

INTRODUZIONE

Il diritto fallimentare italiano è in continuo cambiamento: il panorama delle procedure concorsuali si è arricchito nel tempo per far fronte alle continue necessità di ristrutturazione che hanno coinvolto le grandi imprese, come ad esempio il gruppo Parmalat e l'Alitalia, anche in un'ottica di armonizzazione europea. Ed è proprio dalla Raccomandazione Europea del 12 marzo 2014 (n. 135) che molti dei principi ispiratori della miniriforma del 2015 prendono vita. In una continua rincorsa, il legislatore ha cercato di dare una nuova vitalità ad un istituto molto studiato dalla dottrina, ma poco applicato nella prassi, ovvero gli accordi di ristrutturazione dei debiti. L'istituto si inserisce nel panorama delle risoluzioni stragiudiziali della crisi d'impresa, il cui scopo è quello di evitare la falce del fallimento: gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono stati inseriti nel panorama giuridico italiano nel 2005 e continuamente riformati nel corso del tempo, sino alla riforma attuata con il d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito nella legge 6 agosto 2015, n. 132, che ha introdotto la nuova *species* degli accordi di ristrutturazione dei debiti con gli intermediari finanziari e a quella più recente di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

Scopo della mini-riforma è quello di agevolare l'imprenditore nel risanare la situazione economico e finanziaria dell'impresa in stato di crisi. Il nuovo istituto consente infatti di stipulare un accordo di ristrutturazione e di estenderne gli effetti anche ai creditori dissenzienti, i quali hanno causato in passato la non riuscita di molti accordi *ex art. 182 bis legge fall.*, ove però lo stesso sia stato accettato da una maggioranza qualificata dei creditori finanziari.

Il legislatore ha cercato di favorire il buon esito della ristrutturazione dei debiti, sottraendo di fatto il "potere di veto" ai creditori "minori", i quali in genere non solo vantano minori pretese restitutorie, ma risultano spesso anche sprovvisti di garanzie, caratteristiche

che, senza troppo sforzo di immaginazione, li inseriscono nella categoria dei creditori poco interessati alla continuazione dell'attività di impresa.

A fronte di questi interessi ostativi alla riuscita degli accordi, si è introdotto uno strumento di favore alle grandi banche, le quali, consapevoli dei vantaggi che scaturiscono dalla continuazione dell'attività di impresa, sono disposte non solo a rinegoziare i tassi di interesse dei finanziamenti o concedere dilazioni, ma anche ad apportare nuova finanza con la quale risollevere l'attività produttiva, al fine di superare la crisi con conseguente ritorno *in bonis* dell'impresa.

I cambiamenti che sono stati introdotti, in particolare l'estensione dell'accordo negoziato e accettato dalla maggioranza qualificata dei creditori ai dissenzienti, hanno però snaturato la natura dell'istituto: da strumento negoziale, come tale soggetto alle norme generali del codice civile, si presenta oggi come un istituto ibrido, presentando alcune caratteristiche proprie del concordato preventivo, ma con i presupposti di un "ordinario" accordo di ristrutturazione dei debiti.

Scopo della trattazione è quindi di verificare effettivamente fino a che punto "*la legge può derogare a se stessa*"¹ e di appurare se il nuovo istituto possa essere comunque inquadrato all'interno del *genus* degli accordi di ristrutturazione dei debiti ordinari ai sensi dell'art. 182 *bis* legge fall., ovvero rappresentare una terza via tra questi e il concordato preventivo, esibendo delle caratteristiche proprie di procedura concorsuale e altre di contratto tra privati.

È opportuno evidenziare che, con la legge n. 155/2017 (legge delega) ed il successivo d.lgs. n. 14/2019, sono previste agevolazioni per gli accordi di ristrutturazione e precisamente al momento dell'accesso a questo istituto sia attraverso "la previsione dei c.d. accordi agevolati sia attraverso la previsione della possibilità di estenderne l'efficacia anche a creditori non aderenti appartenenti a categorie omogenee (anche diverse da quella dei creditori finanziari) – fermo ovviamente il loro diritto di opporsi all'omologazione – se l'accordo medesimo venga raggiunto con creditori che rappresentano una rilevante percentuale (il 75%) del totale dei crediti appartenenti alla medesima categoria e se l'accordo preve-

¹ N. NISIVOCIA, *Il nuovo art. 182 septies I. fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?*, in *Fallimento*, 2015, p. 1182.

da (e dunque consenta) la prosecuzione dell'esercizio dell'attività imprenditoriale"².

