

Art. 182bis legge fallimentare

TRIBUNALE MILANO, Sez. II, 23 gennaio 2007, decr. Pres. ed est. Quatraro - Telma S.r.l. in liquidazione

Accordi di ristrutturazione dei debiti - Natura giuridica - Autonomia del procedimento - Contenuto privatistico - Contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria

(legge fallimentare art. 182bis)

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti disciplinati dall'art. 182bis l. fall. non costituiscono una forma di concordato preventivo semplificato, ma integrano un autonomo istituto giuridico assimilabile ad un *pactum de non petendo* e, per la pluralità di parti, ad un negozio di diritto privato qualificabile come contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria.

Accordi di ristrutturazione dei debiti - Adesioni - Percentuale minima del sessanta per cento - Riferibilità temporale - Raggiungimento all'atto dell'omologazione - Sufficienza

(legge fallimentare art. 182bis)

Il raggiungimento della percentuale minima delle adesioni del 60% non è presupposto di ammissibilità dell'accordo di ristrutturazione, ma condizione dell'omologazione, ed è quindi sufficiente che esso sussista al momento dell'omologazione medesima.

Accordi di ristrutturazione dei debiti - Creditori estranei - Regolare pagamento - Riferibilità all'integrale e puntuale soddisfacimento

(legge fallimentare art. 182bis)

Negli accordi di ristrutturazione dei debiti, i creditori dissenzienti o non aderenti al piano devono essere pagati per intero ed alle scadenze pattuite.

Accordi di ristrutturazione dei debiti - Omologazione - Valutazione di merito del ricorso - Ammissibilità

(legge fallimentare art. 182bis)

Nella fase dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, il controllo del tribunale non può limitarsi alla semplice verifica dell'avvenuta approvazione del piano secondo la maggioranza richiesta dalla legge, della regolarità del ricorso e della documentazione allegata, della sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi e del rispetto delle regole processuali, ma deve estendersi anche al merito del ricorso, con particolare riferimento alla concreta attuabilità del piano.

Il Tribunale (omissis).

Con ricorso depositato il 15 settembre 2006 e poi integrato con note del 31 ottobre 2006, la TELMA Srl in liquidazione ha chiesto il giudizio di omologa degli accordi stragiudiziali di ristrutturazione dei debiti.

La ricorrente ha presentato un piano che prevede la suddivisione in classi del ceto chirografario con previsione di pagamenti dilazionati sino al 2011 e percentuali di soddisfo variabili per il ceto chirografario e dell'intero credito capitale per i creditori privilegiati (ivi compresi quelli ipotecari e tributari); nel piano è anche indicato che la società ricorrente ha prudentemente previsto un debito verso l'erario di circa euro 1.600.000,00 per tri-

buti non ancora iscritti al ruolo e che "...potranno far parte di un separato procedimento transattivo...".

La ricorrente ha anche allegato una relazione redatta sulla attuabilità del piano nella quale l'esperto dichiara che sono stati effettuati controlli a campione, sia per il riscontro delle partite debitorie sia per l'accertamento dell'attivo immobilizzato con conferma che a fronte di debiti per un totale di euro 5.118.116,85 la ricorrente ha raggiunto accordi transattivi con creditori per euro 3.357.040,13 pari al 65,59% e la copertura della somma prospettata per la attuabilità del piano risulterebbe poi ottenibile dalla vendita di un immobile stimato in euro 450.000,00 e dal ricavato delle forniture di servizi per

conto della Valuechem Srl per euro 3.750.000,00 in esecuzione del contratto in essere.

La ricorrente con la indicata nota integrativa ha dato atto che nelle more, a fronte di un aggiornamento dell'intero suo debito in complessivi euro 5.261.286,50 sono state acquisite ulteriori adesioni per un totale di euro 3.513.892,86 pari al 66,63%: escludendo i debiti erariali (allo stato non esistenti e per i quali il ricorrente stessa ha indicato come oggetto di eventuali successivi accordi con l'erario) il debito complessivo accertato scende a euro 3.656.673,96 e con le adesioni raccolte di euro 3.513.892,86 si è raggiunta una maggioranza del 96,10%.

Il ricorso e la sua integrazione, con i documenti richiamati, sono stati depositati in Cancelleria di questo Tribunale e pubblicati nel registro delle imprese presso la Camera di Commercio in data 8 novembre 2006; è stata fissata la comparizione delle parti avanti al Collegio per l'udienza dell'11 gennaio 2007 e non sono giunte opposizioni.

Nel corso di tale udienza la ricorrente ha depositato una ulteriore nota illustrativa, della quale emerge che altri creditori hanno aderito al piano, che il contratto con la Valuechem Srl è in essere ed in costante progressione migliorativa, che le previsioni di liquidazione vengono rispettate con maggior concretezza di attuabilità del piano.

La nota integrativa ribadisce che il debito erariale, solo ad oggi previsto, non è formalmente esistente perché non è stato ancora accertato dall'Erario e non esiste alcuna iscrizione a ruolo: esso potrà in futuro essere oggetto di accordi autonomi anche ex art. 182 *ter* l.f.

Il Tribunale rileva innanzi tutto che gli accordi di ristrutturazione integrano un autonomo istituto giuridico per nulla assimilabile ad un mero concordato semplificato.

Infatti l'assenza di effetti remissori per i creditori dissenzienti (o semplicemente non aderenti al piano) e la necessità che i separati accordi con i creditori portanti almeno il 60% del debito complessivo siano raggiunti dalla impresa ricorrente nella fase endo processuale, come presupposto per l'inizio del giudizio di omologa, rendono l'istituto stesso assimilabile al "*pactum de non petendo*" e per la pluralità di parti, ad un negozio di diritto privato classificabile come contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria.

Ne consegue che il Collegio non ritiene applicabili neppure in via analogica all'istituto in esame le norme che regolano il concordato preventivo, norme contenute in una legge speciale e quindi non suscettibili di avere efficacia oltre l'alveo normativo che le ha disegnate.

Non ha pregio il richiamo da taluni fatto alla *relatio* formale dell'art. 161 l.f. richiamata nell'art. 182 *bis* l.f. perché con essa il legislatore ha semplicemente voluto indicare l'aspetto formale della documentazione che deve accompagnare l'accordo di ristrutturazione, senza alcuna ulteriore efficacia.

Ne consegue che:

a) la competenza per territorio è quella del Tribunale ove l'impresa ha la sua sede legale non operando il limite dell'anno dal suo eventuale mutamento;

b) non trova applicazione il precetto dell'art. 168 l.f. che impone il divieto delle azioni esecutive e cautelari per tutti i creditori;

c) non si applicano le disposizioni degli artt. 185 e 186 l.f. vuoi per l'assenza di un commissario e del comitato dei creditori, vuoi per la assenza di una unitaria rappresentazione al ceto creditorio della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società in procedura che raggiunge con ogni singolo creditore singoli accordi poi uniti dalla causa comune.

Da ultimo si sottolinea che il raggiungimento della percentuale minima di adesioni non è presupposto di ammissibilità dell'accordo, ma condizione dell'omologazione e, quindi (come le condizioni dell'azione nell'ordinario giudizio di cognizione) basta che sussista al momento dell'omologazione (in senso contrario, v. Tribunale Brescia).

Reputa il Collegio che nella fase giudiziale dell'omologa devoluta alla Autorità Giudiziaria, il controllo non deve limitarsi alla mera constatazione asettica dell'intervenuta approvazione del piano, ratificando passivamente l'espressione della maggioranza delle adesioni, con relega del Tribunale ad una mera funzione certificativa:

- dell'accertamento della regolarità del ricorso con il deposito dei suoi allegati, e tra essi la relazione dell'esperto sulla attuabilità del piano
- della permanenza dello stato di crisi e la natura di imprenditore commerciale del debitore
- del rispetto delle regole processuali, tra cui l'avvenuta pubblicità del piano al registro delle imprese e l'inesistenza di opposizioni

In questa fase il Collegio deve anche valutare il merito del ricorso e soffermarsi con attenzione sulla concreta attuabilità del piano intesa come il rispetto coerente degli accordi prospettati sulla base delle concrete prospettive di realizzo, basandosi su un ragionevole grado di monetizzazione, con particolare attenzione alla posizione dei creditori estranei all'accordo.

