a due istituti, sì contigui, ma diversi. Il fatto, poi, che il legislatore abbia in più occasioni deciso di regolare in via autonoma aspetti che sono regolati anche nel concordato e che altre volte abbia stabilito di fare rinvio a norme sul concordato, impone decisamente che gli accordi di ristrutturazione debbano essere considerati un istituto diverso dal concordato preventivo.

Una volta che si proceda, poi, ad una scansione delle concorrenti discipline, si avverte che, diversamente dal concordato, negli accordi : i) non è prevista una fase di ammissione; ii) non vi è la nomina di organi del procedimento; iii) non si forma una maggioranza in assemblea; iv) la volontà della maggioranza non si riflette su coloro che restano estranei; v) non vi è sospensione del corso degli interessi; vi) è possibile che durante il procedimento si costituiscano nuovi diritti di prelazione.

La circostanza che vi sia un rapporto di alternatività fra i due procedimenti certo non esclude che, di fronte ad aspetti non regolamentati nell'art. 182 bis, sia prospettabile l'importazione di regole fissate nel concordato preventivo. Ad esempio, ci si può chiedere se sia utilizzabile il modello di procedimento di omologazione del concordato ; se siano invocabili i rimedi della risoluzione e dell'annullamento del concordato; se si producano gli effetti "esdebitatori" di cui all'art. 184 l.fall.

Poiché sia il concordato preventivo che gli accordi di ristrutturazione costituiscono degli strumenti per gestire in modo negoziato la crisi dell'impresa, è coerente che i principi della composizione concordata si applichino ad ambedue i procedimenti, ma al contempo occorre marcare il territorio e rilevare come vedremo nel prossimo §, che gli accordi di ristrutturazione non sembrano esprimere un'altra forma di procedura concorsuale, con la conseguenza che occorre molta prudenza prima di invocare le norme che disciplinano il concordato preventivo.

4. Le considerazioni dianzi sviluppate ci portano a porre il quesito se gli accordi di ristrutturazione possano essere inseriti nel catalogo delle procedure concorsuali. Il quesito non ha solo un valore teorico perché dalla risposta all'interrogativo sortiscono immediatamente effetti molto concreti: i) il riconoscimento ai crediti che sorgono durante il procedimento di cui all'art. 182 bis del rango della prededuzione; ii) l'applicazione del Reg. CE 1346/2000 (v., Cap. III).

Le ragioni che portano ad escludere che gli accordi vadano considerati come una procedura concorsuale sono essenzialmente cinque: i) non è previsto un procedimento e un provvedimento di apertura; ii) non vi è la nomina di organi (un commissario, un giudice delegato, un comitato di creditori); iii) non c'è una regolazione concorsuale del dissesto (non tutti i creditori ne sono coinvolti); iv) i creditori non sono organizzati come collettività ma come somma di tante teste; v) il debitore resta il *dominus* dell'impresa, non solo perché continua a dirigerla, ma anche perché non vi è alcuna forma di spossessamento, neppure attenuato; i suoi atti non sono assoggettati né a vincoli, né a controlli. Se si prendono in considerazione le altre procedure disciplinate dalla legge fallimentare (ma anche l'amministrazione straordinaria), si nota che questi connotati sono caratterizzanti.

In particolare vale la pena di soffermare l'attenzione sul fatto che manca una regolazione concorsuale. Il debitore non deve in alcun modo rispettare un principio di parità di trattamento fra i creditori; può trattare liberamente, purché vi sia il consenso individuale, con ciascun creditore una diversa modalità di soddisfazione, senza essere vincolato dal dover poi ripetere lo stesso trattamento a creditori che si trovino in situazioni omogenee. Questo è l'elemento caratterizzante che rende evidente il distacco di questa ipotesi da quella della regolazione concordataria con suddivisione dei creditori in classi. Nel concordato il debitore può frazionare i creditori in

tante classi ma deve pur sempre rispettare il principio dell'omogeneità e la formazione delle classi che pur rende molto flessibile la scomposizione della massa passiva, è sottoposta al controllo del giudice; controllo che a questo fine è del tutto assente negli accordi.

Della concorsualità manca altresì il profilo della universalità della regolazione, visto che il debitore è arbitro di scegliere con chi accordarsi e come accordarsi.

Sicuramente delle procedure concorsuali gli accordi importano il divieto delle azioni esecutive e cautelari, ma la temporaneità della protezione è così acuta che stride pensare che sol per questo gli accordi possano essere qualificati una procedura concorsuale.

5. Gli accordi di ristrutturazione sono inseriti nella legge fallimentare e questa circostanza di per sé potrebbe apparire risolutiva per sostenere che il nuovo istituto si applica a quegli imprenditori che nella legge fallimentare trovano la loro disciplina nel caso di dissesto. In verità l'art. 182 bis si limita a precisare che gli accordi riguardano l' « imprenditore » senza nessuna ulteriore precisazione, diversamente da quanto sancisce l'art. 1 l.fall. che accomuna fallimento e concordato quali procedure di riferimento dell'imprenditore non "sotto-soglia".

Ciò posto si potrebbe dubitare che anche gli imprenditori commerciali sotto soglia e gli imprenditori agricoli possano avvalersi di questo strumento. Ove si guardi all'effetto principale che si consegue con l'omologazione degli accordi e cioè il beneficio dell'esonero dall'azione revocatoria di cui all'art. 67 l.fall., dovremmo concludere che l'art. 182 bis abbia un campo di applicazione ristretto alle imprese che se si trovano in stato di insolvenza hanno nel loro statuto patologico, l'azione revocatoria fallimentare. In tal senso oltre alle imprese "fallibili", anche quelle assoggettabili ad amministrazione straordinaria, a liquidazione coatta amministrativa ordinaria e ad alcune altre specie di liquidazione coatta (ad esempio le liquidazioni coatte delle banche e delle società fiduciarie ma non quelle delle assicurazioni stante una precisa normativa contraria). In sostanza, poiché con l'omologazione si consegue l'esonero dalla revocatoria, altri imprenditori non avrebbero interesse alcuno ad accedervi perché non ne otterrebbero vantaggi; ma se questa fosse la giustificazione avrebbero buone ragioni coloro che ritengono che un interesse permane ed è quello di ottenere la protezione del patrimonio per sessanta giorni; è questo un risultato che giova a tutti coloro che stanno conducendo una trattativa per la composizione amichevole del dissesto.

Questa acuta lettura non persuade davvero. Fermo restando che qualunque imprenditore può cercare un accordo con i suoi creditori, come il legislatore ha stabilito che le regole concorsuali del fallimento trovino applicazione solo agli imprenditori commerciali non marginali, così pure ha ritenuto che le regole dell'autonomia privata possano essere forzate e

innervate da regole pubblicistiche (*l'automatic stay*) solo in casi di particolare rilievo economico, altrimenti gli strumenti privatistici puri sono sufficienti.

Certamente è da escludere che degli accordi se ne possa avvalere l'insolvente civile (come l'originaria versione dell'art. 182 bis avrebbe potuto lasciare intendere ove si adoperava il lemma "debitore"), al quale dovrebbe essere dedicato apposito istituto.

Resta, infine, da valutare se possa giovare all'imprenditore commerciale non iscritto al registro delle imprese. Abbiamo visto che ciò che conta ai fini della dichiarazione di fallimento è che un soggetto svolga, in concreto, attività d'impresa, tanto è vero che sono assoggettabili a fallimento le fondazioni. Qui il discorso è un poco diverso perché l'accordo va pubblicato nel registro delle imprese e se una impresa non è iscritta non si saprebbe dove pubblicarlo. È ben vero che nel momento del deposito dell'accordo si potrebbe procedere ad una iscrizione d'ufficio, ma poiché la facoltà di fruire degli accordi è pur sempre un beneficio, fissare come limite l'iscrizione nel registro delle imprese può fungere da stimolo per la regolarizzazione dell'attività.

6. Una volta stabilito chi può presentare l'accordo, occorre verificare quando lo si può fare: dobbiamo chiederci se c'è un presupposto oggettivo e quale esso sia. Il quesito non è stravagante perché nella stesura originaria dell'art. 182 bis di presupposto oggettivo non si faceva cenno. Nell'attuale testo si dice, invece, che l'imprenditore deve trovarsi in stato di crisi.

Si è già avuto modo di soffermarsi sulla nozione di crisi e quindi si tratta di capire se questa crisi evocata nella disciplina degli accordi sia esattamente la stessa di cui all'art. 160 l.fall.

Poiché negli accordi di ristrutturazione non è per nulla necessario che l'esito sia quello della conservazione dell'impresa e dunque la situazione di crisi può anche essere così grave da condurre alla dissoluzione dell'impresa, non v'è dubbio che la crisi abbracci anche l'insolvenza, come pure è previsto nel concordato. Se sul limite massimo c'è sicura convergenza, su quello minimo si può discutere e cioè ammettere che non solo la crisi possa intravedersi nella temporanea difficoltà (intesa come transitoria tensione finanziaria dell'impresa), e nel pericolo di insolvenza, ma anche in una latitudine più estesa, quando cioè l'impresa si trovi in perfetto equilibrio economico, patrimoniale e finanziario ma per un fatto già noto e non ancora attuale, nel breve periodo si possa giungere allo squilibrio di uno o più di questi indici. Estendere la concezione di crisi è, in questo caso, legittimo perché spinge, davvero, il debitore a porsi al riparo da rischi, in un momento in cui maggiori sono le possibilità di successo di una operazione di ristrutturazione, con la consapevolezza che da un lato i creditori estranei sono pur sempre soddisfatti per intero (e non devono temere un imminente dissesto) e i creditori aderenti per loro scelta accettano la proposta di ristrutturazione.

L'esperienza insegna quanto gli imprenditori siano riottosi ad esternare la crisi, ma il sistema deve essere in grado di offrire loro gli strumenti, ferma restando la loro responsabilità.

7. L'art. 182 bis disciplina il procedimento e unitamente all'art. 67 l.fall. regola alcuni degli effetti che l'accordo produce. Ciò che manca, invece, è la regolamentazione del contenuto degli accordi; così pure non disponiamo di un modello legale di formazione degli accordi.

Questo dato di fatto non è frutto di negligenza od omissioni colpevoli, ma risulta una scelta consapevole; quella di rimettere la base negoziale all'autonomia delle parti.