Si è detto degli impulsi europei in tema di insolvenza e di ristrutturazione. A tal riguardo non possono non essere menzionati sia il regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativo alle procedure di insolvenza, che ha disciplinato nuovamente le procedure di insolvenza transfrontaliere, abrogando espressamente il regolamento n. 1346/2000, sia la recentissima direttiva (UE) n. 1023/2019 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019. Direttiva (UE), alla quale gli Stati membri dovranno dare attuazione entro il 17 luglio 2021, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, nonché le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza).

ALESSANDRO DI MAJO

² Così la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 14/2019.

CAPITOLO PRIMO

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI ORDINARI E FINANZIARI

SOMMARIO:

1. Accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis*: la loro collocazione tra gli strumenti di prevenzione del fallimento. – 2. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, figura compresa tra il piano attestato di risanamento e il concordato preventivo. – 3. Gli accordi di ristrutturazione con gli intermediari finanziari, natura giuridica e invalidità derivata. – 4. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel nuovo “Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza” (d.lgs. n. 14/2019): elementi comuni e differenze. – 5. Il Diritto europeo.

1. *Accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis: la loro collocazione tra gli strumenti di prevenzione del fallimento*

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti¹ sono stati introdotti nel panorama giuridico italiano dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, di conversione

¹ Tra i numerosi contributi dedicati all’istituto si veda: S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Il fallimento*, n. 8/2005, p. 137; ID., *sub art. 182 bis*, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Torino, 2007, p. 2533; P. BENAZZO, *L’accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari: buona fede e principio di maggioranza*, in AA.VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, opera diretta da S. Ambrosini, Torino, 2017, p. 742; B. CONCA, *L’accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: disciplina e prime considerazioni applicative*, *ivi*, p. 714; M. ARATO, *Il nuovo accordo di ristrutturazione dei debiti vs concordato preventivo*, *ivi*, p. 732; A. CAIAFA, L. PANZANI, *Sub 182 bis*, in AA.VV., *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di A. Caiafa, Roma, 2017, p. 822; AD. DI MAJO, *Accordi di ristrutturazione*, in L. Ghia, C. Piccininni, F. Severini (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, Vol. IV, Milano, 2011, p. 661; G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005*, in *Il fallimento*, 2005, p. 1448; ID., *Il nuovo diritto della crisi e dell’insolvenza*, Torino, 2019,

p. 48; F. GUERRERA, *La ristrutturazione 'negoziata' dell'impresa in crisi: novità legislative e spunti comparatistici*, in *www.ilfallimentarista.it*; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Crisi di impresa e insolvenza*, a cura di L. Calvosa, Pisa, 2017, p. 65; A. BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, in *www.ilcaso.it*, 2005; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 1/2006, p. 16; L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007, III; G. CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. dir. processuale*, 2005, p. 918; M. FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, in *Il fallimento*, 2018, p. 296; ID., *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo*, in *Il fallimento*, 2013, 6, p. 769; G. LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Il fallimento*, 4/2005, p. 46; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto delle crisi di imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2014, p. 382; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 1/2006; P. VALENSISE, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, p. 1088; L. PANZANI, *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 83/2015*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, p. 219 ss.; F. GUERRERA, *La ristrutturazione 'negoziata' dell'impresa in crisi: novità legislative e spunti comparatistici*, in *www.ilfallimentarista.it*; E. GABRIELLI, *Autonomia privata e procedure concorsuali*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 2005, p. 739; F. DI MARZIO, *Un decreto legge in riforma del "diritto fallimentare"*, in *www.giustiziacivile.com*, 2015, n. 6; G. 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, p. 1170; G. BUFFELLI, *Piano attestato e gli accordi di ristrutturazione dei debiti: novità aziendalistiche e fiscali*, in *www.prof.Giuliano-Buffelli*, 2012; G. TERRANOVA, *Problemi di diritto concorsuale*, Padova, 2011; ID., *Il concordato con "continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Il diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, n. 1/2013, p. 15; L. LUCHETTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: una procedura negoziale*, in AA.VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, opera diretta da S. Ambrosini, Torino, 2017, p. 676 e ss.; I.L. NOCERA, *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2017; B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis L. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Contratto e impresa*, 2011, p. 149; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, Tomo III, Torino, 2016, p. 3220 ss.; M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in *Il diritto fallimentare delle società commerciali*, n. 6/2015, p. 530 ss.; R. MARINO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e responsabilità del professionista attestatore*, in *Resp. civ.*, 2012, 7, p. 490; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziati degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 3, p. 10337; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, p. 81; G. VETTORI, *Il contratto nella crisi d'impresa, in Obblig. e contr.*, 2009, 6, p. 486; A. PALUCHOWSKY, *Gli accordi di ristrutturazione del debito a cinque anni dalla loro introduzione: un appuntamento mancato?*, in *www.ugctrani*; C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*, in *Il fallimento*, 2018, p. 988 ss.; F. ABATE, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Il fallimento*, 2013, p. 1177.