Alla luce di questi principi il Collegio osserva:

- l'intero procedimento si è svolto nel pieno rispetto del dettato normativo posto che la ricorrente è impresa commerciale con sede legale in Milano, ha depositato la domanda di omologa degli accordi di ristrutturazione con le sue integrazioni e i documenti indicati nell'art. 161 l.f., ha eseguito la prescritta pubblicità nel registro delle imprese ed ha raccolto espressioni di voto positive in misura superiore alla percentuale minima di legge;
- l'attuabilità del piano, con particolare riguardo ai creditori dissenzienti, è attestata dall'esperto nominato che ha fatto proprie le previsioni del liquidatore della ricorrente;
- l'alienazione del cespite immobiliare ha concrete pos-

sibilità di realizzo all'importo preventivato e il contratto in essere con la Valuechem Srl dà i frutti sperati.

Ne consegue che non vi sono fatti o atti ostativi alla pronuncia della richiesta omologa ribadendo il Collegio che dal presente accordo sono espressamente esclusi i tributi fiscali non ancora accertati e che potranno essere definiti in futuro dalla società ricorrente con l'Erario con ogni strumento normativo, ivi compresa la preventivata transazione fiscale ma qui non utilizzata.

Resta inteso che il presente accordo vincola solo i cre-

ditori consenzienti mentre i creditori dissenzienti o semplicemente non aderenti al piano hanno la piena titolarità del loro diritto soggettivo sostanziale e processuale, devono pertanto essere pagati per intero ed alle pattuite scadenze ed ove il loro credito fosse già liquido ed esigibile, hanno diritto di ottenere il pagamento immediatamente in base al noto broccardo "*quod sine die debetur statim debetur*".

(*omissis*).

Accordi di ristrutturazione dei debiti: la «meno incerta» via italiana alla «reorganization»?

di Francesco Dimundo

L'Autore, analizzando il decreto del tribunale milanese, si sofferma sul nuovo istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti (previsto dall'art. 182bis l. fall.) analizzandone la natura giuridica e i presupposti di ammissibilità e compiendo un primo bilancio della sua applicazione.

1. La disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182bis l. fall.): un primo bilancio

L'incerta via italiana alla *reorganization*: è in questi termini che uno studioso, a margine di uno dei primi interventi giurisprudenziali sugli accordi di ristrutturazione dei debiti (di seguito, per brevità, «AdR»), aveva etichettato la disciplina introdotta dal novellato art. 182bis l. fall., osservando come tale istituto, che «nelle intenzioni del legislatore avrebbe dovuto rappresentare la postazione più avanzata di una visione raccolta attorno all'idea guida della valorizzazione dell'autonomia negoziale», scontava nei fatti la «estemporaneità dell'intervento novellatore», che si era risolto nella «confezione di una norma sgusciante della quale non è affatto agevole cogliere il significato, proprio in funzione di strumento ulteriore per la gestione di una crisi d'impresa» (1).

Ad oltre un anno di distanza, un simile giudizio non può essere considerato affrettato, né eccessivamente severo: la lacunosità dell'intervento riformatore in materia, unitamente alla eccessiva «timidezza» dimostrata dal legislatore, hanno effettivamente prodotto pesanti riflessi sulla concreta fruibilità degli accordi in esame per gli operatori, come dimostra eloquentemente la circostanza che, dall'entrata in vigore della riforma ad oggi, i casi noti di concreto ricorso all'istituto in esame, sottoposti al vaglio dei tribunali, non superano la diecina (2), e che i professionisti del settore delle ristrutturazioni affermino senza mezzi termini che gli accordi in questione rappresenterebbero addirittura una «procedu-

ra fallimentare non disciplinata dalla legge», e sottolineino gli «elevati rischi» connessi alla prededuzione dell'eventuale nuova finanza accordata all'imprenditore ed alla «responsabilità civile e penale in caso di non realizzazione del piano». Appare invero difficilmente contestabile che se il legislatore del 2005 aveva effettivamente intenzione di tipizzare e di attribuire compiuta veste normativa a quelli che, nella prassi, erano cono-

Note:

(1) Così, in sede di commento a Trib. Bari 21 novembre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 263, con nota di Fabiani, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla «reorganization»*.

(2) Come recentemente riferisce Negri, *Concordato preventivo, vince la diffidenza*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 maggio 2007, 5. Il riferimento è alle decisioni rese da Trib. Roma 7 luglio 2005 (in *Nuovo dir. soc.*, 2005, fasc. 24, 47, con commento di Ferro, *Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*); Trib. Bari 21 novembre 2005 (in questa *Rivista*, 2006, 169, con commento di Presti, *L'art. 182bis al primo vaglio giurisprudenziale*; in *Dir. fall.*, 2006, II, 536, con nota di Caiata, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione*; in *Foro it.*, 2006, I, 263, con il menzionato commento di Fabiani; in *Giur. comm.*, 2007, II, 207, con nota di Jeantet, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la privatizzazione dell'insolvenza*); Trib. Milano 21 dicembre 2005 (in questa *Rivista*, 2006, 670, con nota di Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*; in *Dir. fall.*, 2006, II, 674, con nota di Pezzano, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182bis legge fallimentare: una occasione da non perdere*; in *Foro it.*, 2006, I, 2563, con la nota di Fabiani citata *infra*); Trib. Brescia 22 febbraio 2006 (in questa *Rivista*, 2006, 669, con la menzionata nota di Nardecchia; in *Foro it.*, 2006, I, 2563, con commento di Fabiani, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182bis l. fall.*); Trib. Enna 27 settembre 2006 (in questa *Rivista*, 2007, 195, con osservazioni di Nardecchia); Trib. Roma 16 ottobre 2006 (in questa *Rivista*, 2007, 187, con nota di Proto, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*). Altre decisioni sono invece rimaste inedite, e solo menzionate in alcuni dei saggi dedicati alla disciplina introdotta dall'art. 182bis: v. ad esempio Trib. Milano 16 gennaio 2006 (cit. da Fabiani, *Crisi d'impresa, intese leggere. In salvo chi ha votato contro*, in *Il Sole 24 Ore* del 16 aprile 2006, 17), nonché Trib. Aosta 13 luglio 2006 e Trib. Venezia 13 novembre 2006 (cit. entrambe da Ferro, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, Padova, 2007, 1431).

sciuti come concordati stragiudiziali (3), tali obiettivi si sono realizzati solo in minima parte.

È vicenda sin troppo nota ed ampiamente scandagliata, per essere qui ripercorsa, quella che ha visto il nascere e la progressiva diffusione, nel nostro ambiente giuridico, delle convenzioni stipulate fra l'imprenditore ed i suoi creditori al fine di comporre in sede stragiudiziale lo stato di insolvenza (4), e quindi, in particolare, anche per ricordare le più volte denunciate rigidità ed inefficienze della legge fallimentare, insensibile fra l'altro alla realtà del gruppo di società, che di tali convenzioni hanno costituito la spinta propulsiva (5); le iniziali resistenze frapposte da giudici ed interpreti ad ammetterne la relativa legittimità (6); il progressivo affermarsi di tali convenzioni nella prassi, ed il crescente ricorso alla loro utilizzazione, specie nei dissesti di maggiori dimensioni (7); il diffuso - per quanto non unanime - riconoscimento a tali convenzioni dell'efficacia rimotiva dell'insolvenza, indipendentemente dall'intervenuta positiva adesione di tutti i creditori interessati (8) (9). È parimenti noto che, a fronte di tale percorso evolutivo, continuavano però a rimanere sul tappeto i rischi di varia natura che l'elaborazione, l'approvazione e l'esecuzione dei piani stragiudiziali comportavano nell'eventualità in cui non raggiungessero la finalità perseguita del supe-

Note:

(3) Ritengono che il novellato art. 182bis l. fall., abbia tipizzato il modello, socialmente diffuso, degli accordi di salvataggio, Boggio, *Gli accordi di salvataggio delle imprese. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007, 141; Rinaldi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di Schiano di Pepe, Padova, 2007, 659; Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, 20; Frascaroli Santi, *Crisi dell'impresa*, cit., 199-200. Anche secondo Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2006, 345, nella disciplina dell'art. 182bis «sembra doversi cogliere l'eco» dell'orientamento giurisprudenziale che attribuiva al *pactum de non petendo* l'idoneità a rimuovere lo stato d'insolvenza.

(4) L'analisi del fenomeno delle convenzioni stragiudiziali finalizzate alla rimozione dell'insolvenza forma ormai oggetto di vastissima letteratura: senza pretese di esaustività, in argomento si segnalano fra gli altri i contributi di G. Rossi, *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, in *Riv. soc.*, 1996, 321 ss.; Irti, *Dal salvataggio statale all'intervento bancario*, *ibidem*, 1081 ss.; Bonelli, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 488 ss.; Schlesinger, *Convenzioni bancarie di salvataggio*, in questa *Rivista*, 1997, 893 ss.; Panzani, *La gestione stragiudiziale dell'insolvenza*, *ibidem*, 553 ss.; Domenichini, *Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato di insolvenza*, *ivi*, 1996, 841 ss.; Oliva, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, *ivi*, 1999, 825 ss.; Santini, *Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 609 ss.; De Nova, *Le convenzioni attuative del piano di ristrutturazione*, saggio inedito. Da ultimo v. Frascaroli Santi, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, XXXVII, Padova, 2005, 199 ss., e l'ampio lavoro monografico di Boggio, *Gli accordi*, cit., *passim*, ove ulteriori riferimenti.