Il legislatore non ci dice come si fa e cosa deve contenere un accordo perché vuole che l'oggetto dell'accordo sia interamente lasciato alla autonomia negoziale, se vogliamo alla fantasia degli stipulanti. Ciò significa che il rispetto della meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. è assecondato in via presuntiva per effetto della circostanza che il legislatore descrivendo il procedimento di omologazione, presuppone che l'accordo sia in sé lecito. C'è una causa tipica, la ristrutturazione del debito, ma perseguibile con ogni mezzo. D'altra parte già la liberalizzazione delle proposte di concordato (fallimentare e preventivo) illumina della volontà di dare alle parti la facoltà di stabilire qualunque tipo di obbligazione, di impegno e di garanzia.

Vedremo, ora, in sequenza dapprima i capisaldi dell'istituto nella prospettiva negoziale; poi vedremo i confini estremi degli accordi ed infine quali colori i singoli accordi possono assumere, distinguendo le concessioni che i creditori sono disposti a rilasciare e gli impegni che il debitore può assumere.

I capisaldi in chiave negoziale possono essere così rappresentati:

- i) il debitore deve raggiungere un accordo col singolo creditore; non conta tanto il metodo (e cioè come si forma l'accordo), ma è decisivo che vi sia una espressa volontà adesiva del creditore; in tale preciso contesto, deve escludersi che il debitore possa depositare un accordo senza il consenso del creditore che deve quindi essere informato che l'intesa che ha stipulato sia destinata ad essere "precedimentalizzata" e trasformata in accordo con gli effetti di cui all'art. 182 bis;
- ii) nel perseguire l'accordo con i creditori, non v'è necessità del rispetto della *par condicio creditorum* ; non solo non si riscontra nel diritto positivo alcun sintomo al riguardo, ma proprio la negoziazione individuale è emblematica dell'opzione di rendere inoperante un principio di parità di trattamento; il creditore si convince della convenienza dell'accordo per quanto gli è proposto, non per quanto possa confrontarlo con altri; al limite l'accordo può risultare deliberatamente discriminatorio;
- iii) proprio perché conta soltanto la singola adesione che riflette un accordo individuale, è irrilevante che si debba giustificare il trattamento del singolo creditore; può essere nell'interesse del debitore spiegare le ragioni dei trattamenti differenziati, ma le sue scelte sono insindacabili nel momento in

cui si raccolgono le adesioni sufficienti e ciò consente di non discriminare gli estranei;

iv) così pure diviene irrilevante formare delle classi, perché le classi sono espressive pur sempre di trattamenti omogenei, mentre negli accordi se ne prescinde; ciò non esclude che per sua comodità il proponente formi delle classi, ma queste assumono un significato meramente "interno";

v) proprio la decisività del consenso individuale spiega perché non si forma una maggioranza che esprime una collettività organizzata per interessi omogenei, ma solo una sommatoria di consensi che superata una certa soglia (il sessanta per cento) genera riflessi sui terzi;

vi) infine, se è vero che il debitore deve raggiungere tanti accordi individuali, per far ciò deve avere un programma e questo programma che verosimilmente i creditori vogliono conoscere per valutare se rilasciare il consenso, altro non è che una versione del "piano" previsto nel concordato preventivo e nel piano attestato di risanamento. Il "piano" è la struttura di fondo degli accordi, ne costituisce il presupposto funzionale.

Per quanto attiene ai confini estremi degli accordi è opportuno precisare che:

a) qualunque sia il contenuto dell'accordo, questo deve avere per oggetto la ristrutturazione dei debiti; quindi una nuova regolazione del trattamento della massa passiva; la ristrutturazione dei debiti è altra cosa rispetto alla ristrutturazione dell'impresa (art. 27 d.lgs. 270/1999 sull'amministrazione straordinaria);

b) non è, dunque, essenziale all'accordo il risanamento dell'impresa (né oggettivo, né soggettivo); certo è un obiettivo preferibile, per quanto possibile, ma come lo è nel concordato preventivo;

c) conseguentemente, ha piena legittimità un accordo esclusivamente liquidatorio.

Con riferimento, infine, al contenuto concreto e operativo che i singoli accordi possono assumere, distinguendo le concessioni che i creditori sono disposti a rilasciare e gli impegni che il debitore può assumere, si possono evidenziare, ma solo come esempi:

*ex latere creditoris* :

α) mere dilazioni di pagamento e interventi sulla modulazione degli interessi;

β) riduzione di crediti; postergazione di crediti; remissione di debiti;

γ) *pactum de non petendo*, da intendersi qui in chiave processuale e cioè come impegno temporaneo del creditore a non iniziare azioni esecutive e a non chiedere il fallimento;

δ) erogazione di "nuova finanza";

*ex latere debitoris* :

ε) rilascio di nuove garanzie;

ζ) cessioni di beni ai creditori (se del caso quelli non strategici, ove si prosegua l'attività);

η) impegno al compimento di operazioni straordinarie sul capitale sociale (aumenti di capitali, fusioni, scissioni);

- θ) eventuale proposta di conversione dei crediti in capitale di rischio, di solito in una *newco* che prosegue l'attività d'impresa;
- ι) impegno al mutamento della compagine amministrativa (spesso con la cooptazione di rappresentanti dei creditori) e/o del *management*.

Di tutte queste possibili opzioni operative ve n'è una che appare imprescindibile: l'erogazione di nuove risorse finanziarie che, di regola accompagnate dal rilascio di nuove garanzie, costituiscono il presupposto per l'attuabilità dell'accordo mediante estinzione dei debiti nei confronti dei creditori estranei agli accordi.

8. Molto si è discusso su come catalogare gli accordi di ristrutturazione per ciò che concerne il versante negoziale. Si sono scomodate molte categorie civilistiche del contratto. Si parla di *contratto plurilaterale* quando si vuole enfatizzare il profilo dell'unitarietà dei singoli apporti; di *contratto bilaterale plurisoggettivo* quando si intende focalizzare l'attenzione sulla dualità del rapporto (il debitore da un lato e l'insieme dei creditori dall'altro); di *sommatoria (o fascio) di singoli contratti* cui faccia, ma non necessariamente, da sfondo un "contratto quadro".

Tutte queste qualificazioni colgono nel segno quando pongono in rilievo alcuni elementi caratterizzanti, ma ciascuna non è in grado di ben spiegare il fenomeno nella sua complessità per la semplice ragione che l'autonomia privata è per definizione, in questo caso, esaltata dalla facoltà attribuita ai contraenti di stabilire le clausole che prediligono con l'effetto che l'accordo può talora assumere la veste del contratto unitario, come altre volte la veste della sommatoria di tanti singoli contratti. In questa cornice è improduttivo stabilire *a priori* come catalogare gli accordi e decisamente preferibile è procedere ad una classificazione non astratta ma concreta rispetto alla specifica fattispecie che dipenda, quindi, dal modello che le parti hanno voluto.

Ad esempio, non c'è necessità di una convocazione unitaria o di una trattativa unitaria con l'intero ceto creditorio; pur tuttavia v'è coesistenzialità fra singolo accordo e accordo di ristrutturazione; necessità della consapevolezza del creditore che l'accordo singolo fa parte di un accordo più generale. Verosimilmente non assistiamo ad un dovere di informativa delle condizioni che regolano gli altri accordi, salvo che questo dovere non venga inserito nel contratto, ma il singolo creditore aderente deve avere piena consapevolezza del fatto che l'accordo particolare si innesta in un accordo generale che aspira a divenire un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 bis.

Ma forse la massima espressione di autonomia negoziale sta, oltre che nel contenuto del singolo accordo, nella scelta di come reagire ad un vizio di funzionamento dell'operazione. Le parti possono cioè (o meglio dovrebbero) stabilire cosa accade dell'accordo quando non viene raggiunta la maggioranza, quando l'omologazione è rifiutata, quando ad omologazione avvenuta l'accordo si risolve, quando può sopravvenire il fallimento. Non v'è dubbio

che rispetto a ciascuna di queste situazioni l'ordinamento privatistico fissa dei principi e talora delle regole cui attenersi, ma la volontà delle parti è sicuramente decisiva.

La classificazione concreta dell'accordo produce non pochi riflessi: dalla tenuta in caso di patologie dei singoli accordi ( annullamento, inefficacia, risoluzione), alla "prova di resistenza" sulla formazione della maggioranza. I riflessi non debbono, peraltro, essere enfatizzati in quanto qualunque sia la classificazione prediletta, molte conseguenze sono equipollenti. Se proviamo ad accantonare la tesi del contratto bilaterale plurisoggettivo (molto diffusa e condivisa ma certamente criticabile perché si fonda su un dato indimostrato: la categoria dei creditori come una collettività), ci accorgiamo che se l'impatto del vizio del singolo rapporto sul contratto plurilaterale può condurre alla caduta dell'intero accordo in caso di essenzialità (art. 1420 c.c.), non diversamente se l'accordo è classificato come fascio di contratti con necessario collegamento funzionale, il vizio del singolo contratto si riflette sull'insieme, provocandone la resa, quando quel singolo contratto è decisivo per la tenuta dell'insieme.

Nelle varieguate qualificazioni civilistiche si dibatte anche dell'assimilazione al contratto a favore di terzo, ma questa teoria talora devia sul meno tecnico contratto che produce effetti favorevoli al terzo, quando poi non si conclude, inoppugnabilmente, che gli effetti sono sia favorevoli che sfavorevoli, a seconda in verità del successo del piano. A quanti sostengono che l'effetto favorevole è generato per gli estranei dall'aumento della garanzia patrimoniale indotto dalle rinunce degli aderenti è sin troppo agevole rispondere che nel caso di insuccesso, è proprio la garanzia patrimoniale a recedere, visto che non sono più revocabili gli atti compiuti ed i beni del debitore possono ritenersi definitivamente dispersi.

In ogni caso è doveroso precisare che stipulazione dell'accordo e stipulazione degli accordi non sono la stessa cosa: il singolo accordo è regolato dalla legge del contratto (e dunque può resistere a prescindere da ciò che capita all'accordo di ristrutturazione) e la sua forza deriva solo dal consenso delle parti. Viceversa l'accordo di ristrutturazione non è regolato solo dalla autonomia privata perché, in presenza delle condizioni che ne legittimano l'omologazione, può produrre effetti nei confronti di terzi (i creditori non aderenti) e ciò in virtù dell'eteronomia espressa dal controllo del tribunale. Anche in questa ottica va valutata l'ammissibilità di una revoca dell'adesione che in chiave di diritto civile potremmo definire come recesso; recesso possibile, si crede, solo se pattuito, fermo restando che il creditore aderente come presto vedremo può interporre opposizione e così rimettere in gioco, ma dalla sponda processuale, il suo consenso.

