

LA RIFORMA DEL FALLIMENTO E IL DECRETO CORRETTIVO

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI EX ART. 182 – BIS L.F.

Dott. Lucio Antonello e Dott. Gianfranco Peracin

Centro Conferenze – Camera di Commercio di Padova, 27 Novembre 2007



INDICE GENERALE

PREMESSA.....	3
1. EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO E DEL CONTESTO NORMATIVO DI RIFERIMENTO.....	4
TABELLA SINOTTICA DEGLI ARGOMENTI DELLA L.F. DI RIFERIMENTO	6
2. INQUADRAMENTO GIURIDICO DELL'ISTITUTO: AUTONOMIA RISPETTO AL CONCORDATO PREVENTIVO.....	9
3. I PRESUPPOSTI DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE	10
3.1. PRESUPPOSTO SOGGETTIVO.....	10
3.2. PRESUPPOSTO OGGETTIVO.....	11
4. CARATTERISTICHE DEL CONTRATTO SOTTOSTANTE L'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI	12
4.1. FINALITÀ DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI E CAUSA DEL CONTRATTO	12
4.2. OGGETTO E FORMA DEL CONTRATTO.....	13
4.3. LA FORMAZIONE DELL'ACCORDO	16
4.4. I REQUISITI DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE PREVISTI DALL'ART. 182-BIS DELLA L.F. .	19
- <i>la percentuale minima di adesione all'accordo</i>	19
- <i>il regolare pagamento dei creditori estranei</i>	20
5. ASPETTI FISCALI	22
5.1. SOPRAVVIVENENZE ATTIVE DA REMISSIONE DEL DEBITO.....	22
5.2. PERDITE SU CREDITI	23
5.3. NOTE DI VARIAZIONE AI FINI IVA.....	23
6. LA TRANSAZIONE FISCALE	24
6.1. IL CONTESTO NORMATIVO	24
6.2. OGGETTO DELLA TRANSAZIONE	24
6.3. LA PROCEDURA TRANSATTIVA	26
7. LE AZIONI ESECUTIVE E CAUTELARI.....	27
8. RELAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO ALL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEL PROFESSIONISTA INCARICATO	27
8.1. REQUISITI PROFESSIONALI E SCELTA DEL PROFESSIONISTA	28

PREMESSA

La riforma della legge fallimentare nasce dall'esigenza di adeguare il sistema normativo alle dinamiche della realtà economica, valorizzando il risanamento dell'impresa e la sua continuità quale elemento a rilevanza sociale.

Al fine di ricercare una rinnovata efficienza nella soluzione della crisi aziendale si assiste allo spostamento della sua gestione dall'ambito pubblicistico alla sfera contrattuale, favorendo l'affermazione di nuovi modelli negoziali.

Già in precedenza l'autonomia statutaria e la flessibilità degli strumenti a disposizione degli investitori sono stati i tratti distintivi nella riforma del diritto societario, varata all'insegna della rilevanza dell'autonomia privata nella conformazione degli schemi legali.

Allo stesso modo le nuove regole sulla patologia dell'attività d'impresa, affrancate da tramontate visioni statalistiche, promuovono rinnovati valori mercantili. Segni inequivocabili sono l'esclusione dell'iniziativa d'ufficio nella dichiarazione di fallimento; il consistente depotenziamento dell'azione revocatoria sugli atti non abusivi; infine, la valorizzazione del negoziato tra debitore e creditori nella gestione (appunto e innanzitutto privatistica) della crisi d'impresa nelle sue diverse forme.

E' vicenda sin troppo nota ed ampiamente comprovata, per essere qui ripercorsa, quella che ha visto il nascere e la progressiva diffusione delle convenzioni stipulate fra l'imprenditore ed i suoi creditori al fine di comporre in sede stragiudiziale lo stato di insolvenza¹, spesso a causa delle più volte denunciate rigidità ed inefficienze della legge fallimentare.