(5) Ha fatto incisivamente notare Panzani, *La gestione stragiudiziale*, cit., 553, che la prassi della gestione stragiudiziale dell'insolvenza ha tratto origine dalla progressivamente crescente «sfiducia per quel che riguarda la disciplina tradizionale del fallimento», che nel sistema disegnato dal legislatore del 1942 rappresentava nulla più che «un costo, (...) un'attività liquidatoria che elimina un'impresa dal mondo produttivo, non sostituisce nulla ad essa, ripartisce poco ai creditori: è un'immensa macchina che si mette in moto faticosamente per partorire risultati modesti». Il tutto in

un contesto in cui - come pure è stato rilevato - la legge fallimentare «ignora (salvo che in segmenti o *ad personam* - casi SIR ed EFIM - o dimostratisi inefficienti - «amministrazioni straordinarie») il «gruppo di società» come realtà dotata di rilevanza giuridica ed è quindi incapace di gestire quelle ricorrenti situazioni di crisi del gruppo dipendenti dal dissesto nella *holding*» (così Domenichini, *Convenzioni bancarie*, cit., 840; per analoghi rilievi v. anche Bonelli, *Nuove esperienze*, cit., 501).

(6) A fronte dei concordati stragiudiziali la giurisprudenza aveva infatti assunto, quanto meno in una prima fase, posizioni di netta chiusura, ritenendo detti concordati *tout court* invalidi, perché diretti a perseguire interessi non meritevoli di tutela ovvero - addirittura - perché costituenti nella sostanza negozi in frode alla legge: per un quadro di sintesi v. Ambrosini, *Accordi di ristrutturazione*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*. Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, II, Bologna, 2007, 2537 ss. La valutazione negativa delle corti non risparmiava neanche il ruolo del legale, chiamato a rispondere di bancarotta fraudolenta in concorso con l'imprenditore ove, «oltre a consigliare il cliente sui mezzi giuridici idonei a sottrarre i beni ai creditori, lo assiste anche nella stipulazione dei relativi negozi simulati, e si adopera per indurre i creditori ad accettare un concordato stragiudiziale» (così Trib. Napoli 17 luglio 1987, in *Dir. e giur.*, 1987, 552).

(7) Ampiamente noti sono i «piani di salvataggio» varati in occasione dei dissesti dei gruppi Cameli, Belleli, Varasi-Santavaleria, Serafino Ferruzzi e Tripovich: per una dettagliata analisi delle soluzioni concretamente seguite in tali occasioni si rinvia soprattutto ai contributi di Bonelli, *Nuove esperienze*, cit., 488 ss.; Sansone, *Il caso Tripovich*, in questa *Rivista*, 1996, 833 ss. e Vivaldi, *Il caso Serafino Ferruzzi s.r.l.*, *ibidem*, 843 ss. Per un caso di insuccesso della convenzione di salvataggio, sfociato nella dichiarazione di fallimento della *holding* e delle sue controllate, v. in motivazione Trib. Napoli 4 ottobre 1999, in *Dir. fall.*, 1999, II, 1289, relativo alla vicenda Italgrani.

(8) Con una importante pronuncia del 1979 (Cass. 18 marzo 1979, n. 1562, in *Giust. civ.*, 1979, I, 951) la Corte di Cassazione ha affermato infatti che le convenzioni con i creditori (e, in particolare, con le banche) costituiscono strumenti per rimuovere l'insolvenza, e che non è necessaria, a tal fine, l'adesione alla convenzione della totalità dei creditori, rilevando che: a) l'accordo dei creditori non realizza un'ipotesi di «contratto plurilaterale», ma dà luogo ad «un fascio di contratti remissori» accompagnati dalla rinuncia a chiedere la dichiarazione di fallimento; b) conseguentemente l'adesione di ciascun creditore va considerata autonomamente, e la sua validità non è influenzata dalla mancata adesione di alcuni creditori; c) fermo restando che la mancata partecipazione all'accordo della «totalità» dei creditori non inficia la validità delle adesioni degli altri creditori, tuttavia, qualora un creditore non aderente faccia istanza ed ottenga il fallimento del debitore, vengono meno e sono caducati gli accordi dei creditori che avevano aderito all'accordo (i quali parteciperanno all'esecuzione concorsuale per il loro intero credito, salva la detrazione dei pagamenti intanto ricevuti). Un'altra sentenza ha successivamente ribadito il principio sopra enunciato, stabilendo che la «convenzione» intervenuta tra una società e solo una parte dei creditori è di per sé idonea ad escludere l'insolvenza, purché l'accordo risulti idoneo a rimuovere l'incapacità di adempiere alle obbligazioni alle previste scadenze: v. in questo senso Cass. 16 luglio 1992, n. 8656, in questa *Rivista*, 1993, 247; nella medesima direzione v. altresì Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, *ivi*, 1990, 495; Trib. Genova 16 novembre 1997, inedita; nonché, da ultimo, Cass. 12 dicembre 2005, n. 27386, in questa *Rivista*, 2006, 1206. Adesivamente, in dottrina, Domenichini, *Convenzioni bancarie*, cit., 841, e De Nova, *Le convenzioni attuative*, cit., 4.

(9) Altra giurisprudenza si mostrava peraltro più severa di quella indicata nella nota precedente, in quanto richiedeva che l'accordo intervenisse con tutti i creditori e ripristinasse la situazione di liquidità: così Cass. 9 maggio 1992, n. 5525, in questa *Rivista*, 1992, 811; Cass. 7 luglio 1992, n. 8271, *ivi*, 1993, 33; Cass. 8 febbraio 1989, n. 795, *ivi*, 1989, 609; App. Roma 6 ottobre 1987, *ivi*, 1987, 270; Trib. Napoli 23 aprile 2002, in *Banche dati Ute*. Anche in questi casi, però, come sottolinea la giurisprudenza (Cass. 28 ottobre 1992, n. 11722, in questa *Rivista*, 1993, 352) è fatta salva la possibilità che, con il consenso dei creditori aderenti, si tacino le pretese dei creditori non aderenti: in tal modo, pur essendovi un'adesione «parziale» all'accordo, non v'è insolvenza né possibilità di dichiarare il fallimento.

ramento dello stato di insolvenza: rischi che si traducevano, per le banche che avessero erogato - come sovente accadeva - «nuova finanza» in esecuzione della convenzione, nella possibile responsabilità per bancarotta (a titolo di concorso con l'imprenditore insolvente) e per abusiva concessione del credito; per i creditori che avevano aderito al piano, nella possibile sottoposizione a revocatoria dei pagamenti eseguiti a loro favore dall'imprenditore poi dichiarato fallito; per l'imprenditore, nella sottoposizione ad una possibile imputazione per bancarotta ex art. 216, n. 4 l. fall., per aver egli ritardato nel chiedere il fallimento e così aver aggravato il dissesto, nonché nell'esposizione a possibili azioni esecutive e cautelari, sia nella delicata fase delle trattative prepedutiche al raggiungimento dell'accordo, sia nella successiva fase esecutiva per opera creditori dissenzienti.

Orbene, se si guarda alla disciplina degli AdR contenuta nel nuovo art. 182bis l. fall., ed al modo in cui il legislatore ha normativamente approcciato tale istituto, è difficile nascondere un profondo senso di insoddisfazione, trovandoci al cospetto di una disposizione che, al di là della «approssimativa e frettolosa» tecnica redazionale che la connota (10), per un verso evidenzia vistose lacune in merito agli snodi centrali dell'istituto, per altro verso non soddisfa - *rectius*, soddisfa solo in minima parte - le concrete esigenze che la prassi delle convenzioni stragiudiziali aveva sollevato: sul primo versante, non appaiono chiari, ad esempio, la stessa natura giuridica degli accordi in questione, il relativo presupposto soggettivo ed il tipo di trattamento che è lecito riservare alle posizioni dei creditori non aderenti, né sono individuati, fra l'altro, il presupposto oggettivo di accesso, le qualifiche che devono assistere «l'esperto» cui è affidato il giudizio sull'attuabilità dell'accordo, la sequenza procedimentale che conduce all'omologazione degli AdR, il tribunale territorialmente competente ad omologarli e l'ambito del sindacato ad esso spettante in tale sede, così come «un vero e proprio buco nero» della nuova disciplina attiene a tutto «quel che accade dopo l'omologazione» (11); sull'altro versante, è opinione ormai largamente condivisa (12) che il legislatore del 2005 abbia accolto solo una delle istanze avanzate dalla prassi per conferire maggiore protezione ed appetibilità agli accordi in esame, perché si è limitato ad esentare dalla revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dal debitore in esecuzione dell'accordo omologato [art. 67, terzo comma, lett. e) l. fall.], mentre ha disatteso la richiesta di concedere un «ombrello protettivo» contro le azioni esecutive dei creditori promosse prima del deposito dell'accordo presso il registro delle imprese (13), così come quelle di accordare, in caso di successivo fallimento, il trattamento in via di prededuzione alla nuova finanza (14), e di riconoscere forme di esonero dalle responsabilità civili e penali connesse a tali accordi (15).