La polisemia contenutistica degli accordi di ristrutturazione non incide sulla forma – in senso strettamente giuridico - dell'accordo negoziale. Pertanto, indipendentemente da come si articola l'accordo – e cioè come

negozio unitario o come fascio di negozi - , certo è che è indispensabile la forma scritta, *ad substantiam*.

Nelle prime decisioni della giurisprudenza si è però avanzata la tesi che oltre alla forma scritta occorrerebbe la autenticazione delle sottoscrizioni. Non pare che a confortare questa lettura sia d'ausilio la circostanza che dovendo l'accordo essere pubblicato sul registro delle imprese occorre la sottoscrizione autenticata perché tale formalità è richiesta solo per chi chiede l'iscrizione con il risultato che sarebbe sufficiente la sola autenticazione della sottoscrizione del debitore; questa lettura che non richiede tale formalità è poi coerente con l'esigenza di adottare interpretazioni che senza nulla togliere alle garanzie, si allineino al bisogno di efficienza.

9. Dopo avere considerato diversi profili che attengono alla sfera negoziale degli accordi, occorre cominciare ad esaminare l'*iter* del procedimento (in fondo l'unico aspetto regolato dal legislatore) che conduce all'omologazione e dunque al pieno dispiegamento degli effetti diffusi dell'accordo.

Le fasi iniziali del procedimento sono costituite essenzialmente da:

- i) deposito dell'accordo in tribunale, corredato da documentazione contabile e relazione del professionista;
- ii) pubblicazione dell'accordo presso il registro delle imprese;
- iii) presentazione della richiesta di omologazione.

Gli adempimenti connessi al deposito della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione sembrano essere costituiti dal deposito della documentazione di cui all'art. 161 l.fall. e della relazione del professionista. Almeno formalmente non si fa cenno del deposito degli accordi (che la norma stabilisce debbano essere pubblicati nel registro delle imprese), ma è indubitabile che nella domanda di omologazione vi debba essere allegata la documentazione relativa agli accordi da cui si possa desumere l'essersi formata la maggioranza.

Procediamo con ordine. Il debitore è tenuto a depositare: a) una aggiornata relazione 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 rispettivi crediti e delle cause di prelazione; c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili. Molti di questi documenti sono irrilevanti ai fini del sindacato sugli accordi ma possono comunque offrire elementi di valutazione prima per i creditori e per gli estranei e poi per il tribunale.

Unitamente ai dati contabili va depositata la relazione attestativa del professionista sulla quale ci soffermeremo fra poco e la domanda di omologazione, domanda che deve contenere anche gli accordi conclusi con i creditori.

L'art. 182 bis non stabilisce se l'accordo debba essere prima depositato in tribunale o prima pubblicato nel registro delle imprese, ma è ragionevolmente irrilevante fissare un criterio di priorità temporale; infatti, poiché gli effetti si producono solo dalla pubblicazione e per effetti qui intendiamo sia il termine di sessanta giorni relativo alla protezione del patrimonio, sia il *dies a quo* per la proposizione di opposizioni, è evidente che il debitore ha interesse ad effettuare i due adempimenti o contestualmente o a brevissima distanza perché se non chiede subito l'omologazione rischia che si dilatino i tempi del procedimento mentre nel frattempo scorre il periodo di inibizione delle azioni esecutive e cautelari, col rischio che la protezione sfumi quando ancora l'accordo non è pronto per essere omologato.

Il deposito degli atti va effettuato presso il tribunale competente a decidere la richiesta di omologazione. Per tribunale competente dobbiamo ritenere si debba intendere quello presso il quale ha sede principale l'impresa; in particolare appare opportuno radicare la competenza sulla base dei criteri generali che regolano le procedure di insolvenza sia a livello interno che internazionale (si pensi al COMI del reg. CE 1346/2000). Ciò significa che il tribunale può non coincidere con quello della sede legale ed ancora che il trasferimento della sede avvenuto nell'ultimo, diversamente da quanto è previsto per il fallimento e per il concordato preventivo, è comunque efficace.

10. L'accordo è pubblicato presso il registro delle imprese. Come appena accennato, la pubblicazione dovrebbe essere contestuale al deposito in tribunale o immediatamente anteriore (per non perdere il beneficio della protezione sul patrimonio).

Oggetto della pubblicazione è l'accordo; pur tuttavia, ancorché non esplicitamente richiesto, in funzione di assicurare maggiori garanzie (in termini di trasparenza e informazione) ai creditori si deve reputare necessaria la pubblicazione anche della relazione del professionista. È questo uno dei casi rispetto ai quali il dubbio interpretativo va risolto esaltando le esigenze di garanzia rispetto a quelle di efficienza, considerando che la pubblicazione dell'accordo non rappresenta per il debitore alcun sensibile aggravio di attività.

Quanto al luogo dove deve avvenire la pubblicazione, trattandosi di adempimento formale che si ricollega alla pubblicità informativa dell'impresa (art. 2199 c.c.), non v'è ragione di discostarsi dal criterio formale, per cui la pubblicazione va effettuata presso l'ufficio del registro delle imprese dove l'impresa è iscritta.

Per ciò che concerne la forma, si tratta di precisare che parliamo di una iscrizione e non di una pubblicazione e che l'autenticazione ( art. 2189 c.c.) è riferita alla domanda di iscrizione.

L'iscrizione nel registro delle imprese non è un fatto meramente divulgativo ma assume un rilievo decisivo perché ad essa si connettono gli effetti più importanti del procedimento.

Innanzitutto è dal giorno della pubblicazione che iniziano a decorrere due termini: i) quello di sessanta giorni per la protezione del patrimonio; ii) quello di trenta giorni per la proposizione di eventuali opposizioni. Ma l'art. 182 bis, 2° comma, dice anche che l'« accordo acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione ».

Questa espressione evoca una pluralità di scenari. Sappiamo che l'utilità dell'istituto è data dall'esenzione da revocatoria per gli atti compiuti in esecuzione dell'accordo *omologato*; l'omologazione si rivela essere la *condicio iuris* per l'esenzione, ma il fatto che l'efficacia dell'accordo risalga alla pubblicazione può giustificare che siano esenti da azione revocatoria anche gli atti compiuti in esecuzione degli accordi già dopo la pubblicazione a condizione che sopravvenga l'omologazione (una sorta di esenzione con effetti *ex tunc*).

L'ulteriore suggestione che la norma rilancia è costituita dalla possibilità di interpretare l'inciso come se i singoli accordi acquisissero efficacia solo con la pubblicazione (o addirittura come se si perfezionassero al momento dell'iscrizione). Ove però si osservi che qui si parla di accordo di ristrutturazione (e non di accordi), è più logico concludere che l'efficacia dei singoli accordi dipende dalle scelte di autonomia negoziale delle parti, e che la pubblicazione pesa solo per dare efficacia all'accordo nel suo complesso. Quindi in sostanza l'efficacia di cui parla l'art. 182 bis è solo quella legale, perché l'efficacia negoziale dipende dalla volontà dei contraenti (i quali potrebbero, nella loro autonomia, farla dipendere proprio dalla pubblicazione).

11. Abbiamo menzionato già il fatto che il debitore deposita in tribunale la relazione di un professionista e che questo documento andrebbe anche iscritto nel registro delle imprese unitamente agli accordi. I problemi che ruotano attorno alla relazione sono molteplici e concernono il soggetto che la redige (qualificazione professionale e designazione), la funzione della relazione, il suo contenuto ed i suoi presupposti, ed infine le responsabilità del professionista.

Quanto alla individuazione soggettiva, l'art. 182 bis rinvia all'art. 67 3° comma lett.d), e dunque può redigere la relazione il professionista iscritto in albi (avvocati e commercialisti, ma anche società fra professionisti e studi associati) che sia anche revisore contabile.

Posto che la designazione del professionista compete solo all'imprenditore, si pone la questione dell'indipendenza sia rispetto all'imprenditore che al professionista che ha confezionato il piano e predisposto gli accordi.

Ora, tralasciando i requisiti di indipendenza che per statuto disciplinare del professionista devono essere garantiti, non parrebbe che il legislatore abbia preteso come imprescindibile l'indipendenza "formale"; non si può, cioè, escludere che il professionista abbia già avuto rapporti con l'imprenditore. È ovvio però, che l'indipendenza influisce decisamente sulla attendibilità della relazione; in tal senso una preferenza per la "dualità" dei professionisti non può certo venire negata.

Poiché il professionista è nominato dal debitore sì che non assume un incarico giudiziario, il suo compenso va calibrato sulla tariffa professionale di appartenenza; il credito è munito del privilegio di cui all'art. 2751 bis n.2 c.c., ma non gode del trattamento della prededuzione nel successivo eventuale fallimento perché abbiamo già escluso (come invece pretende l'art. 111 l.fall.) che gli accordi siano una procedura concorsuale.

La relazione assume una duplice funzione: informativa nei confronti dei creditori, sia aderenti, sia estranei, sia di qualunque altro interessato (e ciò spiega perché è coerente che pur essa sia iscritta nel registro delle imprese); istruttoria nei confronti del tribunale in quanto tale organo fonderà il suo giudizio per omologare l'accordo, essenzialmente sulle argomentazioni e sulle conclusioni del professionista.

Per quanto afferisce al contenuto, seppure sbrigativamente, l'art. 182 bis è abbastanza chiaro; il professionista deve certificare che l'accordo depositato è attuabile e proprio questa previsione rimanda alla necessità che l'accordo sia sempre accompagnato da un "piano". L'attuabilità, a sua volta, si esprime nel giudizio in forza del quale l'accordo deve essere idoneo ad assicurare il « regolare pagamento dei creditori estranei ». La relazione deve affermare, in modo documentato e meditato, che in forza dell'accordo si liberano risorse in misura sufficiente per soddisfare i creditori non aderenti. Costoro appartengono a due categorie: i) i creditori dissenzienti; ii) i creditori non interpellati.