del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 e successivamente modificati², sino ad approdare alla riforma attuata con il d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito nella legge 6 agosto 2015, n. 132, ed al recentissimo d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (“*Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*”), non ancora entrato in vigore.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ordinari sono disciplinati dall’art. 182 *bis* legge fall.³ e si inseriscono nel quadro delle risoluzioni stragiudiziali delle crisi d’impresa. Essi consentono all’imprenditore, che versa in stato di crisi, di intavolare una trattativa con i propri creditori al fine di “ristrutturare” la situazione debitoria dell’impresa, termine aziendalistico che, nel panorama giuridico, assume i più svariati contenuti.

Il presupposto soggettivo per poter avviare la procedura è che l’imprenditore, il quale versi *in stato di crisi*, sia un imprenditore fallibile, ossia che non rispetti i requisiti dimensionali dell’art. 1 legge fall.⁴ ovvero che sia un imprenditore agricolo, estensione attuata dall’art. 23 del d.l. n. 98/2011, convertito nella legge n. 111/2011. È da rilevare che, ai sensi dell’art. 57

² Tra cui: d.lgs. n. 169/2007, d.l. n. 78/2010 convertito in legge n. 122/2010, d.l. n. 98/2011 convertito in legge n. 111/2011.

³ R.d. 16 marzo 1942, n. 267. Cfr. altresì gli artt. 57-61, d.lgs. n. 14/2019 (“*Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza*”), decreto non ancora entrato in vigore. Sul punto cfr. anche il par. 4 e il Cap. V della presente Opera.

⁴ Art. 1. Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo

1. Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici.

2. Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al comma 1, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:

a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall’inizio dell’attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;

b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell’istanza di fallimento o dall’inizio dell’attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;

c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.

3. I limiti di cui alle lett. a), b) e c) del comma 2 possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati intervenute nel periodo di riferimento.

del citato d.lgs. n. 14/2019, a concludere gli accordi di ristrutturazione dei debiti è “*l'imprenditore, anche non commerciale e diverso dall'imprenditore minore, in stato di crisi o di insolvenza*”.

Per quanto riguarda la definizione di *stato di crisi*, la dottrina si è a lungo interrogata sul significato effettivo dell'espressione, in grado di essere il discrimine tra una fisiologica difficoltà dell'impresa nel far fronte alle numerose richieste di competitività ed efficienza del mercato e le difficili congiunture del mondo economico, soprattutto in un periodo di crisi diffusa come quella che ha affrontato l'Unione europea negli ultimi anni. Nonostante le incertezze, il legislatore ha tentato di dare una qualche definizione alla locuzione, ricorrendo però ad una diversa situazione: lo stato di insolvenza. Consono dell'importanza della definizione dello stato di crisi, presupposto anche della attigua figura del concordato preventivo⁵, con l'intervento attuato dal d.lgs. n. 169/2007, il quale ha integrato l'art. 168 legge fall., il legislatore ha specificato che, per stato di crisi, si intende *anche lo stato di insolvenza*, figura tipizzata dall'art. 5, comma 2, della stessa legge.