In questa prospettiva, trova quindi coerente giustificazione il fatto che, pur dopo l'entrata in vigore dell'art. 182bis, la «litanìa ricorrente» degli interpreti, prima rife-

rita alla «incapacità dei legislatori di risolvere le difficoltà finanziarie delle imprese, senza provocarne la loro sparizione o frantumazione» (16), si sia - del tutto a ragione - perpetuata, questa volta all'indirizzo delle discutibili scelte operate dal (e delle ancor più evidenti omissioni imputabili al) legislatore della riforma. Ma trova anche spiegazione, in chiave positiva, il notevole ed apprezzabile sforzo ricostruttivo compiuto dalla dottrina, testimoniato fra l'altro dall'ampio numero di contributi dedicati all'argomento (17), al fine di tentare di soppe-

Note:

(10) Il giudizio è di Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006, 351, condiviso anche da Presti, *Gli accordi*, cit., 19. Parla di «incerta e scarsa formulazione» della norma Nardecchia, *Gli accordi*, cit., 671.

(11) In questi termini Presti, *Gli accordi*, cit., 38. Secondo Vitiello, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, saggio inedito, 2006, 6, si tratta di «un terreno inesplorato» dal legislatore.

(12) V. ancora Presti, *Gli accordi*, cit., 38, nonché D'Ambrosio, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, a cura di Bonfatti e Falcone, Milano, 2006, 525 e Bottai, *Accordi di ristrutturazione: uno strumento di scarso appeal*, in www.ipsoa.it/iffallimento, 2006, 4.

(13) V. per tutti Jorio, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra «privatizzazione» e tutela giudiziaria*, in questa *Rivista*, 2005, 1457, e Gabrielli, *Autonomia privata e accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.judicium.it, 2006, 8.

(14) Cfr. Ambrosini, *Accordi*, cit., 2557; Proto, *Gli accordi*, cit., 139; Coppola, cit., 303-304.

(15) Nel senso che l'omologa di AdR non esclude di per sé che gli atti posti in esecuzione di tali accordi possano integrare il reato di bancarotta preferenziale, v. Bonfatti, *La disciplina dell'azione revocatoria*, Milano, 2005, 208; Presti, *Gli accordi*, cit., 42. Secondo Proto, *Gli accordi*, cit., 139, «l'accordo non costituisce scriminante e non esclude reati di bancarotta, ma la circostanza che un esperto abbia ritenuto l'accordo idoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei e che questa valutazione non sia stata valutata "prima facie" irragionevole dal Tribunale in sede di omologa, può costituire valido argomento per provare la mancanza di dolo di bancarotta». Nel senso che l'omologa di AdR non esclude di per sé che i finanziamenti posti in essere in esecuzione di tali accordi possano integrare una concessione abusiva di credito v. Bonfatti, *La disciplina*, cit., 208.

(16) Sono parole di G. Rossi, *Crisi delle imprese*, cit., 323.

(17) Oltre agli autori menzionati nelle note precedenti si vedano Bello, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, in AA.VV., *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, Torino, 2006, 474 ss.; Bonfatti-Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, 467 ss.; Caffi, *Considerazioni sul nuovo art. 182bis l. fall.*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 880 ss.; Canale, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in AA.VV., *Le nuove norme processuali e fallimentari*, a cura di Punzi e Ricci, Padova, 2005, 213 ss.; Coppola, *Aspetti pratici dell'accordo per la ristrutturazione dei debiti ex art. 182bis l. fall. e prime soluzioni giurisprudenziali*, in www.ipsoa.it/iffallimento, 2006; De Crescenzio - Panzani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, 64 ss.; Fauceglia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005*, in questa *Rivista*, 2005, 1445; Galletti, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, saggio inedito, 2006; Giannelli, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1170 ss.; Grossi, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005, 331 ss.; Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, 6° ed., Milano, 2007, 879 ss.; Marano, *La ristrutturazione dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in questa *Rivista*, 2006, 101 ss.; Id., *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Il nuovo fallimento*, a cura di Santangeli, Milano, (segue)

rire ai vuoti normativi ed alle incongruenze della nuova disciplina degli AdR, e di delineare il volto di tale istituto in modo compatibile con i principi sottesi al sistema della legge fallimentare riformata.

2. Natura giuridica degli accordi di ristrutturazione

Nello scenario dianzi tratteggiato, il decreto del Tribunale di Milano ora in commento (18) riveste interesse sotto vari profili, in primo luogo perché, con i principi enunciati nella prima, terza e quarta massima, mostra di prestare convinta adesione alle pressoché concordi conclusioni cui la dottrina ed i pochi precedenti giurisprudenziali editi sono pervenuti su alcune questioni interpretative dell'istituto in esame.

Il provvedimento del tribunale esordisce infatti, a livello argomentativo, assumendo una netta posizione sul problema della natura giuridica dell'AdR, che viene correttamente inquadrato come istituto dotato di propria autonomia, non riducibile ad una forma di concordato preventivo «semplificato». Considerato l'analogo giudizio che aveva già espresso la giurisprudenza sul punto (19), sembra così perdere definitivamente terreno la tesi, avanzata da alcuni dei primi commentatori (20), che aveva configurato tali accordi come mera variante modale della procedura di concordato preventivo, facendo leva soprattutto sulla collocazione topografica dell'art. 182bis nell'ambito del titolo III, originariamente dedicato appunto alla procedura concordataria, ed al riferimento - contenuto in tale disposizione - alla documentazione elencata nell'art. 161 l. fall. Prospettazione, questa, che non aveva peraltro trovato seguito neanche in dottrina (21), la quale pure ne ha messo in luce l'impercorsibilità, valorizzando per converso i dati testuali e sistematici che depongono per la natura autonoma degli AdR, oggi puntualmente ripresi dal decreto milanese in esame. E così, da un lato, la portata sistematicamente limitata del rinvio operato dall'art. 182bis alla documentazione indicata dall'art. 161, finalizzato semplicemente ad individuare in tale apparato documentale ciò che deve corredare, sotto il profilo formale, il deposito dell'accordo, ed inidoneo come tale a fungere da indice rivelatore di una pretesa volontà legislativa di assimilare, quanto a natura giuridica, i due istituti in discorso (22); assimilazione smentita fra l'altro dalla separata considerazione normativa degli AdR e della procedura concordataria nelle rubriche del titolo III e dell'ivi contenuto capo V della legge fallimentare, nonché nel testo dell'art. 67, terzo comma, lett. e) l. fall. (23). Sull'altro versante, le evidenti diversità di struttura e di effetti che connotano gli AdR rispetto al concordato preventivo, posto che i primi - a differenza del secondo - sono normali negozi di diritto privato che non vincolano i creditori che non vi abbiano aderito, e la cui conclusione precede, anziché seguire, l'intervento omologatorio del tribunale (24).