Nella sostanza, come vedremo *infra*, l'attestatore deve spiegare come l'esecuzione dell'accordo porti nei fatti a rimuovere lo stato di crisi o di insolvenza in quanto viene meno l'incapacità dell'imprenditore di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni.

La locuzione "regolare pagamento", per quanto semplice non è affatto cristallina. Ed infatti, nei primi momenti di applicazione della legge venne avanzata la tesi che quella espressione significherebbe che i creditori estranei vanno soddisfatti in misura omogenea a quella fissata per i creditori aderenti, talché il "regolare" andrebbe rapportato a "conforme" agli altri creditori; è chiaro che accedendo a questa tesi i riflessi sarebbero devastanti perché il contratto stipulato fra le parti, in contraddizione con la regola dell'art. 1372 c.c., produrrebbe effetti sfavorevoli nei confronti di terzi (i creditori non aderenti).

Ma anche trascurando questo rilievo, è doveroso rimarcare come non sarebbe mai possibile effettuare un giudizio di conformità per la

semplice ragione, più volte espressa, che negli accordi di ristrutturazione non è richiesto un trattamento paritario e che si prescinde dalla *par condicio creditorum*. Quindi non si potrebbe sapere come il creditore estraneo debba essere trattato, mancando un sicuro polo di confronto.

Ciò conduce ad affermare con fermezza che per “regolare pagamento” si intende: a) il pagamento per intero; b) dunque il pagamento alla scadenza o immediatamente dopo l'omologazione se già scaduto; c) un pagamento con mezzi normali salvo consenso del creditore (art. 1197 c.c.).

Se la relazione deve esprimere un giudizio di attuabilità dell'accordo, dobbiamo ora valutare su cosa si fondi quel giudizio; al contrario di quanto previsto nel concordato preventivo, l'art. 182 bis non impone espressamente che il professionista si pronunci attestando la veridicità dei dati aziendali. Ciò nondimeno se la valutazione sull'attuabilità deve essere seria, la verifica di attendibilità dei dati dell'impresa appare un presupposto necessario; il professionista non attesta che sono veri, ma sulla loro attendibilità fonda la relazione, talché sarebbe inutilizzabile una relazione che non prendesse posizione sui dati aziendali.

Il ruolo che il professionista assume è molto delicato perché da una parte condiziona i comportamenti dei creditori e dall'altra parte incide in misura determinante sull'indagine che spetta al giudice. È chiaro, allora, che in relazione a questi compiti, una parte decisiva è giocata dalle responsabilità.

Sulla responsabilità penale, possiamo escludere tutte quelle fattispecie legate ai delitti di falso per mancanza della qualità di pubblico ufficiale (e di incaricato di pubblico servizio) in capo al professionista; ma in relazione alle specifiche condotte, si possono ipotizzare (in concorso) diverse figure di reato, dal delitto di bancarotta (fraudolenta e semplice) a quello di truffa; non quello previsto nell'art. 236 l.fall. perché la norma incriminatrice si applica solo al concordato preventivo e non è estensibile agli accordi per il divieto di analogia in *malam partem*.

Più nitide sono le forme di responsabilità civile. Nei confronti del debitore che lo ha designato, eventuali inadempimenti connessi ad un espletamento dell'incarico non conforme a quanto pattuito, generano responsabilità contrattuale, sempre che, naturalmente, l'imprenditore dimostri di avere sofferto un pregiudizio patrimoniale causato dall'“infedeltà” del professionista. Nei confronti dei creditori aderenti, almeno in apparenza, parrebbe ricorrere la responsabilità extracontrattuale, ma valorizzando la circostanza che il professionista svolge un incarico che ha precisi contorni delimitati dalla legge, non possiamo escludere che si discuta, anche di responsabilità contrattuale (sempre che non si voglia scomodare l'incerta figura della responsabilità da “contatto sociale”). La relazione del professionista può essere fonte di danni con riguardo alla induzione all'adesione all'accordo e con riferimento, anche, alla mancata proposizione di un'opposizione. Infine, nei confronti dei creditori non aderenti, il modello di responsabilità più acconcio alla situazione dovrebbe essere quello della

responsabilità extracontrattuale; qui la lesione può essere individuata nella perdita della *chance* derivante dall'impossibilità di esercitare l'azione revocatoria per effetto dell'esenzione provocata dall'omologazione dell'accordo.

Qualora all'insuccesso dell'accordo (che è comunque il presupposto logico della responsabilità) dovesse sopravvenire anche la dichiarazione di fallimento, v'è da chiedersi a chi spetterebbe la legittimazione per promuovere l'azione risarcitoria e considerato che le posizioni dei creditori risultano fortemente asimmetriche, è verosimile che tendenzialmente l'attribuzione dovrebbe spettare ai singoli creditori.

Infine non vanno dimenticate le responsabilità disciplinari per condotte poste in essere in violazione delle norme deontologiche, visto che il professionista deve essere iscritto in appositi albi e che esistono precise regole di condotta che vanno osservate nell'espletamento dell'incarico.

12. Quando abbiamo tracciato il percorso iniziale del procedimento, abbiamo fatto riferimento alla circostanza che il deposito dell'accordo in tribunale comporta che questo accordo, per produrre effetti, debba essere concluso con la maggioranza dei creditori; questa maggioranza è costituita dal sessanta per cento dei creditori. Va subito chiarito, per evitare confusioni con quanto accade nei concordati, che qui parliamo di adesioni all'accordo e non di voti su una proposta. Tanto è vero che non è prevista una assemblea di creditori, un luogo dove si discute e poi si vota.

Questo spiega perché non si forma una maggioranza, ma *con* la maggioranza qualificata, l'accordo, se omologato, produce effetti verso i terzi. Il che, come si è già menzionato, non esclude che un accordo con una maggioranza non qualificata risulti comunque vincolante per gli aderenti e idoneo a rimuovere lo stato di insolvenza, se l'accordo con un frangia pur minoritaria di creditori è sufficiente a restituire all'impresa la capacità di adempiere con regolarità.

Sul metodo di computo della maggioranza si registrano queste regole: i) si calcola sui crediti che risultano dai documenti contabili che devono essere depositati; ii) si calcola sui crediti (per somma) e non sui creditori (per teste); iii) si calcolano tutti i crediti, anche quelli in privilegio; iv) il momento determinante per la formazione della maggioranza è quello del deposito dell'accordo (e non quello dell'omologazione); è ben vero che sono possibili nuove adesioni ma queste altro non sono che nuovi singoli accordi, perché non v'è da aderire ad altri accordi che riguardano solo quei contraenti.

Su questi criteri non vi sono obiezioni, ma restano oscuri due altri problemi che dovrebbero però poter essere risolti in questo modo. In assenza di un regime di controllo preventivo sui crediti contestati (art. 176 l.fall.), la base di voto si computa su quanto dichiarato dal debitore e dunque eventuali contestazioni sui crediti vanno devolute nel giudizio di opposizione,

sempre previa prova di resistenza e cioè di decisività della adesione contestata ai fini del raggiungimento della maggioranza.

Nel concordato fallimentare ed in quello preventivo sono previste delle espresse esclusioni dal voto ( artt. 127 e 177 l.fall.) che riguardano soggetti che potremmo definire o parti correlate o creditori che tali sono divenuti proprio in funzione di orientare il voto. Se queste esclusioni si intendono come *jus singulare*, dovremmo concludere che non sono esportabili negli accordi di ristrutturazione, ma se valorizziamo il criterio interpretativo volto ad implementare le garanzie, la conclusione sarebbe opposta. La lacuna di diritto positivo impone, mi pare, che la regola di esclusione non possa essere invocata; pur tuttavia, poiché quelle norme esprimono un principio e cioè quello della genuinità del voto (e nel caso che ci interessa, delle adesioni), premesso che le adesioni riferibili alle parti correlate e ai cessionari di crediti possono essere computate ai fini della maggioranza, in sede di opposizione si potrà dimostrare che quei crediti in verità sono stati formati allo scopo esclusivo di indirizzare la maggioranza e così potranno essere defalcati.

Una volta chiarito come deve essere calcolata la maggioranza, prima di affrontare i vari snodi del procedimento, è opportuno valutare, dal lato del debitore, a chi compete presentare la richiesta di omologazione. La legittimazione sostanziale spetta all'organo amministrativo (salva diversa disciplina interna all'impresa), anche in caso di "operazioni straordinarie", nel qual caso le eventuali competenze assembleari si renderanno necessarie per i singoli accordi. La legittimazione processuale spetta al debitore e solo a lui, mentre la difesa tecnica non è necessaria per il deposito della documentazione, ma lo diviene per il procedimento di omologazione.

Dal momento che non esiste una fase di ammissione né un provvedimento di ammissione, è coerente che col deposito della domanda non si producano alcuni degli effetti tipici del concordato. In tale contesto non si assiste alla sospensione del decorso degli interessi (art. 169 l.fall.): in assenza del richiamo all'art. 167 l.fall., la continuazione della gestione dell'impresa resta nelle mani del debitore e senza nessun controllo (che non sia quello differito generato dalle opposizioni); possono costituirsi nuovi diritti di prelazione; ed infine è sancita la libera tutelabilità giudiziale dei diritti rispetto alle "azioni dichiarative". L'inibizione giudiziale riguarda, infatti, solo la tutela cautelare e quella esecutiva.

13. Un tema delicato è quello relativo al rapporto fra procedimento per dichiarazione di fallimento e procedimento per omologazione dell'accordo di ristrutturazione. In via di semplice approssimazione, possiamo rilevare che la ricaduta dell'omologazione sul procedimento per dichiarazione di fallimento potrebbe valere come fatto rimottivo dello stato di insolvenza, nel senso che l'omologazione costituirebbe evento idoneo a dimostrare la riacquistata capacità dell'imprenditore di far fronte alle obbligazioni con regolarità, posto che l'accordo omologato presupponeva il

riscontro della salvezza dei diritti di credito dei creditori estranei all'accordo ed il loro pagamento integrale e alla scadenza. Se l'oggetto del processo di omologazione degli accordi è, almeno in larga parte, sebbene da posizioni invertite, lo stesso oggetto del processo per dichiarazione di fallimento, più che discorrere di *reciproca autonomia*, per forza di cose, si deve prendere atto di una situazione di *reciproca interferenza*. Potremmo acconsentire a stabilire che vi è autonomia solo se negassimo che sul piano processuale i due procedimenti debbano essere coordinati, sì che in entrambi si discuterebbe, in fondo, dell'esistenza o inesistenza dello stato di decozione. Questo tema, nell'attuale versione novellata, si lega al precetto che vuole che « 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 ».