Ma ogni dubbio è stato risolto dal recentissimo “*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*” (d.lgs. n. 14/2019 non ancora in vigore) che, all'art. 2, comma 1, lett. a), definisce “*crisi*” “*lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*” ed all'art. 2, comma 1, lett. b) definisce “*insolvenza*” “*lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*”⁶. Mentre per “*sovraindebitamento*”, art. 2, comma 1, lett. c), si intende “*lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start up innovative di cui al decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure*”.

⁵ Si veda più avanti in questo stesso Capitolo.

⁶ Cfr. il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (art. 2), non ancora entrato in vigore. Cfr. sul punto il par. 4 e il Cap. V. Del resto, come si vedrà nel Cap. IV di questa trattazione, è possibile apprezzare, in un'ottica comparativistica, anche lo sforzo del legislatore francese, il quale ha definito e differenziato le figure dello stato di crisi e stato di insolvenza.

liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza”.

Pertanto con il nuovo *Codice* viene data una definizione ampia e chiara nonché aziendalistica di “crisi”. “Stato di crisi” e “stato di insolvenza”, la cui differenza tende ad affievolirsi laddove l'imprenditore appunto “*in stato di crisi o di insolvenza*” intenda addivenire a strumenti negoziali stragiudiziali (art. 56 “*Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento*”) o a strumenti negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione (art. 57 “*Accordi di ristrutturazione dei debiti*”).

Ora, non versa in stato di crisi l'imprenditore che non paga i propri fornitori ritenendo di non essere obbligato, rientra invece nella definizione la situazione di una semplice illiquidità⁷, ovvero quando l'impresa è titolare di un patrimonio consistente, capace di assorbire completamente i debiti, ma immobilizzato⁸.

La proposta, che l'imprenditore può prospettare ai creditori, può presentare il contenuto più vario, al pari del concordato preventivo: dalla semplice dilazione del pagamento del debito (*pactum de non petendo*), ad una vera e propria novazione del rapporto, con assegnazione in pagamento di quote o azioni, assunzione degli obblighi da parte di un terzo assunto, ridimensionamento del credito con parziale rinuncia da parte dei creditori a parte delle proprie ragioni, cessioni di rami d'azienda...

All'atto del deposito dell'accordo, il quale, per essere omologato, deve essere stato sottoscritto da tanti creditori quanti rappresentano almeno il 60% dei crediti, l'imprenditore deve anche depositare i documenti previsti

⁷La giurisprudenza si è comunque espressa nel senso di individuare “una situazione di disagio aziendale che può o meno coincidere con l'insolvenza”: Trib. Milano, decr. 25 marzo 2010, in *Il fallimento*, I, 2011, p. 92.

⁸Ai fini di una più precisa classificazione dello “stato di crisi” rispetto alla ben più grave nozione di “stato di insolvenza” è possibile ricordare quanto sostenuto da M. FERRO, *Art. 67, co. 3 lett. D) – Il piano di risanamento stragiudiziale attestato (la ricostruzione giuridico aziendalista)*, Padova, 2007, p. 767; L'Autore sostiene infatti che, al fine di valutare la fisiologia della situazione finanziaria di un'impresa, è possibile valutare il rapporto tra capitale di rischio e capitale proprio impiegato: “*per la realtà italiana, un'impresa è finanziariamente equilibrata se questo indice è inferiore a tre [...]*”.

Nonostante lo stesso Autore si renda conto che l'indice in questione non possa essere generalizzato, essendo necessario valutare le peculiarità di ogni settore del mercato preso in considerazione, è apprezzabile lo sforzo di ricercare dei parametri oggettivi al fine di meglio definire la ricorrenza oggettiva della crisi, in una logica di progressivo superamento della dicotomia “stato di crisi – stato in insolvenza”.

dall'art. 161, comma 2, legge fall.⁹ congiuntamente alla relazione di un professionista indipendente, in possesso dei requisiti previsti dall'art. 67, comma 3, lett. d)¹⁰. Il contenuto della relazione è un contenuto tipico: il professionista deve, infatti, attestare la veridicità dei dati aziendali nonché la fattibilità dell'accordo, soprattutto in relazione al pagamento integrale dei creditori rimasti estranei, i quali riceveranno totale soddisfacimento delle loro ragioni entro 120 giorni dall'omologazione dell'accordo se il debito è già scaduto o entro 120 giorni dal giorno in cui verrà a scadenza. L'accordo deve essere pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione.