Sempre sul piano qualificatorio, parimenti di interes-

se - per quanto non rilevante nell'economia della *ratio decidendi* - risulta l'ulteriore precisazione contenuta nel decreto in commento, laddove il tribunale afferma correttamente che gli AdR sono assimilabili, «per la pluralità di parti, ad un negozio di diritto privato qualificabile come contratto bilaterale plurisoggettivo». L'opzione classificatoria privilegiata dai giudici milanesi, condivisa anche da un settore della dottrina (25), appare in effetti preferibile a quella - prevalente - che considera gli accordi disciplinati dall'art. 182bis alla stregua di contratti plurilaterali con comunione di scopo (26), perché sembra riflettere con maggiore aderenza alla realtà quelle che sono - e sono state in passato - le concrete modalità con le quali, nella prassi delle sistemazioni stragiudiziali dell'insolvenza, l'imprenditore raccoglie il consenso del ceto creditorio: modalità che - come sottolinea il Colle-

Note:

(segue nota 17)

2006, 771 ss.; Musuraca, *Convenzione bancaria ABI e accordi di ristrutturazione dei debiti nella novellata riforma fallimentare: rischi connessi*, in AA.VV., *Il nuovo diritto della crisi di impresa*, cit., 495 ss.; Padoja, *Brevi note critiche in tema di accordo di ristrutturazione dei debiti*, saggio inedito, 2006; Proto, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e tutela dei creditori*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare. Scritti in onore di Lo Cascio*, a cura di M. Fabiani e A. Patti, Milano, 2006, 293 ss.; Scarselli, *Le sistemazioni stragiudiziali (ovvero, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani di risanamento delle esposizioni debitorie)*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2007, 467 ss.; Stasi, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare*, in questa *Rivista*, 2006, 861 ss.; Tedeschi, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 573 ss.; Valensise, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, II, Torino, 2006, 1081 ss.; Verna, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182bis legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 871 ss.

(18) Il provvedimento è stato altresì annotato da Panzani, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ipsoa.it/iffallimento, 2007.

(19) Già Trib. Bari 21 novembre 2005, cit., aveva chiaramente aderito alla tesi della natura «autonomistica» degli AdR, seguito poi, su questo terreno, da Trib. Brescia 22 febbraio 2006, cit., e da Trib. Roma 16 ottobre 2006, cit.

(20) V. in particolare Ferro, *Art. 182bis*, cit., 48-49, ed i successivi contributi dello stesso autore [Id., *Ristrutturazione dei debiti (accordi di)*, in AA.VV., *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, I, Padova, 2005, 695 ss.; Id., *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 1420], seguito da Verna, *Sugli accordi*, cit., 871, D'Amora, *Note esegetiche sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti*, in www.ipsoa.it/iffallimento, 2005, 10 ss., e Valensise, *Accordi*, cit., 1088. Reputa l'AdR uno strumento rafforzativo della domanda di ammissione al concordato preventivo anche Grossi, *La riforma*, cit., 333, aggiungendo però che, «sotto il profilo pratico, la distinzione poco rileva».

(21) V. per tutti, da ultimo, Lo Cascio, *Il concordato*, cit., 888 ss.

(22) Per questo rilievo v. fra i tanti Zanichelli, *La nuova disciplina*, cit., 352.

(23) V. per tutti Ambrosini, *Accordi*, cit., 2542.

(24) Fauceglia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005*, in questa *Rivista*, 2005, 1446; Ambrosini, *Accordi*, cit., 2542.

(25) Ferro, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 1427.

(26) V. in questa direzione Lo Cascio, *Il concordato*, cit., 894; Tedeschi, *Manuale*, cit., 576; Proto, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 302; Presti, *L'art. 182bis*, cit., 174. In giurisprudenza, Trib. Brescia 22 febbraio 2006, cit., nonché, implicitamente, Trib. Bari 21 novembre 2005, cit.

gio milanese - in larga parte dei casi vedono l'impresa negoziare e raggiungere «con ogni singolo creditore singoli accordi», piuttosto che proporre l'adesione di tutti i creditori ad un negozio unitario ovvero - come taluno afferma - dare luogo ad un'«unica concertazione, ove tutti i creditori coinvolti prendono unitamente un accordo con l'imprenditore» (27). D'altro canto, già prima della riforma, con riferimento ai concordati stragiudiziali, la Corte di Cassazione aveva espressamente preso posizione sul tema, attribuendo in più occasioni a tali concordati la natura di «fasci» di negozi bilaterali tra debitore e ciascun creditore (28), nella evidente consapevolezza che nella realtà degli «accordi di salvataggio» era quanto meno improbabile l'eventualità che un accordo unitario con tutta la collettività dei creditori fosse in grado di tenere adeguatamente conto delle caratteristiche sempre diverse delle singole posizioni concrete.

Dove la motivazione dei giudici milanesi desta invece qualche perplessità è il punto ove si legge che gli AdR, in virtù della loro riconosciuta autonomia, sarebbero «assimilabili ad un *pactum de non petendo*». L'affermazione, che ricalca analogo opinione espressa da un precedente giurisprudenziale e da alcuni autori (29), se appare in parte giustificata con riferimento alla specifica fattispecie sottoposta al vaglio del tribunale (30), sembra infatti meno accettabile ove intesa in senso assoluto. La circostanza che il legislatore del 2005 non abbia previsto alcunché in merito al contenuto degli accordi in esame induce infatti a ritenere che, sotto questo profilo, gli stessi, rappresentando «il trionfo dell'autonomia privata in ambito concorsuale» (31), non debbano rispondere ad un modello vincolato, e che alle parti sia pertanto lasciata piena libertà di individuare le modalità ritenute più opportune e/o convenienti per procedere alla ristrutturazione delle posizioni debitorie, ispirandosi in ciò all'ampio strumentario già collaudato nella prassi ante riforma dei piani di salvataggio, con l'unico limite che l'accordo sia idoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei (32). In questo contesto la previsione di un *pactum de non petendo*, se rappresenta indubbiamente uno degli elementi ricorrenti degli AdR, non ne costituisce però il contenuto esclusivo né una costante, dal momento che le scelte contenutistiche di volta in volta effettuate dai contraenti possono variare in funzione delle concrete cause che hanno dato origine alla situazione di crisi che tali accordi mirano a superare. Ove l'insolvenza si manifesti come carenza di liquidità e di credito, la sua rimozione è, infatti, affidata essenzialmente (33) a pattuizioni che rendano «inesigibili» i crediti (*pactum de non petendo* ovvero c.d. «moratoria» o «consolidamento»), cioè a pattuizioni che tendono a spostare nel tempo la scadenza delle obbligazioni del debitore, senza peraltro «novarne» il titolo (34); ove la crisi si manifesti invece come sbilancio patrimoniale negativo, cioè come vera e propria insufficienza delle attività a far fronte alle passività, occorre evidentemente ripristinare l'equilibrio patrimoniale: risultato che

si ottiene ricapitalizzando l'impresa (mediante la diretta conversione delle posizioni creditorie in azioni dell'impresa in crisi), ovvero provvedendo a decurtare il passivo, attraverso quelle pattuizioni che comportano l'accettazione da parte di una classe di creditori (di solito le banche chirografarie) di essere soddisfatti subordinatamente al pagamento di altri creditori («postergazione») ed entro limiti predeterminati (35).

Note:

(27) Scarselli, *Le sistemazioni stragiudiziali*, cit., 468. In senso contrario v. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 346, il quale sottolinea giustamente che la prescritta maggioranza del 60% «potrà essere raggiunta a condizioni differenziate anche per i creditori aventi la stessa posizione giuridica ed interessi economici omogenei».

(28) V. per tutte Cass. 18 marzo 1979, n. 1562, cit., per la quale l'accordo dei creditori non realizza un'ipotesi di «contratto plurilaterale», ma dà luogo ad «un fascio di contratti remissori» accompagnati dalla rinuncia a chiedere la dichiarazione di fallimento. Per ulteriori riferimenti, anche difformi, e per una completa ricostruzione del dibattito in argomento v. da ultimo Boggio, *Gli accordi di salvataggio*, cit., 111 ss.

(29) V. in particolare Trib. Bari 21 novembre 2005, cit., secondo il quale «la più comune operazione di ristrutturazione dei crediti consiste in una moratoria nel pagamento dei debiti scaduti ovvero in una modifica dei termini contrattuali del debito originario, identificandosi così sostanzialmente in un *pactum de non petendo*». Nello stesso senso, in dottrina, v. Vitiello, *Gli accordi*, cit., 1, nonché Fabiani, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 265, per il quale, «sebbene la norma non vi faccia neppure implicito riferimento, questo accordo presuppone verosimilmente anche un *pactum de non petendo* (verosimilmente) condizionato all'omologazione».

(30) Nel caso di specie, la società ricorrente aveva infatti presentato un piano che contemplava la suddivisione dei creditori chirografari in classi, con previsione di pagamenti dilazionati sino al 2011 e percentuali di soddisfacimento variabili.

(31) Così, in motivazione, Trib. Roma 16 ottobre 2006, cit.

(32) Per un inventario dei possibili contenuti che gli accordi di ristrutturazione possono assumere v. fra gli altri Lo Cascio, *Il concordato*, cit., 881; Coppola, *Aspetti pratici*, cit., 5 ss.; Proto, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 298 ss.

(33) Alla semplice fissazione di nuovi termini per il pagamento dei debiti spesso si accompagnano ulteriori clausole regolatrici del tasso di interesse e delle modalità di capitalizzazione: v. in argomento Schlesinger, *Convenzioni bancarie*, cit., 895.