L'utilizzo dei piani stragiudiziali si accompagnava a rischi di varia natura nell'eventualità in cui non raggiungessero la finalità perseguita del superamento dello stato di insolvenza: rischi legati alla concessione abusiva del credito per i soggetti che avessero erogato, come sovente accadeva, «nuova finanza» in esecuzione dell'accordo, alla mancata prefigurazione della prededuzione dei crediti sorti «in corso di procedura» ed alla possibile responsabilità per bancarotta (a titolo di concorso con l'imprenditore insolvente); alla eventuale sottoposizione a revocatoria, a causa della precarietà e dell'instabilità degli atti, dei pagamenti e delle garanzie poste in essere in attuazione del concordato stragiudiziale; alla sottoposizione ad una possibile imputazione per bancarotta ex art. 217, n. 4 L.F., per l'imprenditore che avesse ritardato nel chiedere il fallimento aggravando il dissesto; nonché all'esposizione a possibili azioni esecutive e cautelari, sia nella delicata fase delle trattative propedeutiche al raggiungimento dell'accordo, sia nella successiva fase di attuazione, per opera dei creditori dissenzienti.

L'obiettivo delle commissioni governative, che in questi anni si sono dedicate alla individuazione di regole per le soluzioni concordate della crisi di impresa (e, più in generale, per una sistemazione più moderna dell'intera materia concorsuale) è stato perciò quello di individuare un percorso che racchiudesse in sé le caratteristiche positive sia delle soluzioni stragiudiziali sia di quelle giudiziali ossia, che avesse le doti di agilità e flessibilità delle prime, ma che nel contempo potesse svilupparsi in un contesto di garanzie idonee ad assicurare le protezioni tipiche delle seconde.

Le opportunità² degli accordi stragiudiziali sono adesso riaffermate nell'ambito della progressiva attuazione della riforma della legge fallimentare.

¹ L'analisi del fenomeno delle convenzioni stragiudiziali finalizzate alla rimozione dell'insolvenza forma ormai oggetto di vastissima letteratura, si segnalano alcuni contributi: ROSSI G. – Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale – Rivista Soc. 1996 – pag. 321 ss.; BONFATTI S. E FALCONE G. (a cura di) – Le procedure stragiudiziali per la composizione delle crisi di impresa – Quaderni di Giur. Comm. 1999; FRASCAROLI SANTI E. – Il concordato stragiudiziale – Cedam – 1984; APICE U. (a cura di) – L'impresa in crisi: tra liquidazione e conservazione – Bancaria Editrice 2002; SANDULLI M. – Le soluzioni stragiudiziali – Quaderni Giur. Comm. 2003 – pag. 242 ss.; FRASCAROLI SANTI E. – Effetti della composizione stragiudiziale dell'insolvenza – Contratto e Impresa 1996 – pag. 96 ss;

² L'esigenza di tutela degli accordi stragiudiziali muove dalla constatazione non soltanto della loro diffusione (si tratta di complesse operazioni contrattuali da ritenersi ormai socialmente tipiche) quanto soprattutto della utilità di

Tali tipi di accordi prendono spunto da modelli ben definiti e diffusi in diverse legislazioni straniere, quali i *pre-packaged bankruptcy* statunitensi. Infatti il *Bankruptcy Code* al *Chapter 11* disciplina la procedura della *Corporate Reorganization*, in cui occupano un posto centrale gli accordi tra debitore e creditori, che si caratterizzano per il divieto di proporre azioni esecutive da parte dei creditori, i quali vengono suddivisi in classi raggruppate per interessi omogenei al fine di prevedere un trattamento differenziato. Tali accordi tendono inoltre a tutelare gli interessi e le esigenze dell'imprenditore, al quale viene consentita una nuova opportunità di operare sul mercato, comunemente chiamata «*a fresh start*», cioè una “ripartenza” dell'attività economica non più gravata dai debiti precedenti ed ancora forte delle proprie capacità aziendali. Tali modelli attribuiscono al giudice funzioni di tutela della regolarità della procedura e di osservanza delle regole di priorità, ma anche, in qualche misura, prevedono una costrizione sui creditori il cui dissenso rispetto alle proposte dell'imprenditore sia ritenuto non giustificato (secondo la cosiddetta regola del «*cram down*»).

1. EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO E DEL CONTESTO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

Le prime norme “riformatrici” introdotte dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35 convertito nella L. 14 maggio 2005, n. 80 e intervenute in parallelo con analoghe iniziative in altri Paesi cosiddetti “industrializzati”³, hanno introdotto l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, oltre che modificato sensibilmente le norme riguardanti la revocatoria fallimentare e il concordato preventivo.

In base alla nuova normativa il debitore può stipulare un accordo di ristrutturazione dei debiti con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti da depositare in Tribunale, unitamente ad una relazione redatta da un esperto sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei. A seguito della pubblicazione dell'accordo e della sua omologazione da parte del Tribunale, in caso di successivo fallimento, i pagamenti intervenuti in esecuzione dell'accordo stesso non sono soggetti all'azione revocatoria.