Due sono le problematiche che meritano di essere affrontate: in primo luogo si tratta di stabilire se l'iniziativa per fallimento possa ascrivarsi al catalogo delle « azioni esecutive »; in un secondo momento, sciolto in senso favorevole il quesito, si tratterà di verificare quali effetti produca il divieto.

Per rispondere al primo interrogativo non ci basta stabilire che il fallimento (una volta dichiarato) è una procedura esecutiva, dal momento che occorre stabilire se sia (esercizio di) azione esecutiva, l'iniziativa. Se dicessimo che il fallimento è una esecuzione potremmo così concludere che il fallimento non può essere dichiarato in costanza di procedimento per omologa dell'accordo, ma al contempo sarebbe anche lecito supporre che il procedimento *ex art.6 l.fall.* potrebbe essere avviato e financo istruito.

Nella consapevolezza di questo ostacolo, è comunque necessario delibare che almeno il fallimento possa essere annoverato fra le procedure esecutive. Neppure il più avanzato sostenitore del fallimento quale luogo di mera disciplina organizzativa della crisi d'impresa, può negare che il fallimento è anche una procedura esecutiva perché: a) attua la responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.); b) in funzione della soddisfazione dei creditori; c) contro la volontà del debitore; d) privato del potere di disporre del suo patrimonio; e) nel contesto di un processo che l'ordinamento statale appresta allo scopo, con l'impiego di mezzi e strutture dell'apparato giurisdizionale.

Il fallimento – inteso come procedura – non può essere dichiarato perché è una forma di azione esecutiva, una azione esecutiva che coinvolge l'intero patrimonio del debitore. Se questo è vero, non vanno celati alcuni ostacoli. Il divieto di azioni esecutive (e cautelari) mira in sostanza ad impedire che vi siano alcuni creditori che si precostituiscono dei canali privilegiati di soddisfacimento dei loro diritti; le azioni esecutive sono paralizzate nel fallimento (art. 51 l.fall.) e nel concordato preventivo (art. 168 l.fall.) allo scopo di evitare che vi sia concorrenza fra azioni esecutive, quelle dei singoli creditori e quella collettiva. Quindi mentre l'azione esecutiva

singolare è impedita nel fallimento e nel concordato, per converso non si potrebbe reputare impedito il fallimento rispetto al procedimento di omologazione degli accordi. In definitiva il problema non potrebbe riguardare il fallimento perché procedura, appunto, collettiva che non istituisce posizioni di preferenza. A ciò si potrebbe aggiungere che il fallimento era considerato tampoco una azione esecutiva che il legislatore per evitare la competizione fra fallimento e concordato preventivo, stabiliva che non poteva essere dichiarato il fallimento sino a che era pendente un procedimento per concordato. In verità il fallimento non può essere dichiarato pendente il ricorso per omologa *ex art. 182 bis*, perché la decisione sul fallimento è pregiudicata dalla decisione sugli accordi.

Pertanto, se pure possiamo dubitare della coerenza della tesi che vorrebbe il fallimento non precluso, in chiave processuale, dalla pendenza dell'omologazione, non è necessario confutarla per una ragione molto semplice: l'art. 182 bis contiene un richiamo all'art. 168 l.fall. (ma guarda caso) al solo comma 2° e non già al 1° comma che enuncia una regola riportata, quasi testualmente, in replica nella norma sugli accordi. Si aggiunga che l'inibizione è temporalmente limitata a soli due mesi e tale circostanza assume un significato chiaro e preciso. Il divieto di azioni esecutive non mira ad evitare la concorrenza fra azioni esecutive individuali ed azioni esecutive collettive in quanto gli accordi, diversamente dal fallimento e dal concordato, non costituiscono una procedura concorsuale, ma un procedimento giudiziario rivolto a dare efficacia ad un accordo negoziale fra parti. Quindi il significato è tutt'affatto diverso. Il divieto delle azioni vuole consentire, ed ecco la ragione della fissazione di un termine così breve, che il procedimento di omologazione si snodi senza il timore che il patrimonio dell'imprenditore possa essere distratto dalla sua destinazione impressa secondo il piano oggetto dell'accordo. Si vuole, cioè che le parti, dopo avere negoziato l'accordo, possano attendere il giudizio del tribunale neutralizzando iniziative di coloro che al piano sono estranei. Dunque si ricomprende fra le azioni esecutive vietate anche l'*iniziativa* per la dichiarazione di fallimento. Non ci interessa stabilire se l'iniziativa stia dentro o fuori dall'esecuzione [collettiva]; ciò che conta è che per il breve periodo di due mesi, nessuna aggressione sui beni del debitore sia tollerabile e ciò perché sarebbe in conflitto con la funzione del divieto, quella di giungere alla omologazione con un patrimonio intatto in quanto non depauperato da iniziative di singoli creditori. Se ai creditori fosse consentito aggredire il patrimonio del debitore, l'imprenditore non potrebbe eseguire il piano perché "distratto" dal dover assecondare le azioni dei singoli. Le stesse identiche esigenze le si ritrovano col fallimento, dal momento che il debitore potrebbe essere indotto a soddisfare immediatamente il creditore ricorrente, così pregiudicando l'intero accordo; è ben vero che quel creditore, se estraneo, dovrà essere soddisfatto immediatamente dopo l'omologazione, ma, appunto, *dopo* e non prima.

Si può, poi, notare che quando si parla di azioni esecutive e cautelari non ci si riferisce direttamente al pignoramento o al sequestro, ma alle relative azioni; il che vuol dire che anche la proposizione di un ricorso per sequestro conservativo risulta essere una attività vietata dall'art. 182 bis; sappiamo, anche, che nel procedimento per dichiarazione di fallimento possono essere adottate misure cautelari, con il singolare paradosso che potrebbe essere avviato il procedimento ma non rilasciate le misure cautelari.

Pare allora assai più in sintonia con le nuove regole, l'affermazione che conduce alla sottoposizione al divieto di cui all'art. 182 bis anche della iniziativa per dichiarazione di fallimento.

Dopo avere concluso che il ricorso (o la richiesta) per fallimento è colpito dal divieto di cui all'art. 182 bis, occorre trovare l'acconcio antidoto. Se nell'art. 168 l.fall. si parla di nullità e nell'art. 51 non vi è alcun richiamo alla sanzione, ma si suole discutere di improponibilità/improcedibilità, neppure si può escludere che l'effetto sia quello di una mera sospensione, con la conseguenza che, decorsi sessanta giorni, il processo per fallimento potrebbe ripartire dal punto dove si era arrestato. È chiaro che la sanzione della nullità è quella più grave perché comporta che nessun atto possa essere salvato, ma a parte ciò, a me non pare che il ricorso per fallimento possa essere dichiarato nullo (sebbene per nullità sopravvenuta). La nullità processuale di un atto può essere dichiarata solo in presenza dei requisiti di cui all'art. 156 c.p.c. e dunque, in assenza di previsione di declaratoria di nullità, l'atto tale non può essere così qualificato. Non diversamente si fatica a pensare che il divieto si traduca in una semplice sospensione del processo (esecutivo o cautelare o fallimentare), perché così si spiega solo il divieto di proseguire una iniziativa, non il divieto di promuoverla. Né vi è materia per pensare che operi la sospensione per pregiudizialità ai sensi dell'art. 295 l.fall., posto che altrimenti non avrebbe alcun senso la previsione di un periodo così breve. Ci si può allora rifugiare nella categoria della improponibilità/improcedibilità; il giudice cui è affidato un procedimento (cautelare, esecutivo o fallimentare) deve emettere una pronuncia di rito con la quale nega provvisoriamente la tutela richiesta per il difetto di una condizione dell'azione che impedisce la decisione nel merito (se si tratta di sequestro o di fallimento) o la progressione del processo verso l'attuazione coattiva del diritto (se si tratta di azione esecutiva). Il creditore non ha, transitoriamente, interesse all'azione per il fatto che l'imprenditore ha proposto un accordo che dovrà contenere anche la previsione del suo integrale e immediato soddisfacimento. Poiché il divieto si traduce in una lesione del diritto di azione (art. 24 Cost.), l'inibizione risulta tollerabile solo perché breve, ciò che è tipico della tutela condizionata.

Una volta preso atto che l'iniziativa per fallimento non può essere avviata per sessanta giorni, occorre anche valutare cosa accada laddove il ricorso sia presentato oltre il sessantesimo giorno e cioè quando l'inibizione è venuta meno.

Fra il procedimento per la dichiarazione di fallimento e quello per omologa degli accordi esiste una parziale sovrapposizione, generata dal fatto che il secondo ha per oggetto l'idoneità di un piano (sul quale è stato raggiunto il consenso del sessanta per cento dei creditori) a consentire il soddisfacimento dei creditori non aderenti, il che sta a significare che il piano e l'accordo sono idonei a liberare le risorse necessarie per far fronte a tutte le obbligazioni scadute; la certificazione dell'esistenza di risorse sufficienti per pagare gli estranei, altro non è che il rovescio della medaglia dell'insolvenza. L'insolvenza dell'impresa non c'è perché ci sono risorse sufficienti e queste risorse derivano da un accordo. È chiaro, allora, che il procedimento *ex art.* 182 bis e di poi il decreto di omologazione, si pongono quali necessari antecedenti logici del giudizio richiesto al tribunale con la presentazione di un ricorso per fallimento; il decreto di omologazione costituirà un accertamento pregiudiziale sulla insussistenza dello stato di insolvenza, vincibile, però, con la dimostrazione della incapacità, in concreto, dell'imprenditore di far fronte regolarmente ai debiti nei confronti dei non aderenti. La certificazione del tribunale non può, infatti, valere per un tempo illimitato e dunque è ben possibile che il creditore dimostri che l'accordo omologato non si è rivelato effettivamente adeguato a superare l'insolvenza.

Sciolti questi interrogativi, resta da vedere come il procedimento debba essere organizzato, fermo restando che la soluzione della riunione fra procedimenti è sicuramente da preferire. Una volta riuniti i giudizi, la pregiudizialità di cui si è parlato resta ferma sul piano logico perché il giudice prima verifica se accordo c'è e poi se è omologabile.