(34) Sulla figura del *pactum de non petendo* v. in letteratura, fra gli altri, Restaino, *Ancora qualche considerazione sulla natura dell'attività esercitata dalla holding e sulla rilevanza del pactum de non petendo ai fini della sussistenza dello stato di insolvenza*, in *Giur. merito*, 2003, I, 1954 ss.; De Cristofaro, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 367 ss.; Lo Cascio, *Disciplina dell'impresa in crisi e tutela del ceto creditorio*, in questa *Rivista*, 1996, 924 ss.; Dimundo, *Pactum de non petendo e insolvenza*, *ibidem*, 905 ss.; Perrone, *Insolvenza, pactum de non petendo e creditori pretermessi*, in questa *Rivista*, 1992, 661 ss. In giurisprudenza v. da ultimo Cass. 12 dicembre 2005, n. 27386, cit., per la quale l'efficacia «di siffatto accordo, la cui negoziazione è rimessa alla disponibilità delle parti siccome rappresenta espressione dell'autonomia negoziale, realizza in sostanza una rinuncia temporanea del singolo creditore alla soddisfazione del suo credito, e deve essere perciò valutata nella prospettiva della sua attitudine ad incidere sull'inadempimento come sintomo di rimozione di uno stato di crisi, che è solo reversibile perché il debitore è, nel contempo, in condizione di assolvere, in prospettiva, con puntualità e mezzi normali, al complesso delle obbligazioni residue alle scadenze convenute, estinguendole mediante le fonti di liquidità disponibili».

(35) Ciò può avvenire: (a) in virtù di uno «stralcio» di parte del credito calcolato in misura fissa: questa soluzione comporta tuttavia il pericolo di sbagliare la previsione, poiché è difficile quantificare con precisione quale

(segue)

3. Il «regolare» pagamento dei creditori estranei e l'oggetto del giudizio di omologazione

Anche i principi enunciati nella terza e nella quarta massima del decreto in commento contribuiscono a rassicurare gli interpreti sulla bontà delle conclusioni sinora raggiunte in ordine a due aspetti centrali della disciplina degli AdR contenuta nel nuovo art. 182bis.

Nella parte finale del provvedimento, il Tribunale di Milano ha infatti chiarito, in primo luogo, che l'accordo omologato vincola esclusivamente i creditori aderenti, mentre quelli dissenzienti o non aderenti mantengono «la piena titolarità del loro diritto soggettivo sostanziale e processuale», e devono pertanto «essere pagati per intero ed alle pattuite scadenze». Con ciò, i giudici milanesi mostrano quindi di aver voluto superare il diverso esito interpretativo cui erano inizialmente approdati sull'argomento lo stesso Tribunale di Milano ed una parte (nettamente minoritaria) della dottrina, in base al quale l'espressione «regolare» pagamento dei creditori estranei, contenuta nel primo comma dell'art. 182bis, doveva essere intesa come pagamento secondo la medesima percentuale ed alle medesime condizioni fissate nell'accordo raggiunto con i creditori aderenti (36). Sebbene mossa dalla condivisibile esigenza di rendere maggiormente appetibile un istituto altrimenti destinato all'insuccesso, tale soluzione ha in effetti sollevato fondati rilievi critici da parte di tutta la giurisprudenza e della pressoché unanime dottrina, nella misura in cui essa contrasta sia con il dato letterale della norma, che non opera alcun riferimento alle condizioni dell'accordo, sia con l'art. 42 Cost. e con il principio di relatività del contratto posto dall'art. 1372 c.c., poiché autorizza di fatto una larvata espropriazione di una parte dei propri crediti i rispettivi titolari, senza alcuna manifestazione di assenso da parte loro (37). Tutto ciò - a nostro avviso - senza considerare poi che, essendo di norma stipulato non un unico accordo, ma una pluralità di accordi differenziati in funzione delle diverse situazioni debitorie, difetterebbe comunque un univoco termine di riferimento per stabilire quale sia il trattamento da riservare ai creditori estranei.

La sensibilità del Collegio milanese per il «dialogo fra i formanti» è testimoniata anche dalla presa di posizione assunta, con l'ultima massima in epigrafe, sul tema dei limiti del sindacato attribuito al tribunale in sede di omologa dell'accordo. A questo riguardo il decreto annotato enuncia infatti il principio che, in tale fase, il controllo del tribunale non può limitarsi alla semplice verifica dell'avvenuta approvazione del piano secondo la maggioranza richiesta dalla legge, della regolarità del ricorso e della documentazione allegata, della sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi e del rispetto delle regole processuali, ma deve estendersi anche al merito della domanda, con particolare riferimento alla concreta attuabilità del piano, da intendersi quale «rispetto coerente degli accordi prospettati sulla base delle concrete prospettive di realizzo, basandosi su un ragionevole

grado di monetizzazione, con particolare attenzione alla posizione dei creditori rimasti estranei all'accordo».

Si tratta, anche in questo caso, di una soluzione che ha registrato crescente consenso in letteratura, dove si è giustamente rilevato che il controllo del tribunale non può certamente essere confinato al «notarile» riscontro della sussistenza dei presupposti di accesso al giudizio di omologa e dell'osservanza delle regole procedurali (compreso l'intervenuto raggiungimento della percentuale minima di adesioni pari al 60% del monte crediti), ma può estendersi anche a vagliare nel merito la concreta attuabilità dell'accordo, e ciò a prescindere dalla circostanza che siano state proposte o meno opposizioni da parte dei «creditori ed ogni altro interessato» ai sensi del secondo comma dell'art. 182bis. A ritenere diversamente - si è fatto osservare, - ed a collegare così il giudizio di merito del tribunale alla sola ipotesi di intervenute opposizioni (38), si finirebbe infatti non solo per far dipendere la valutazione sull'attuabilità dell'accordo da un fatto casuale (l'opposizione), la cui possibile verifica decorre da un evento (la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese) di non agevole conoscenza (39); ma si introdurrebbe arbitrariamente «una limitazione delle prerogative giudiziali di cui non v'è traccia nella legge» (40), in un contesto in cui il legislatore ha

Note:

(segue nota 35)

sarà la percentuale dei crediti che rimarrà impagata in conseguenza dell'insufficienza degli incassi realizzati durante l'attuazione del piano; ovvero (b) in virtù dell'accettazione a saldo e stralcio di quanto residui dopo il soddisfacimento dei creditori preferiti (non postergati), con rinuncia - ora per allora - alla quota che sarebbe rimasta impagata in conseguenza dell'insufficienza dei ricavi realizzati durante la liquidazione.

(36) V. in questo senso Trib. Milano 21 dicembre 2005, cit. e, in dottrina, Grossi, *La riforma*, cit., 334; Quattraro, *Il giudizio di omologazione*, relazione al «Forum sulla riforma della legge fallimentare», Milano, 18-21 ottobre 2005, 36; Verna, *Sugli accordi*, cit., 873; Pezzano, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit., 682 ss.; Ferro, *Gli accordi*, cit., 1431-1432.

(37) Cfr. in questa direzione, in luogo di molti, Lo Cascio, *Il concordato*, cit.; Panzani, *Gli accordi*, cit., 2; Ambrosini, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 2549; Vitiello, *Gli accordi*, cit., 4-5; Galletti, *I piani di risanamento*, cit., 19; Fabiani, *Il regolare pagamento*, cit., 2565 ss., ove i necessari riferimenti. Anche la scarsa giurisprudenza edita sull'art. 182bis si è mostrata compatta nel ritenere che «regolare» pagamento dei creditori estranei equivalga a puntuale ed integrale soddisfacimento delle posizioni creditorie non coinvolte nell'AdR: v. esplicitamente in questo senso Trib. Bari 21 novembre 2005, cit.; Trib. Milano 16 gennaio 2006, cit.; Trib. Brescia 22 febbraio 2006, cit. e Trib. Roma 16 ottobre 2006, cit.

(38) Così, invece, Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 350; Lo Cascio, *Il concordato*, cit., 914; De Crescenzo - Panzani, *Il nuovo diritto*, cit., 73-74; D'Ambrosio, *Gli accordi*, cit., 533-534; Grossi, *La riforma*, cit., 336; Coppola, *Aspetti pratici*, cit., 16.

(39) Presti, *Gli accordi*, cit., 36.