Contestualmente alla conversione in legge del D.L. 35/2005 (L. 14 maggio 2005, n. 80) è stato presentato un emendamento contenente la delega per la riforma organica delle procedure concorsuali, che ha trovato esecuzione con il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, perseguendo due obiettivi fondamentali:

- spostare l'interesse delle procedure dalla “*par condicio creditorum*” alla salvaguardia dei valori aziendali (occupazione, innovazione, ecc...);

e

- semplificare il ricorso alle procedure per ridurre i tempi di gestione, consentendo la possibilità di tutelare il valore aggiunto dell'azienda, qualora ci fosse.

Questo secondo intervento normativo, per quanto concerne gli accordi di cui all'art. 182-bis L.F., modifica la rubrica del capo V del titolo III del regio decreto n° 267 del 16 marzo 1942, sostituendola con una nuova formulazione: “*Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo. Degli accordi di ristrutturazione dei debiti*” rafforzando il concetto di accordo di ristrutturazione dei debiti quale istituto autonomo. Inoltre, viene introdotto l'art. 182-ter intitolato “*Transazione fiscale*” che inizialmente non risultava applicabile all'istituto degli accordi di

questi strumenti privatistici a fronteggiare con successo (e con minori costi delle procedure giudiziali) la crisi dell'impresa – A. JORIO – Dal concordato stragiudiziale alla soluzione stragiudiziale delle crisi d'impresa – Il Fallimento 1999 – pag. 759.

³ Per molti aspetti questi interventi si collocano nel solco dei principi fissati nel regolamento 29 maggio 2000, n. 1346/2000 del Consiglio dell'Unione Europea, relativo alle procedure d'insolvenza, entrato in vigore il 31 maggio 2002 e dai quali non si può prescindere.

ristrutturazione dei debiti, prevedendo all'ultimo comma che: *"Ai debiti tributari amministrati dalle agenzie fiscali non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 182-bis"*.

Tale riferimento normativo dell'art. 182-ter viene poi riconsiderato nell'ultimo intervento riformatore, effettuato con il D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, il quale modificando l'ultimo comma, ora prevede: *"Il debitore può effettuare la proposta di cui al primo comma anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis"*.

Altro intervento, di particolare importanza per la positiva conclusione degli accordi, è stato l'introduzione della specifica previsione secondo cui: *"Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore"*.

Viene poi previsto che la relazione sull'attuabilità del piano, prima demandata ad un esperto senza nessuna qualificazione legale prevista, ora deve essere redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che richiede l'iscrizione nel registro dei revisori contabili oltre che le qualifiche professionali di cui all'art. 28, primo comma, lett. a) e b) L.F..

Infine, viene precisato che il soggetto al quale si può applicare l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti è l'imprenditore in stato di crisi, modificando la versione originaria che parlava genericamente di "debitore".

Evoluzione dell'istituto degli Accordi di ristrutturazione dei debiti

	D.L. n° 35/2005 - L. 80/2005	D.Lgs. n° 5/2006	D.Lgs. n° 169/2007
ART. 182-BIS L.F.	1. Il debitore può depositare, con la dichiarazione e la documentazione di cui all'articolo 161, un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un esperto sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei. 2. L'accordo é pubblicato nel registro delle imprese; i creditori ed ogni altro interessato possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla pubblicazione. 3. Il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato. 4. Il decreto del tribunale e' reclamabile alla corte di appello ai sensi dell'articolo 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese. 5. L'accordo acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione nel registro delle imprese.		1. <i>L'imprenditore in stato di crisi</i> può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un <i>professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)</i> sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei. 2. L'accordo é pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione. 3. <i>Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore. Si applica l'articolo 168, secondo comma.</i> 4. Entro trenta giorni dalla pubblicazione i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione. Il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato. 5. Il decreto del tribunale é reclamabile alla corte di appello ai sensi dell'articolo 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese.
ART. 182-TER L.F.		1. Con il piano di cui all'articolo 160 il debitore può proporre il pagamento, anche parziale, dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori, limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria anche se non iscritti a ruolo, ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea. La proposta può prevedere la dilazione del pagamento. Se il credito tributario e' assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori	1. Con il piano di cui all'articolo 160 il debitore può proporre il pagamento, anche parziale, dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori, limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria anche se non iscritti a ruolo, ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea. La proposta può prevedere la dilazione del pagamento. Se il credito tributario è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori

	che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali; se il credito tributario ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari. 2. Copia della domanda e della relativa documentazione, contestualmente al deposito presso il tribunale, deve essere presentata al competente concessionario del servizio nazionale della riscossione ed all'ufficio competente sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore, unitamente alla copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici nonché delle dichiarazioni integrative relative al periodo sino alla data di presentazione della domanda, al fine di consentire il consolidamento del debito fiscale. Il concessionario, non oltre trenta giorni dalla data della presentazione, deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso. L'ufficio, nello stesso termine, deve procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni ed alla notifica dei relativi avvisi di irregolarità, unitamente ad una certificazione attestante l'entità del debito derivante da atti di accertamento ancorché non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo, nonché da ruoli vistati, ma non ancora consegnati al concessionario. Dopo l'emissione del decreto di cui all'articolo 163, copia dell'avviso di irregolarità e delle certificazioni devono essere trasmessi al Commissario giudiziale per gli adempimenti previsti dall'articolo 171, primo comma, e dall'articolo 172. In particolare, per i tributi amministrati dall'agenzia delle dogane, l'ufficio competente a ricevere copia della domanda con la relativa documentazione prevista al primo periodo, nonché a rilasciare la certificazione di cui al terzo periodo, si identifica con l'ufficio che ha notificato al debitore gli atti di accertamento. 3. Relativamente ai tributi non iscritti a ruolo, ovvero non ancora	che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali; se il credito tributario ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari. 2. Copia della domanda e della relativa documentazione, contestualmente al deposito presso il tribunale, deve essere presentata al competente concessionario del servizio nazionale della riscossione ed all'ufficio competente sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore, unitamente alla copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici nonché delle dichiarazioni integrative relative al periodo sino alla data di presentazione della domanda, al fine di consentire il consolidamento del debito fiscale. Il concessionario, non oltre trenta giorni dalla data della presentazione, deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso. L'ufficio, nello stesso termine, deve procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni ed alla notifica dei relativi avvisi di irregolarità, unitamente ad una certificazione attestante l'entità del debito derivante da atti di accertamento ancorché non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo, nonché da ruoli vistati, ma non ancora consegnati al concessionario. Dopo l'emissione del decreto di cui all'articolo 163, copia dell'avviso di irregolarità e delle certificazioni devono essere trasmessi al Commissario giudiziale per gli adempimenti previsti dall'articolo 171, primo comma, e dall'articolo 172. In particolare, per i tributi amministrati dall'agenzia delle dogane, l'ufficio competente a ricevere copia della domanda con la relativa documentazione prevista al primo periodo, nonché a rilasciare la certificazione di cui al terzo periodo, si identifica con l'ufficio che ha notificato al debitore gli atti di accertamento. 3. Relativamente ai tributi non iscritti a ruolo, ovvero non ancora
--	---	---

ART. 182-TER L.F.		consegnati al concessionario del servizio nazionale della riscossione alla data di presentazione della domanda, l'adesione o il diniego alla proposta di concordato e' approvato con atto del direttore dell'ufficio, su conforme parere della competente direzione regionale, ed e' espresso mediante voto favorevole o contrario in sede di adunanza dei creditori, ovvero nei modi previsti dall'articolo 178, primo comma. 4. Relativamente ai tributi iscritti a ruolo e già consegnati al concessionario del servizio nazionale della riscossione alla data di presentazione della domanda, quest'ultimo provvede ad esprimere il voto in sede di adunanza dei creditori, su indicazione del direttore dell'ufficio, previo conforme parere della competente direzione regionale. 5. La chiusura della procedura di concordato ai sensi dell'articolo 181, determina la cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi di cui al primo comma. 6. Ai debiti tributari amministrati dalle agenzie fiscali non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 182-bis.	consegnati al concessionario del servizio nazionale della riscossione alla data di presentazione della domanda, l'adesione o il diniego alla proposta di concordato è approvato con atto del direttore dell'ufficio, su conforme parere della competente direzione regionale, ed è espresso mediante voto favorevole o contrario in sede di adunanza dei creditori, ovvero nei modi previsti dall'articolo 178, primo comma. 4. Relativamente ai tributi iscritti a ruolo e già consegnati al concessionario del servizio nazionale della riscossione alla data di presentazione della domanda, quest'ultimo provvede ad esprimere il voto in sede di adunanza dei creditori, su indicazione del direttore dell'ufficio, previo conforme parere della competente direzione regionale. 5. La chiusura della procedura di concordato ai sensi dell'articolo 181, determina la cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi di cui al primo comma. 6. Il debitore può effettuare la proposta di cui al primo comma anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis. La proposta di transazione fiscale è depositata presso gli uffici indicati nel secondo comma, che procedono alla trasmissione e alla liquidazione ivi previste. Nei successivi trenta giorni l'assenso alla proposta di transazione è espresso relativamente ai tributi non iscritti a ruolo, ovvero non ancora consegnati al concessionario del servizio nazionale della riscossione alla data di presentazione della domanda, con atto del direttore dell'ufficio, su conforme parere della competente direzione regionale, e relativamente ai tributi iscritti a ruolo e già consegnati al concessionario del servizio nazionale della riscossione alla data di presentazione della domanda, con atto del concessionario su indicazione del direttore dell'ufficio, previo conforme parere della competente direzione regionale, e relativamente ai tributi iscritti a ruolo e già consegnati al concessionario del servizio nazionale della riscossione alla data di presentazione della domanda, con atto del concessionario su indicazione del direttore dell'ufficio, previo conforme parere della competente direzione generale. L'assenso così espresso equivale a sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione
-------------------	--	--	--