14. Come si introduca il giudizio di omologazione, il legislatore non lo ha voluto stabilire, ma è naturale che con la presentazione dell'accordo in tribunale, l'imprenditore voglia anche chiedere (con lo stesso atto o con separato ricorso) l'omologazione dell'accordo, così avviando un procedimento che potrà eventualmente *accogliere* le opposizioni. Per queste è fissato un termine (ovverosia quello di trenta giorni dalla pubblicazione sul registro delle imprese), da considerare termine perentorio e soggetto alla sospensione feriale (in quanto termine processuale).

Quanto alla modalità di introduzione del procedimento non v'è ragione di dubitare che si tratti di un "ricorso", posto che le forme sono quelle dei procedimenti in camera di consiglio (secondo il rito generalista di cui agli artt. 737 ss. c.p.c.); ricorso sottoscritto da un avvocato in quanto il procedimento, pur in assenza di opposizioni, deve essere qualificato "nei confronti di altre parti" (cfr. l'abrogato art. 25 d.lgs. 5/2003) e dunque la difesa tecnica è necessaria.

È chiaro che un procedimento debba, in ogni caso, essere avviato, sia che questo venga attivato prima da un opponente o prima dal debitore, posto che una richiesta di omologazione non è eludibile. Ciò posto i due eventuali procedimenti devono essere riuniti e non solo viaggiare parallelamente, per la

semplice ragione che l'oggetto del procedimento è esattamente il medesimo. In tale contesto, applicando i principi in tema di impugnazioni incidentali, proposta per prima la richiesta di omologazione, il ricorso in opposizione potrà essere promosso in via incidentale e viceversa se risulta radicata per prima l'opposizione, sarà la richiesta di omologazione ad essere introdotta in via incidentale.

Se il procedimento inizia col ricorso del debitore e questo è contestuale al deposito dell'accordo, poiché inizia solo a quel punto la decorrenza del termine per le opposizioni, il procedimento non può progredire sino a che il termine non è maturato, posto che solo in quel momento il tribunale potrà procedere ad organizzarlo, a seconda della presenza (oppure no) di opposizioni.

Il legislatore non ha voluto tracciare un catalogo specifico dei soggetti legittimati alla proposizione dell'opposizione limitandosi a menzionare i creditori e, più genericamente, qualunque interessato. Quanto ai creditori è stato opportunamente omissivo il riferimento ai creditori non aderenti, in quanto non può essere certo escluso un interesse del creditore aderente ad opporsi all'omologa le quante volte dal momento in cui ha prestato l'adesione al momento dell'omologazione si possono scoprire eventi prima non dichiarati e tali che se conosciuti avrebbero determinato una diversa scelta sul prestare il consenso.

Per ciò che concerne gli altri interessati, l'opzione del legislatore è stata (come tante altre volte nella legge fallimentare) quella di lasciare campo libero alla legittimazione alla luce di una "evidenza pubblica" degli interessi che si agitano attorno all'impresa in crisi. E pur tuttavia, questa massima latitudine non deve essere enfaticamente sino a ricomprendere ogni portatore di un interesse concreto e attuale in conformità ai principi in tema di impugnazioni civili e ciò per la semplice ma decisiva osservazione che l'opposizione all'omologazione non è una impugnazione (che come è ben noto è la richiesta di riesame di un provvedimento dell'autorità giudiziaria), ma la sollecitazione rivolta al tribunale a che la richiesta di omologazione non venga accolta. L'opposizione è uno strumento, preventivo, di reazione diretto a contrastare la propalazione di effetti che conseguirebbero all'accordo [se] omologato, al pari di quel che può rivelarsi l'impugnazione di una delibera assembleare nelle società o nei condomini. In tale cornice, i soggetti legittimati ad opporsi sono soltanto coloro che vantano posizioni di diritto soggettivo che dall'omologazione degli accordi potrebbero subire una modifica (evidentemente, peggiorativa).

Mentre all'opposizione sono legittimati i portatori di una posizione giuridica soggettiva incisa dall'eventuale decreto di omologazione, diverso può essere il discorso in merito ad una eventuale ammissibilità di un intervento nel procedimento, fermo restando che è notoriamente discusso che sia in astratto ammissibile l'intervento nei procedimenti camerali. La questione può riguardare i creditori aderenti (e ciò a prescindere dal fatto che

siano abilitati a interporre l'opposizione), ma anche soggetti diversi (come i soci) e financo il pubblico ministero. Poiché per l'introduzione dell'opposizione è fissato un termine perentorio, l'intervento nel procedimento non può surrogare la mancata opposizione il che ci porta a concludere che l'intervento, da chiunque venga operato, potrà essere catalogato come "adesivo dipendente", ovvero sia un intervento che non legittima la proposizione di domande ed eccezioni autonome. In tale contesto occorre comunque ravvisare un interesse alla decisione.

Per ciò che attiene alla posizione specifica del pubblico ministero, escluso che sia in discussione una ipotesi di intervento obbligatorio, viene in gioco la questione della verifica del "pubblico interesse", posto che se per interesse pubblico si intende quello che ha a che vedere con la *res publica*, il caso degli accordi di ristrutturazione vi sarebbe estraneo, mentre se per interesse pubblico si può intendere anche l'interesse superindividuale, allora ben ci sarebbe spazio per l'intervento, tenuto conto che pur dopo la riforma del fallimento le procedure concorsuali sono ancora dirette a governare la crisi dell'impresa, crisi che si riflette su interessi di cui sono portatori una comunità indifferenziata di soggetti. Consideriamo peraltro che questa lettura sistematica è priva di risvolti pratici nella misura in cui si tenga conto dell'orientamento (prevalente) che attribuisce solo al pubblico ministero il compito di valutare la presenza del pubblico interesse, senza che alcun sindacato sia assegnato al giudice. Nei limiti in cui questo intervento sia ammesso, è decisamente preferibile la tesi secondo la quale il ruolo del p.m. che interviene facoltativamente è quello dell'interveniente adesivo dipendente, con conseguente limitazione sul piano delle domande a quelle introdotte dalle parti principali.

Un tema spesso trascurato attiene alla cd. legittimazione passiva che se è certa per il debitore è assai meno sicura per altri; vi è chi sostiene che il contraddittorio andrebbe esteso a tutti i creditori aderenti posto che chi si oppone alla omologazione è come se chiedesse l'annullamento di un contratto (*id est*, l'accordo); non pare che questa tesi sia condivisibile per la semplice ragione che l'oggetto del processo non è la caducazione dell'accordo (che potrebbe resistere anche se non omologato) ma la richiesta che quell'accordo non produca i suoi effetti nei confronti dei terzi.

La formula latamente decettiva dell'art. 182 bis là dove sembra che l'omologazione presupponga la sussistenza di opposizioni, è sicuramente impropria, ma da ciò, certo, non deve farsi discendere che, assenti le opposizioni, l'omologazione non sia più dovuta. Però sulla effettiva necessità dell'omologazione occorre intendersi, fermo restando che il procedimento deve seguire il suo corso naturale e non può essere accelerato pur in presenza di un consenso unanime, perché all'opposizione sono legittimati anche i non creditori. Il decreto di omologazione è funzionale a rendere efficace nei confronti dei terzi l'accordo stipulato fra imprenditore e

creditori, ciò che vuol dire consentire l'applicazione della causa di esonero dall'azione revocatoria nei limiti di cui all'art. 67 3° co. lett. e) l.fall.

Dobbiamo, infatti, riconoscere che fra le parti gli accordi sono pienamente efficaci sino dalla loro stipulazione (salvo che i patiscenti non abbiano condizionato l'efficacia interna dell'accordo all'omologazione) e dunque l'omologazione funge, dunque, al più da *condicio iuris*. In tale contesto nulla esclude che il difetto di omologa non si rifletta sulla validità e sulla impegnatività degli accordi, il che, quindi, ci porta ad escludere che un accordo senza omologazione sia un "non accordo". Si aggiunga che proprio l'autonomia dell'accordo rispetto alla sua omologazione dovrebbe rilevare ai fini della delibazione sullo stato d'insolvenza, nel senso che la richiesta di fallimento può essere respinta pur quando accordo fra i creditori vi sia e tale da liberare risorse sufficienti per pagare i creditori estranei, ma per una qualunque ragione l'accordo non sia omologabile.

Una trama normativa così scarna come quella di cui all'art. 182 bis 4° comma, sembra consentire una varietà di soluzioni in ordine al modello processuale da adottare, ma il per vero essenziale richiamo alla "camera di consiglio" agevola l'interprete nello scegliere il percorso più piano e tradizionale, ovvero sia quello del modello dei procedimenti in camera di consiglio secondo le forme del codice di rito. Né pare percorribile il tracciato stabilito nell'art. 180 l.fall., perché l'applicazione analogica delle disposizioni in tema di concordato presuppone non tanto l'*eadem ratio* fra i due procedimenti, quanto una omogeneità della fase processuale decisoria che si fatica ad intravedere, non fosse altro che per la diversità dei protagonisti (qui manca il commissario giudiziale) e per la ritenuta, per i più, diversità del tipo di controllo assegnato al giudice, ciò che si riflette, anche, sul modello di procedimento. Taluno ha posto il problema della sospendibilità degli effetti dell'accordo (al modo di una forma di sospensione dell'efficacia esecutiva di un provvedimento), ma poiché l'opposizione non è una forma di impugnazione non v'è nulla da sospendere, specie se consideriamo che gli effetti che si producono dall'iscrizione nel registro delle imprese sono effetti che riguardano i creditori aderenti. Certo, ora dal deposito degli accordi consegue la temporanea inibizione delle azioni esecutive e cautelari e quindi una richiesta di sospensione potrebbe valere come richiesta di ripristino della libera aggredibilità del patrimonio del debitore. Pur tuttavia la soluzione negativa resta ancora preferibile perché l'effetto protettivo sul patrimonio del debitore è un effetto temporalmente limitato che appare coesistente allo sviluppo del procedimento e dunque non modulabile dal giudice.