(40) In questi termini Ambrosini, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 2555. Nella medesima direzione, di ritenere che la valutazione di merito sull'attuabilità dell'accordo debba in ogni caso essere condotta dal tribunale, pur in mancanza di opposizioni, v. altresì Zanichelli, *La nuova disciplina*, cit., 355; Ferro, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 1435; Vitiello, *Gli accordi*, cit., 5; Fabiani, *Accordi di ristrutturazione*, 266, per il quale, in mancanza di (segue)

fra l'altro affidato ad un «esperto», non altrimenti qualificato, il delicato compito di attestare l'idoneità dell'accordo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei (41).

Altrettanto rilevante, per quanto solo implicitamente ricavabili da un inciso della motivazione, risultano poi le ulteriori indicazioni che il decreto milanese ha offerto in merito ai presupposti di accesso al giudizio di omologa, ed all'estensione dei poteri di indagine del tribunale in ordine agli stessi, laddove si puntualizza che la verifica del collegio deve riguardare, fra l'altro, la «permanenza dello stato di crisi e la natura di imprenditore commerciale del debitore».

L'affermazione sembra infatti rivelare, in primo luogo, l'adesione dei giudici milanesi all'orientamento, ormai pressoché pacifico in dottrina, secondo il quale, pur nel silenzio dell'art. 182bis al riguardo, la collocazione dell'istituto dell'AdR nell'ambito del capo dedicato al concordato preventivo, e la sua funzione di misura destinata ad evitare il fallimento, inducono a ritenere che presupposto oggettivo di tale accordo sia lo «stato di crisi» di cui fa parola l'art. 160 l. fall. (42); mentre, sotto il profilo soggettivo, l'accesso agli AdR deve considerarsi riservato all'imprenditore commerciale non piccolo, in considerazione sia della generale applicabilità dell'art. 1 l. fall. a tutte le procedure finalizzate a prevenire il fallimento, sia della prevista pubblicità degli accordi nel registro delle imprese, sia, infine, dell'effetto di esonero dalla revocatoria che l'accordo omologato produce (43). Sembrano così essere giustamente respinta la tesi, rimaste peraltro minoritarie, che propongono una lettura più ampia delle condizioni di accesso agli accordi in esame, e suggeriscono di ammetterne la fruibilità anche a favore dei piccoli imprenditori e degli imprenditori agricoli (44), e financo al c.d. debitore civile, e - sotto il profilo oggettivo - anche a prescindere dalla presenza di una vera situazione di «crisi» (45).

Il decreto qui annotato non si limita però solo a questo, ma aggiunge - come si è visto - che la permanenza dello stato di crisi e la qualità soggettiva di imprenditore commerciale in capo al debitore devono formare oggetto del controllo del tribunale in sede di omologa. La precisazione riveste interesse, perché risulta contraddire la tesi di coloro che, al contrario, hanno ritenuto superflua ogni verifica sulla ricorrenza del presupposto oggettivo e soggettivo in fase di omologa, dal momento che la norma non li prevede espressamente, e che l'imprenditore che propone al ceto creditorio un AdR riconoscerebbe - espressamente o implicitamente - di essere imprenditore non piccolo e di versare quanto meno in uno stato di crisi (se non, addirittura, di vera e propria insolvenza) (46). È lecito, peraltro, dubitare della correttezza di tale diversa conclusione, e ciò per diverse ragioni: in primo luogo perché - come si è fatto correttamente osservare - non può logicamente concepirsi, né appare «inconciliabile con la funzione del processo» che, «prima della pronuncia sull'omologa, anche la

grossolana inesistenza dei tratti minimi identificativi del ricorso non possano essere contestati al debitore» (47); in secondo luogo perché i requisiti soggettivi ed oggettivi di accesso al giudizio di omologa, sebbene non espressamente contemplati dall'art. 182bis, sono comunque ricavabili dal sistema, e non si vede dunque per quale

Note:

(segue nota 40)

opposizioni, «si può prospettare non invasivo un vaglio di serietà, completezza e non contraddittorietà della relazione» dell'esperto; Valensise, *Accordi*, cit., 1102; Caiafa, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 547; Marano, *Accordi*, cit., 784; Bottai, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 2. Nello stesso ordine di idee, sembra sostanzialmente collocarsi anche Proto, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 306, il quale ritiene doveroso per il Tribunale «rigettare la richiesta di omologa (pur in mancanza di opposizioni) nel caso in cui la relazione dell'esperto appaia manifestamente contraddittoria o in contrasto con la documentazione contabile ed estimativa prodotta o carente di motivazione o con una motivazione solo apparente», e conclude che, «in sostanza, il controllo di merito deve intendersi limitato ad una valutazione sulla completezza, coerenza e ragionevolezza della relazione dell'esperto sull'attuabilità dell'accordo e sulla sua idoneità a garantire il pagamento dei creditori estranei». In termini dubitativi si esprime invece Galletti, *I piani di risanamento*, cit., 19.

(41) Canale, *Le nuove norme*, cit., 221.

(42) V. in questo senso, fra i tanti, Lo Cascio, *Il concordato*, cit., 892; Zanichelli, *La nuova disciplina*, cit., 353; Tedeschi, *Manuale*, cit., 574; Ambrosini, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 2544; Coppola, *Aspetti pratici*, cit., 2.

(43) Per tale opinione v. fra gli altri Fabiani, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 266; Tedeschi, *Manuale*, cit., 574; Nardecchia, *Gli accordi*, cit., 673; Valensise, *Accordi*, cit., 1088; Gabrielli, *Autonomia privata*, cit., 3; Ambrosini, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 2543; D'Ambrosio, *Accordi*, cit., 528. In giurisprudenza v. Trib. Brescia 22 febbraio 2006, cit.

(44) In questa direzione, argomentando dalla circostanza che l'art. 1 l. fall., non si riferisce testualmente anche agli accordi di ristrutturazione, Panzani, *Gli accordi*, cit., 6; Padoja, *Brevi note*, cit., 3 e Bonfatti - Censoni, *Manuale*, cit., 468.

(45) Non mancano autori secondo i quali l'AdR potrebbe essere proposto dal debitore al ceto creditorio, e sottoposto ad omologa del tribunale, anche «quando nessun inadempimento delle obbligazioni del debitore sia ancora in atto, ma si preveda che giunga un momento nel quale l'impresa non sarà in condizione di fronteggiare il proprio indebitamento»: così Bonfatti - Censoni, *Manuale*, cit., 468; nel medesimo ordine di idee v. altresì R. Vivaldi, *Il nuovo concordato*, in G. Federico - R. Vivaldi, *La riforma del concordato e della revocatoria fallimentare*, S. Arcangelo di Romagna, 2005, 163; Pacchi, *La nuova disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione. Approvazione, omologazione, esecuzione e chiusura (artt. 177-182; art. 182 bis)*, in Atti del convegno «La riforma della legge fall.», Lanciano, 10-11 giugno 2005, 8.

(46) In questi termini Proto, *Accordi*, cit., 297-298. Escludono che il tribunale debba vagliare la sussistenza dello stato di crisi Presti, *Gli accordi*, cit., 31; Id., *Art. 182bis*, cit., 174, secondo il quale il tribunale «non potrà negare l'omologazione ad un accordo eccessivamente anticipatore della situazione di pericolo»; Nardecchia, *Gli accordi*, cit., 675; Vivaldi, *Il nuovo concordato*, cit., 163.

(47) Così, correttamente, Ferro, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 1432. In senso conf. Zanichelli, *La nuova disciplina*, cit., 354-355. Di segno contrastante i due provvedimenti che hanno espressamente affrontato il tema: Trib. Bari 21 novembre 2005, cit., ha affermato infatti che «il giudizio del Tribunale deve riguardare (...) la sussistenza del requisito "oggettivo", e cioè la sussistenza di uno "stato di crisi" dell'impresa»; Trib. Roma 16 ottobre 2006, cit., ha sostenuto invece che «il concordato preventivo (e non anche l'accordo di ristrutturazione dei debiti) richiede quale presupposto la ricorrenza dello stato di crisi imprenditoriale».

motivo il tribunale debba disinteressarsene; infine perché, se è vero che gli AdR saranno normalmente richiesti da imprenditori commerciali che versano (quanto meno) in stato di crisi, ciò non autorizza comunque a concludere per la superfluità di ogni verifica del tribunale al riguardo, non potendosi a priori escludere situazioni patologiche in cui imprese non in difficoltà o debitori civili inadempienti, interessati ad una rinegoziazione delle proprie posizioni debitorie, intendano comunque avvalersi, indebitamente, dei pur limitati vantaggi connessi all'omologa degli accordi conclusi con i propri creditori (48).