Entro 30 giorni dal giorno della pubblicazione i creditori possono proporre le opposizioni e il tribunale, una volta decise, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato. Dal testo di legge non si desume la natura del controllo del tribunale, se sia meramente un con-

⁹ Art. 161, comma 2:

“il debitore deve presentare con il ricorso:

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;

e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta; in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore”.

¹⁰ Come si vedrà più avanti nel corso della trattazione, la norma si riferisce agli atti sottoponibili all'azione revocatoria. Il comma 3, lett. d), il quale disciplina il “piano attestato di risanamento”, contiene l'indicazione dei requisiti per la nomina ad attestatore indipendente; in particolare: “[...] un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza del giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo: ...”.

trollo formale o un controllo di merito; la dottrina maggioritaria ritiene comunque trattarsi di un controllo formale.

Una delle caratteristiche più importanti del “procedimento” è l’inibitoria, operante per i creditori per causa e titolo antecedenti alla pubblicazione dell’accordo nel registro delle imprese, ad intraprendere o continuare azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore o acquisire titoli di prelazione non concordati, per la durata di sessanta giorni.

La stessa inibitoria può essere richiesta dall’imprenditore, come un effetto prenotativo, anche nel corso delle trattative e prima della stipulazione dell’accordo, all’atto del deposito presso il tribunale della documentazione di cui all’art. 161, comma 2, lett. a), b), c) e d)¹¹. Unitamente alla documentazione suddetta, l’imprenditore deve presentare una proposta di accordo, corredata da una dichiarazione autocertificante dello stesso sulla presenza di trattative con creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti¹² e da una dichiarazione del professionista, in possesso dei requisiti *ex art. 67, comma 3, lett. d)*¹³ circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l’integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a negoziare. L’istanza di sospensione delle azioni esecutive o cautelari, o di acquisizione di titoli di prelazione non concordati, è pubblicata nel registro delle imprese e l’inibitoria acquista efficacia dal giorno della pubblicazione (art. 182 *bis*, comma 6).

Entro 30 giorni dal deposito dell’istanza il tribunale, verificata la completezza della documentazione, fissa con decreto l’udienza e dispone la comunicazione ai creditori della documentazione stessa. Nel corso dell’udienza, lo stesso tribunale, una volta accertata l’esistenza dei presupposti per raggiungere un accordo di ristrutturazione con la maggior parte dei creditori e del pagamento integrale dei creditori estranei, dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari o di acquisire titoli di prelazione non concordati, assegnando un termine

¹¹ Si veda la nota 9.

¹² La giurisprudenza ha interpretato il requisito in questione nel senso della necessità del raggiungimento della soglia al momento dell’omologazione e non al momento della pubblicazione nel registro delle imprese; da ciò ne deriva che l’effetto dell’*automatic stay* si possa produrre già con i primi accordi: Trib. Milano, decr. 23 gennaio 2007, in *Il fallimento*, 6, 2007, p. 701.

¹³ Si veda la nota 10.

non superiore a 60 giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista. Uno dei pregi della sottoscrizione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, caratteristica che non si è persa nella nuova figura *ex art. 182 septies*, è l'esenzione da revocatoria fallimentare di tutti i pagamenti e di tutte le operazioni compiute in esecuzione dell'accordo, profilo connaturato all'essenza stessa dell'istituto¹⁴. Se non vi fosse la previsione di una "immunità" in caso di successivo fallimento, nonché l'esenzione dai reati di bancarotta per i pagamenti e le operazioni compiute in esecuzione dell'accordo, novità questa introdotta dalla legge n. 122/2010¹⁵, difficilmente si vedrebbe la riuscita di accordi di questo tipo¹⁶. In dottrina è stato evidenziato come "*l'introduzione dell'istituto segna un arretramento della regola pubblicistica nella gestione della crisi d'impresa a favore dell'espansione dell'autonomia privata, essendo ben noto che in alcuni casi lo strumento negoziale si è rivelato essere più efficiente delle procedure concorsuali*"¹⁷.