Pertanto, una volta assunte le attività preliminari della designazione del giudice relatore, il presidente deve fissare una udienza in camera di consiglio per consentire alle parti l'esercizio del diritto al contraddittorio e ciò quanto meno ogniqualvolta si fronteggino in posizione antagonista l'imprenditore e uno o più opposenti; questa lettura, peraltro, non esclude che il tribunale preferisca fissare un'udienza per la comparizione del debitore

anche in assenza di opposizioni, laddove occorra procedere all'attività istruttoria atipica dei procedimenti camerale, attività declinata nel generico "assunte informazioni" che può consentire l'accesso ad un palinsesto di prove molto più ampio di quanto si potrebbe a prima vista immaginare (e con la sicura inserzione della consulenza tecnica d'ufficio).

15. Se come si è precisato, la presenza o l'assenza di opposizione non influisce sulla circostanza che il procedimento di omologazione vada coltivato, non diversamente l'oggetto del processo non muta in ragione della sussistenza o insussistenza di opposizioni, posto che resta il controllo sui requisiti formali di accesso e sulla attuabilità del piano (oggetto di adesione da parte dei creditori) a soddisfare regolarmente le obbligazioni di cui sono titolari i creditori estranei, il che si traduce nell'accertamento della evidenza di risorse destinabili ai non aderenti. Le opposizioni ampliano la sfera di cognizione valutativa del tribunale, ma non estendono l'oggetto dell'accertamento; così si possono tranquillamente equiparare, *quoad effectum*, alle "eccezioni".

Molto si dibatte sul tipo di controllo che spetta al tribunale, e in particolare se si possa estendere al merito. Quando intendiamo che per merito vogliamo riferirci alla verifica dell'attuabilità dell'accordo, la risposta è positiva; il giudice deve valutare se quell'accordo è attuabile e lo deve fare direttamente non attraverso l'esclusiva lente della relazione del professionista. Altro discorso è dire che il tribunale deve valutare la convenienza dell'operazione, perché ciò sicuramente non è previsto.

Poiché l'attuabilità altro non è che un giudizio probabilistico basato su determinate informazioni e su certi dati, lo spettro temporale del giudizio del tribunale non può essere spostato troppo in avanti (ad esempio oltre l'anno), perché le previsioni di lungo periodo sono molto più facilmente meno attendibili.

Il decreto del tribunale (qualunque ne sia il contenuto: di omologazione, di rigetto nel merito o nel rito) è impugnabile col reclamo alla corte d'appello, reclamo da proporsi secondo il modello dell'art. 183 l.fall. (entro quindici giorni dalla pubblicazione sul registro delle imprese), da riempire con le regole previste per i reclami contro i decreti camerale (v., art. 739 c.p.c.). Il reclamo camerale appartiene al *genus* delle impugnazioni e ciò importa, sebbene nei limiti della compatibilità, l'importazione delle regole generali sulle impugnazioni (artt. 323-338 c.p.c.), ad iniziare dalla selezione dei soggetti legittimati al reclamo che debbono coincidere con coloro che sono stati parti del processo davanti al tribunale.

Assai incerta è la proponibilità del ricorso per cassazione e con ciò intendendosi la ricorribilità contro il decreto che accoglie o rigetta il ricorso per omologazione, ferma restando l'autonoma ricorribilità del decreto della corte d'appello in punto di spese di lite. Si deve, infatti, avere riguardo sia al profilo della decisorietà del decreto che a quello della sua definitività, tema

questo che a sua volta interferisce con quello della prospettabilità della revoca ex art. 742 c.p.c.. Se si parte dall'idea che l'applicazione del procedimento camerale porti con sé l'intero "statuto" di quel procedimento, la conseguente ipotesi della revoca non sarebbe affatto eterodossa, ma è ben noto come l'istituto della revoca abbia spazio là dove il procedimento camerale non sia stato piegato a contenitore per l'accertamento di diritti soggettivi e *status*. L'invocabilità della revoca rende poi priva di ragione la praticabilità delle impugnazioni straordinarie della revocazione e dell'opposizione di terzo che presuppongono il formarsi del giudicato.

Par dunque più logico ricercare la coerenza della alternativa ricorso per cassazione / revoca, non già sul piano formale ma su quello sostanziale. Ed allora ci si deve confrontare con quello che è l'oggetto del processo di omologazione. Se l'oggetto del processo è l'accertamento per cui un accordo intervenuto fra privati è idoneo a rimuovere lo stato di crisi di una impresa liberando risorse per gli estranei, il decreto del tribunale che accoglie (o rigetta) la richiesta di omologazione ben parrebbe iscriversi nel catalogo delle tutele camerali autorizzatorie-omologatorie, ciò che legittimerebbe la soluzione dell'esclusione della ricorribilità per cassazione. Ma, a ben vedere se il decreto di omologazione produce quale effetto una estensione dell'efficacia di un accordo anche verso terzi, non si può porre nell'oblio che oggetto dell'accertamento è, anche (e forse soprattutto in prima battuta) l'accertamento negativo dello stato di insolvenza, cioè una sorta di potere processuale di vedere regolato il dissesto con le regole della concorsualità (in luogo di quelle dell'adempimento secondo le regole di diritto comune). Sulla scorta di un siffatto argomento il decreto ha una natura mista e composita, perché da un lato funziona come *condicio iuris* della propalazione di effetti dell'accordo verso terzi e dall'altro incide sull'accertamento dello stato di "non insolvenza".

Il quadro, però, non sarebbe completo se non ricordassimo che l'effetto dell'esenzione dall'azione revocatoria si riverbera sulla garanzia patrimoniale generica di cui godono i creditori estranei ed allora il decreto di omologazione potrebbe rivelarsi, nel caso di successivo fallimento, un atto idoneo a indirettamente ledere la garanzia patrimoniale (con la perdita della *chance* revocatoria), quella garanzia patrimoniale che è protetta ai sensi dell'art. 2901 c.c.

Questa continua commistione fra gestione e tutela di interessi, da una parte, e incisione su diritti, porta a ritenere tutto sommato preferibile il percorso che concede la ricorribilità per cassazione le quante volte il tribunale decida di omologare, mentre nel caso di rigetto, la non definitività della decisione fa arrestare l'*iter* del procedimento davanti alla corte d'appello.

Poiché non si forma alcun giudicato, il debitore potrebbe presentare un nuovo accordo di ristrutturazione. Né possiamo escludere che il piano che funge da cornice per gli accordi, in presenza dei requisiti di sostanza, possa valere come piano attestato di risanamento (art. 67 3° comma lett.d), le

quante volte gli accordi stipulati fra debitore e creditore, in forza di clausole negoziali, resistano anche al rigetto dell'omologazione.

Il diniego di omologazione senza alcun automatismo porta al fallimento, anche perché diverso può essere il presupposto oggettivo (crisi in luogo di insolvenza). Può però il tribunale, all'esito della mancata omologazione, reputare presente lo stato di insolvenza e segnalare la circostanza ai sensi dell'art. 7 l.fall., al pubblico ministero che valuterà discrezionalmente se avviare l'iniziativa per la declaratoria di fallimento.

16. Quando all'inizio del presente Capitolo abbiamo tratteggiato la base ideologica del nuovo istituto ed abbiamo ricordato l'esperienza delle convenzioni stragiudiziali, si è posto l'accento sul fatto che delle varie criticità che erano emerse solo quella afferente l'azione revocatoria era stata regolata con gli accordi di ristrutturazione.

Per effetto dell'art. 67, 3° comma lett.e), sono esentati da azione revocatoria gli atti, i pagamenti, le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato *ex art.* 182 bis.

Un primo limite esplicitato dalla norma è quello che vuole che godano dell'esenzione solo gli atti di esecuzione dell'accordo; questo limite va investigato sia in chiave temporale che di contenuto. Innanzi tutto sono protetti tutti gli atti successivi al decreto di omologazione (sin da prima della sua definitività), ma per le ragioni esposte *supra* anche quelli compiuti dopo la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, sempre che l'omologazione sopraggiunga. La protezione è relativa agli atti che corrispondano all'accordo e più esattamente al piano; occorre cioè un nesso relazionale di corrispondenza fra atto compiuto ed atto previsto nel piano, ciò che impone che il piano sia ben dettagliato. Un atto *extra-vagantes* pur essendo valido, può divenire inefficace in caso di fallimento perché estraneo al beneficio dell'esonero da revocatoria.

Tutti gli atti esecutivi dell'accordo sono protetti, ma v'è da chiedersi se tutti in assoluto, ovvero solo quelli che riguardano i creditori aderenti. Si assume che ove la protezione dovesse estendersi ai creditori estranei, costoro cumulerebbero due vantaggi: quello di essere soddisfatti per intero e quello di non essere esposti a rischi revocatori. A prima vista una soluzione del genere parrebbe stridere perché disincentiva i creditori ad aderire all'accordo ma, al fondo, non è incoerente perché il loro soddisfacimento è funzionale al superamento dell'insolvenza sì che col pagamento questa è rimossa e cade quindi il presupposto per l'esercizio dell'azione revocatoria. Ma si potrebbe anche replicare e, forse fondatamente, che il pagamento effettuato ai creditori estranei non avviene in forza dell'omologazione (e dunque in esecuzione dell'accordo) ma in forza dell'originario contratto da cui il credito è sorto, talché in ipotesi di fallimento, la protezione da revocatorie dovrebbe essere esclusa: i creditori avrebbero dunque una alternativa: o restano estranei per avvantaggiarsi del pagamento integrale assumendosi il rischio della

revocatoria, oppure preferiscono accettare la ristrutturazione del debito in cambio della certezza di quanto erogato in esecuzione dell'impegno preso dal debitore.

La protezione dalla revocatoria fallimentare copre certamente atti, pagamenti e garanzie "normali", ovverosia gli atti di cui al 2° comma dell'art. 67. Ma la protezione si estende anche agli atti descritti nel 1° comma perché lo svantaggio per il debitore o l'anomalia dell'operazione sono irrilevanti nel momento in cui è conclamato lo stato di crisi; d'altra parte se è noto che la *datio in solutum* è un mezzo anormale di pagamento, secondo la visione restrittiva questo atto non sarebbe esentato da revocatoria, quando invece può essere conveniente per tutti che un creditore accetti di essere soddisfatto in natura e non con denaro. La prospettiva della revocatoria trascolora completamente da una prospettiva depauperatoria ad una prospettiva di recupero di risorse. Tutti gli atti meritano protezione nella misura in cui siano funzionali alla esecuzione degli accordi che nella loro dinamica dovrebbero rappresentare il superamento della crisi.