4. Il momento rilevante ai fini del raggiungimento della percentuale minima delle adesioni

Alcune considerazioni merita infine il principio enunciato dai giudici milanesi, e trasfuso nella seconda massima, secondo il quale il raggiungimento della percentuale minima delle adesioni, pari al 60% dei crediti, non è presupposto di ammissibilità dell'accordo di ristrutturazione, ma condizione dell'omologazione, ed è quindi sufficiente che esso sussista al momento dell'omologazione medesima.

Sebbene ininfluenza ai fini della decisione, e quindi costituente un mero *obiter dictum* (49), il passaggio merita comunque di essere adeguatamente evidenziato, perché appare sintomatico del perdurante atteggiamento di favore dimostrato dal Tribunale milanese nei confronti dell'istituto, e della volontà di proseguire l'apprezzabile sforzo ermeneutico diretto a conferire, sotto diverso profilo, maggior *appeal* agli accordi in questione, dopo aver abbandonato il contrastato percorso interpretativo che si era concretato nell'ampio significato attribuito al concetto di «regolare» pagamento dei creditori estranei: è evidente infatti che consentire l'incremento delle adesioni sino al momento dell'omologa, vuol dire in sostanza agevolare sotto il profilo temporale l'imprenditore nel suo compito più delicato, vale a dire in sede di raccolta del consenso fra i suoi creditori, fase che - come l'esperienza insegna - lo vede molto spesso coinvolto in lunghe, difficili e complicate trattative, esposte ai colpi di mano dei *free riders*, che si evolvono secondo il modello della progressiva stratificazione dei consensi o - mutuando dalle categorie generali - della fattispecie a formazione progressiva (50).

Il *favor* per l'istituto appare tanto più significativo ove si consideri che la tesi così prospettata dal provvedimento annotato è dissonante - come ricorda lo stesso collegio milanese - rispetto alla conclusione raggiunta dall'unico specifico precedente giurisprudenziale sul tema, e - aggiungiamo noi - dai (per vero non numerosi) autori che hanno concretamente affrontato la questione. Sia l'uno che gli altri hanno infatti affermato che il presupposto del raggiungimento minimo del 60% dei crediti deve sussistere al momento al momento del deposito e della pubblicazione dell'accordo nel registro

delle imprese, e che le eventuali adesioni successive, pur ammissibili, non varrebbero a sanare il mancato raggiungimento di detta soglia minima, dovendo piuttosto il debitore attivarsi per iniziare nuovamente la procedura: e ciò in quanto, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 182bis, l'AdR acquista efficacia dal giorno della pubblicazione nel registro delle imprese, e non potrebbe dunque ammettersi che gli effetti caratteristici derivanti dall'accordo si producano quando vi sia un accordo senza il minimo di adesioni (51).

Non sembra, tuttavia, che questa seconda soluzione sia immune da critiche. Come altri hanno già dimostrato (52), dalla lettera dell'art. 182bis si desume infatti che il deposito dell'accordo nella cancelleria del tribunale precede quello funzionale alla sua pubblicazione nel registro delle imprese, e ciò parrebbe autorizzare a concludere - così come ha fatto il decreto in esame - che il raggiungimento della soglia minima del 60% non è un requisito che deve esistere prima della domanda di omologazione dell'accordo, ma un requisito intrinseco della stessa, e rappresenta quindi - in termini di regole generali del processo - una condizione dell'omologazione, come tale acquisibile anche dopo la domanda e sino al momento della decisione. D'altro canto, si è fatto autorevolmente osservare, non sembra ragionevole considerare l'AdR depositato in cancelleria alla stregua di un «accordo chiuso», di per sé incompatibile con nuove adesioni, l'unico limite in tal senso dovendosi piuttosto ravvisare nell'impossibilità che queste ultime snaturino il contenuto dell'accordo e si pongano in contrasto con i presupposti delle adesioni originarie (53).

5. Un auspicio per il futuro

Se il lavoro esegetico degli studiosi e delle corti, te-

Note:

(48) In termini critici, rispetto alla possibilità di consentire l'omologa di AdR proposti da imprenditori commerciali che non versano in stato di crisi, ovvero da debitori civili inadempienti, v. - rispettivamente - Gabrielli, *Autonomia privata*, cit., 4; Tedeschi, *Manuale*, cit., 574, nonché Coppola, *Aspetti pratici*, cit., 3.

(49) Nella fattispecie concreta sottoposta all'esame del tribunale la società istante, già al momento del deposito del ricorso e prima della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, aveva infatti raggiunto accordi con creditori rappresentativi di una quota pari al 65,59% dell'intera esposizione debitoria: quota che prima dell'omologa si era incrementata sino a raggiungere la «bulgara» percentuale del 96,10%.

(50) In questi termini Lo Cascio, *Il concordato*, cit., 897.

(51) Così, in motivazione, Trib. Brescia 22 febbraio 2006, cit. Adesivamente, in dottrina, Nardecchia, *Gli accordi*, cit., 675; Tedeschi, *Manuale*, cit., 577; Valensise, *Accordi*, cit., 1100; Lo Cascio, *Il concordato*, cit., 895; Ferro, *Accordi*, cit., 1424.

(52) V. fra gli altri Proto, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 194; Coppola, *Aspetti pratici*, cit., 15.

(53) Così Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 351-352, che pone l'esempio di adesioni sopravvenute nel contesto di una conversione di crediti in capitale, che comportino «una modifica degli assetti imprenditoriali programmati con l'adesione originaria alla conversione da parte di un determinato gruppo di creditori».

stimoniato dal decreto milanese qui esaminato, ha contribuito a rendere meno incerta, nei suoi due anni e poco più di vita, «la via italiana alla *reorganization*», è d'altro canto innegabile che l'interprete non può sostituirsi al legislatore per attribuire ortodopicamente all'istituto degli AdR caratteristiche ed effetti di cui esso è del tutto privo, prime fra tutti il c.d. ombrello protettivo a favore dell'imprenditore contro le iniziative di autotutela dei creditori estranei all'accordo. Prova né è il fatto che la progettata «novella della novella della novella» della legge fallimentare (vale a dire lo schema di decreto legislativo, circolato in bozza nelle ultime settimane, recante modifiche ed integrazioni al testo della legge fallimentare risultante dalle riforme del 2005 e del 2006) prevede una pressoché integrale riformulazione dell'art. 182bis e, fra l'altro, l'inserimento in tale norma di un secondo comma che attribuisce al debitore la facoltà di richiedere al tribunale, con il ricorso, «la protezione del

proprio patrimonio da iniziative cautelari e da azioni esecutive di terzi estranei all'accordo» per un periodo massimo di sessanta giorni (54).

L'auspicio, mai come in questa occasione così lontano dalla retorica, è che i progetti abbiano ora seguito concreto.

Nota:

(54) Lo schema di decreto legislativo menzionato nel testo è attualmente consultabile sul sito www.studiumitalia.it. Identico risultato, ma attraverso differente percorso, si è recentemente proposta anche la Commissione Affari Legali, Finanza e Diritto d'Impresa di Confindustria, suggerendo di intervenire sull'art. 168 l. fall., dettato in materia di concordato preventivo, e di estendere il relativo divieto di azioni esecutive individuali sul patrimonio del debitore anche agli accordi disciplinati dall'art. 182bis (v. in questo senso le «proposte di Confindustria di modifica e integrazione della disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali» del 28 febbraio 2007, reperibili sul sito www.confindustria.it).

CODICI

CODICE DELLE SOCIETÀ

Annotato con la giurisprudenza
VIII edizione

di: G. MARZIALE e M. PROTO

Ipsa propone la nuova edizione del "Codice delle Società", **unico per completezza e autorevolezza** nel panorama editoriale italiano, aggiornata con la riforma delle società di capitali e cooperative e integrata dalla nuova disciplina delle controversie relative alla materia societaria, bancaria, creditizia e di intermediazione finanziaria.

Tra le **novità presenti nell'opera** si segnalano le disposizioni in materia di:

- appalti
- tutela del risparmio e disciplina dei mercati finanziari;
- credito al consumo e repressione della pubblicità ingannevole;
- impresa sociale;
- raggruppamenti di imprese, società professionali e società di ingegneria contenute nel codice degli appalti;
- Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili (2005-2006);

- T.U. Radiotelevisione;
- responsabilità amministrativa degli enti per i reati di associazione a delinquere, riciclaggio e tratta di migranti;
- market abuse.

Inoltre è stata inserita la **nuova versione del "Codice di autodisciplina delle società quotate"**, nonché le norme comunitarie e nazionali sull'esercizio delle opzioni in tema di **principi contabili internazionali** e norme sulla contabilità e bilancio contenute nel **codice delle assicurazioni private**.

Ipsa 2006, pagg. 3.600, € 150,00

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsa di zona**
(www.ipsoa.it/agenzie)
- **www.ipsoa.it**