A conferma della natura squisitamente privatistica e contrattuale degli accordi di ristrutturazione si possono esaminare alcune decisioni della giurisprudenza di merito e la posizione della dottrina maggioritaria, in cui vengono rintracciati i profili "mancanti" all'interno dell'istituto, in virtù dei quali non è possibile inquadrarlo come una procedura concorsuale¹⁸,

¹⁴ Nello stesso senso G. JACHIA, *Gli accordi di ristrutturazione e finanziamenti alle imprese in crisi*, Milano, 19 gennaio 2016, p. 37.

¹⁵ Per un approfondimento di veda il Cap. III, par. 7.

¹⁶ Si veda il Cap. II, par. 9 per la disciplina riguardante la prededucibilità dei finanziamenti sorti in occasione della presentazione di una proposta di accordo, per i finanziamenti dei soci e per la finanza ponte, sottostanti tutti al regime di favore dell'esenzione da revocatoria fallimentare seppur con una limitazione per quanto riguarda i finanziamenti dei soci.

¹⁷ R. MARINO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e responsabilità del professionista attentatore*, in *Resp. civ.*, 2012, 7, p. 490.

¹⁸ *Ex multis*: Trib. Roma, 27 febbraio 2019, ord., in *Il fallimento*, 2019, 1330; Trib. Milano, 20 dicembre 2018, *ivi*, 2019, 1333, entrambe con nota di C. Trentini; Trib. Roma, 20 ottobre 2017, in *Mass. OCI* n. 01159; Trib. Benevento, 8 febbraio 2017, in *Mass. OCI* n. 01086; Trib. Milano, 10 novembre 2016, in *Giur. comm.*, 2018, 1, II, p. 116; Trib. Benevento, 21 aprile 2016, in *Il fallimento*, 2017, p. 96; Trib. Verona, 16 febbraio 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Milano, 2 marzo 2013, in *Giur. it.*, 2013, p. 2275; Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Udine, 22 giugno 2007, in *Il fallimento*, 2008, p. 701; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, c. 2563; Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *Il fallimento*, 2007, p. 1253; Trib. Roma, 16 agosto 2006, *ivi*, 2007, p. 187. Alle

nonostante non siano mancate in dottrina posizioni contrarie, le quali hanno avanzato la tesi della natura “*sub-concordataria*” dell’istituto¹⁹. In parti-

stesse conclusioni cfr. in dottrina: P. CEROLI, *Ristrutturazione del debito*, in *www.ilfallimentarista.it*, 3; U. APICE, S. MANCINELLI, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Torino, 2012, pp. 525-526; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 3, p. 10337, il quale prende come presupposto per la sua analisi proprio la natura negoziale degli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis; S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, cit., p. 737; ID., *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Bologna, 2012, p. 94; A. CAIAFA, L. PANZANI, *op. cit.*, p. 822, sostengono l’atipicità dei contratti in questione; AD. DI MAJO, *op. cit.*, p. 661; G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005*, in *Il fallimento*, 2005, p. 1448; ID., *Il nuovo diritto della crisi e dell’insolvenza*, Torino, 2019, p. 48, che sostiene la figura del contratto plurilaterale, a causa unitaria, con comunione di scopo; F. GUERRERA, *La ristrutturazione ‘negoziata’ dell’impresa in crisi: novità legislative e spunti comparatistici*, in *www.ilfallimentarista.it*; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Crisi di impresa e insolvenza*, a cura di L. Calvosa, Pisa, 2017, p. 65; A. BELLO, *op. cit.*; G. PRESTI, *op. cit.*, p. 16; L. BOGGIO, *op. cit.*; G. CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. dir. processuale*, 2005, p. 918; M. FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali*, cit., p. 296; G. LO CASCIO, *op. cit.*, p. 46; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 382; G. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 1170; V. ZANICHELLI, *Concordati giudiziali*, Torino, 2010, p. 601; ad affermare infine la natura negoziale degli accordi di ristrutturazione del debito è la circolare dell’Agenzia delle entrate n. 8/E del 2009.