Ma se l'intero statuto della revocatoria fallimentare fruisce del beneficio dell'esonero, resta da vedere se anche gli atti inefficaci *ex lege* ne possano godere. Nonostante la diffusa simmetria fra l'ipotesi di cui all'art. 64 e quella di cui all'art. 65 l.fall., credo che la risposta al quesito vada differenziata; i pagamenti anticipati rispetto alla scadenza possono essere giustificati nell'ambito di una trattativa col creditore e possono, dunque, rivelarsi utili (ad esempio un creditore accetta una riduzione del credito purché il debitore paghi subito ancor prima della scadenza); al contrario, non si vede la ragione per la quale un atto a titolo gratuito meriti protezione.

Ed ancora sussiste il dubbio sull'estensione della protezione per la revocatoria ordinaria. Se guardiamo alla esenzione quale beneficio concesso a titolo di corrispettivo della prestazione dell'adesione all'accordo di ristrutturazione, non v'è ragione di escludere che nel caso di successivo fallimento l'azione revocatoria ordinaria se promossa dal curatore ( art.66 l.fall.) possa anch'essa godere del beneficio. Diversamente, quando all'insuccesso dell'accordo, per un qualsiasi motivo non segua il fallimento, la lesione singola alla garanzia patrimoniale del creditore insoddisfatto merita di ricevere tutela, senza che possa essere invocata l'esenzione.

Da ultimo va valutato se l'esenzione sia invocabile non solo per gli atti esecutivi, ma anche per l'accordo-cornice; si discute, allora, della protezione per l'accordo in sé considerato e qui la risposta affermativa dovrebbe derivare dal fatto che quell'accordo è stato già assoggettato ad un (preventivo) controllo giudiziale.

Qualora dopo l'omologazione intervenga la dichiarazione di fallimento ed il curatore decida di promuovere una azione revocatoria, il giudice investito della controversia potrà sindacare la conformità dell'atto all'accordo, ma dobbiamo escludere che possa "ritornare" sul giudizio di

attuabilità dell'esperto, già valutato positivamente dal tribunale in sede di omologazione.

17. Oltre agli effetti sull'azione revocatoria fallimentare, ve ne sono altri, possibili, di cui occorre parlare.

Mentre nel concordato preventivo l'omologazione non produce effetto nei confronti dei coobbligati e dei soci illimitatamente responsabili sì che i creditori conservano nei loro confronti piena libertà d'azione, e ciò per espressa volontà di legge, in assenza di richiamo all'art. 184 l.fall. e una volta che si condivide la distanza fra gli accordi e il concordato preventivo, gli eventuali effetti esdebitatori che rinvengono dagli accordi trovano attuazione anche verso coobbligati e soci illimitatamente responsabili; pertanto quando il creditore valuta se aderire all'accordo o rifiutarlo, quale metro di valutazione si deve considerare che possono venire meno anche le garanzie costituite dai patrimoni di altri obbligati che si avvantaggiano delle regole in materia di solidarietà passiva di cui agli artt. 1300 ss. ; le parti possono quindi stabilire come disciplinare gli effetti del loro accordo verso i coobbligati.

Quanto agli effetti fra accordi e fallimento, abbiamo già escluso un fenomeno di conversione a proposito delle conseguenze dell'insuccesso degli accordi. Ma la circostanza che gli accordi di ristrutturazione non appartengano al *genus* delle procedure concorsuali esclude, anche, che fra gli accordi ed il successivo eventuale fallimento si crei un rapporto di consecuzione fra procedure. Non possiamo, infatti, intendere gli accordi come una versione moderna dell'amministrazione controllata perché fra i due istituti non v'è alcun punto di contatto che non sia il possibile presupposto oggettivo (la temporanea difficoltà che legittimava il ricorso all'amministrazione controllata oggi può essere un esempio di manifestazione della crisi).

Come si è già in parte accennato, da ciò si fa ordinariamente conseguire che i crediti nuovi non godono del trattamento della prededuzione e questo viene considerato un ostacolo che disincentiva i creditori ad erogare nuove risorse all'impresa; questa lettura va, peraltro, mitigata perché ai nuovi creditori possono essere rilasciate garanzie che resistono nel caso di fallimento, sì che questi creditori divengono in fatto poziori rispetto agli estranei.

Nel fornire un elenco dei difetti delle convenzioni stragiudiziali (v., *supra* § 1) si era evidenziato che i protagonisti dell'operazione di salvataggio potevano essere esposti sia al rischio di imputazione di reati fallimentari sia al rischio di essere attinti da azioni risarcitorie per abusiva concessione di credito. Quelle stesse preoccupazioni sono rimaste, visto che l'art. 182 bis non si occupa di tali effetti. Per quanto riguarda i rischi penali, la partecipazione ad un accordo di ristrutturazione dovrebbe scolorare sino a farlo evaporare l'elemento soggettivo del dolo, ciò che però non esclude l'imputazione per il delitto di bancarotta semplice. Così pure, per le azioni

risarcitorie, la negazione dell'antigiuridicità e cioè della lesività della condotta (art. 2043 c.c.) , ben potrebbe essere argomentata in virtù della comune consapevolezza della partecipazione ad una operazione trasparente, perché portata all'attenzione e al controllo del giudice, avente ad oggetto proprio la rimozione del dissesto nel quadro di un programma che esalta l'autonomia negoziale.

18. L'art. 182 bis nulla ci dice con riferimento agli accadimenti successivi alla omologazione. Ad esempio non è previsto un monitoraggio dell'attuazione degli accordi, ma forse giustamente perché una revisione del piano abbisognerebbe di una nuova omologazione.

Alcuni di questi eventi potrebbero essere dedotti nel procedimento di reclamo se si manifestano nell'immediatezza, ma dobbiamo pensare ad eventi che si sviluppino in un arco temporale più disteso, quando il decreto di omologazione non può essere rimosso. Tutt'affatto diverso si disvela lo scenario dei rimedi da esperire per reagire a difetti di esecuzione del decreto (di omologazione), là dove vengono in gioco gli istituti prettamente civilistici della risoluzione negoziale (ma anche dell'annullamento) per coloro che avevano aderito all'accordo.

Questa prima notazione già fa intendere che le reazioni all'inesecuzione dell'accordo vanno scomposte, una volta escluso che sia invocabile il rimedio tipico della risoluzione concordataria (art. 186 l.fall.), che pure presenterebbe l'innegabile vantaggio di assicurare stabilità visto il breve termine annuale di decadenza dall'azione, a fronte del termine di prescrizione decennale di una ordinaria azione di risoluzione secondo il codice civile. I creditori estranei se non vengono soddisfatti, scaduti i sessanta giorni dalla pubblicazione nel registro delle imprese, possono agire in via esecutiva se muniti di titolo (e il titolo potrebbe anche essere rappresentato dall'accordo autenticato nella forma) ovvero possono richiedere il fallimento, dimostrando che il mancato pagamento è sintomo che l'accordo non si è rivelato idoneo a rimuovere l'insolvenza.

Molto diverso è il discorso che riguarda i creditori che hanno partecipato all'accordo. Rispetto a loro sono configurabili reazioni correlate alla presenza di vizi funzionali (risoluzione) e genetici (nullità ed annullamento, dovendosi ragionevolmente escludere la rescissione per lesione stante quel *quid* di aleatorietà che è connaturato a questo tipo di accordo).

I creditori aderenti, di fronte all'inadempimento debbono prima instare per la risoluzione se avevano pattuito di non promuovere azioni esecutive; viceversa possono direttamente agire per la dichiarazione di fallimento, chiedendo che si accerti *incidenter tantum* l'intervenuta risoluzione per inadempimento del debitore. Qui, però, occorrerà distinguere a seconda che ci si trovi di fronte ad un inadempimento dell'accordo complessivo, con la conseguenza della sua rimozione e successiva dichiarazione di fallimento,

ovvero di fronte ad un singolo inadempimento il che non sempre vorrà dire che c'è insolvenza, potendo risultare sufficienti i rimedi civilistici.

Analoghi principi li possiamo applicare qualora si presentino i fatti rilevanti per l'azione di nullità (per illiceità dei motivi comuni) e di annullamento (per dolo o errore).

Se l'accordo viene risolto e sopravviene il fallimento, l'effetto protettivo sulle azioni revocatorie permane perché si è consolidato con l'omologazione. Quanto ai crediti, nel successivo fallimento potranno essere insinuati per l'intero o solo nella misura di cui all'accordo a seconda delle specifiche pattuizioni negoziali, considerando che in mancanza di una determinazione negoziale il credito dovrebbe reputarsi "novato" e dunque limitato al minore importo. Analogo problema si pone quando al fallimento si giunga senza che vi siano inadempimenti nei confronti dei creditori aderenti: ma anche in questo caso, si tratterà di vedere se e come le parti abbiano regolato i loro rapporti in previsione di un eventuale fallimento.

19. Con il decreto correttivo del 2007, l'istituto della transazione fiscale è stato esteso agli accordi di ristrutturazione; peraltro questa estensione risente negativamente del fatto che la transazione fiscale è sorta per il concordato ed il suo regime non è facilmente esportabile agli accordi.

Innanzitutto si nota che la transazione fiscale è proponibile durante la fase delle trattative che precedono il deposito dell'accordo. L'eventuale dichiarazione assenso (di volta in volta spettante all'Agenzia delle Entrate o al Concessionario della riscossione a seconda che il tributo sia stato o no iscritto a ruolo) deve pervenire entro 30 gg., con la particolarità che l'assenso vale a tutti gli effetti come accordo.

Poiché il trattamento proposto al Fisco non può essere deteriore rispetto ai crediti postergati, occorre precisare che il miglior trattamento che funge da confronto è solo quello proposto ai creditori aderenti; infatti se per miglior trattamento dovessimo considerare anche quello spettante agli estranei, poiché a questi deve essere assicurato l'integrale pagamento, al Fisco dovrebbe sempre essere assicurato, egualmente, il pagamento immediato di tutti i crediti.

La transazione fiscale, pur vantando una sua autonomia, è funzionale al conseguimento dell'accordo con il ceto creditorio e dunque nell'ipotesi della mancata omologazione, appare preferibile la tesi per cui l'omologazione funge da *condicio iuris* della transazione fiscale che non resiste all'insuccesso dell'accordo, salva diversa pattuizione fra le parti.