¹⁹ Si veda a questo proposito la posizione di I.L. NOCERA, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi di impresa oltre le procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 476 e ss. In particolare l’Autore, a sostegno della tesi di concorsualità dell’istituto sostiene che “*con l’introduzione della [...] dilazione [ovvero della moratoria temporanea dell’esigibilità dei credili per i creditori estranei di 120 giorni] che colpisce anche i creditori non aderenti, l’istituto assume inevitabilmente una qualificazione concorsuale in quanto l’accettazione dei creditori che rappresentano più del 60% dei crediti è assimilabile a un voto di maggioranza che vincola, al pari del concordato preventivo, anche creditori estranei ad accettare una clausola di pagamento dilazionato per un periodo di tempo prefissato dalla legge*”. ID., *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2017, p. 72 e ss. A sostegno della tesi della concorsualità dell’istituto anche autorevole dottrina, tra cui, *inter alia*, G. TERRANOVA, *Problemi di diritto concorsuale*, Padova, 2011; ID., *Il concordato con “continuità aziendale” e i costi dell’intermediazione giuridica*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, n. 1/2013, p. 15 e ss.; ID., *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell’impresa*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 4; P. VALENSISE, *Sub art. 182 bis*, in A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo le riforme*, III, Torino, 2010, p. 2305. A sostegno della tesi della natura concorsuale, tra gli altri E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, p. 81 e ss.; M. FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell’insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Il fallimento*, n. 5/2005, p. 595; F. ABATE, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, cit., p. 1177; C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una “proce-*

colare, gli accordi di ristrutturazione ordinari non prevedono una fase di ammissibilità, ovvero una pronuncia di apertura del procedimento o la nomina di organi concorsuali. Non si verifica nessuna forma di spossessamento o di limitazione dei poteri di direzione e gestione dell'attività di impresa, i quali vedono invece la loro massima espressione nella gestione da parte dell'imprenditore del proprio complesso produttivo secondo le esigenze della ristrutturazione. L'accordo vincola solamente i creditori aderenti, secondo i principi della libertà contrattuale²⁰, e non comporta l'applicazione del principio di concorsualità, con la conseguenza che le parti sono libere di prevedere trattamenti diversificati, anche tra creditori di pari rango. Infine può comportare l'alterazione delle cause legittime di prelazione con la conseguenza che, ai crediti che nascono dopo l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, non è di regola applicabile la prededuzione²¹.

È possibile affermare che una delle caratteristiche principali, che consente di confermare che gli accordi di ristrutturazione ordinari siano dei "contratti nominati"²², è la vigenza del principio generale di cui all'art.

dura concorsuale: la Cassazione completa il percorso, cit., p. 988 ss.; F. CASA, *La Corte di cassazione ordina e ri-struttura l'art. 182 bis l. fall.*, in *Il fallimento*, 2019, p. 181 ss.; P. VALENSISE, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, p. 1088; F. DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, in F. DI MARZIO, F. MACARIO, G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano, 2013, p. 10, dove l'Autore esponendo la propria interpretazione di procedura concorsuale dell'istituto avanza anche la più corretta denominazione di "procedura deliberativa concorsuale". In giurisprudenza sembra aderire alla tesi minoritaria la Cass., sostenendo che "l'accordo di ristrutturazione dei debiti appartiene agli istituti del diritto concorsuale": Cass., 8 maggio 2019, n. 12064, in *Il fallimento*, 2019, 1327, con nota di C. Trentini; Cass., 21 giugno 2018, n. 16347; Cass., 12 aprile 2018, n. 9087; Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182, in *Il fallimento*, 2018, p. 285, con nota di M. FABIANI. Considera "l'accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fall." quale "ipotesi intermedia tra gli strumenti di composizione stragiudiziale della crisi e le soluzioni concordatarie": Cass., 19 giugno 2018, n. 16161, in *Il fallimento*, 2019, p. 180, con nota di F. CASA, e Cass., 25 gennaio 2018, n. 1896, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 5, II, p. 515.

²⁰ Profilo questo maggiormente modificato dalla riforma del 2015, la quale introducendo la figura degli accordi di ristrutturazione con gli intermediari finanziari, stravolge la natura giuridica degli stessi e crea dei legittimi dubbi sulla natura contrattuale degli stessi, come si vedrà nel proseguo della trattazione.

²¹ Si veda nello stesso senso M. FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 296; D. FICO, *Accordo di ristrutturazione e par condicio creditorum*, 26 maggio in *www.ilfallimentarista.it*.

²² L. FOLLIERI, *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel "prisma" del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2015, p. 1099.