2. INQUADRAMENTO GIURIDICO DELL'ISTITUTO: AUTONOMIA RISPETTO AL CONCORDATO PREVENTIVO

Fin dall'entrata in vigore della prima versione dell'art. 182 bis la questione più importante era quella di stabilire se gli accordi in argomento fossero un istituto giuridico autonomo oppure una sottospecie di concordato preventivo⁴.

L'ipotesi autonomistica sembrava trovare conferma anzitutto dalla collocazione sistematica della norma nell'ambito della legge fallimentare: si sosteneva infatti che l'aggiunta dell'inciso «e degli accordi di ristrutturazione» alla rubrica del Titolo III della stessa legge, volesse significare la creazione di un autonomo istituto a fianco, o meglio in alternativa, del concordato preventivo.

Ulteriore conforto veniva dal dettato dell'art. 67, comma 3, lett. e, L.F., in cui l'esenzione dall'azione revocatoria per gli atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione di accordi, ex art. 182-bis L.F., omologati, era inserita insieme ad analoga esenzione per gli stessi atti posti in essere in esecuzione di un concordato preventivo, peraltro preceduta dalla congiunzione «nonché», avvalorando la tesi dell'indipendenza dell'istituto.

Peraltro gli orientamenti giurisprudenziali intervenuti fino ad oggi propendono verso tale indirizzo, per cui il rinvio alla disciplina del concordato preventivo si attuerebbe solo per alcuni aspetti procedurali, tramite il richiamo all'art. 161 L.F., che fissa le modalità per la presentazione della documentazione, nonché con il rinvio all'art. 183 L.F., che disciplina il reclamo avverso il decreto di omologazione⁵.

Infine a consolidare questa impostazione si aggiunge ora l'introduzione al nuovo comma terzo dell'art. 182-bis della inibizione delle azioni esecutive e cautelari, previsione non necessaria in caso di qualificazione degli accordi in esame come sottospecie del concordato preventivo, che già gode di tale effetto protettivo.

L'impostazione autonomistica dell'istituto sembra, inoltre, maggiormente espressiva della volontà del legislatore che ha inteso, con la novella, rafforzare ed in qualche modo premiare l'autonomia privata e le intese già cristallizzate, prevedendo in tal caso per il debitore la facoltà di avvalersi di un procedimento omologatorio accelerato e di conseguire l'effetto di stabilizzazione, mediante esonero dalla revocabilità degli atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione dello stesso accordo⁶.

Quindi autonomia sì, seppure nell'ambito di una valenza privatistica imperfetta: non si tratta infatti di un vero e proprio concordato stragiudiziale, posto che la stabilizzazione degli atti conseguenti all'accordo non può prescindere da un giudizio di omologazione⁷.

⁴ Sul punto nessun ausilio forniva la relazione governativa al testo del D.L. 35/2005, che con riguardo alle modifiche della disciplina concorsuale concernenti l'introduzione del nuovo istituto, si limitava a dire ben poche parole: «il concordato (preventivo) diviene lo strumento attraverso il quale la crisi dell'impresa può essere risolta anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano ad oggetto la ristrutturazione dell'impresa»;

⁵ Si vedano: Tribunale di Milano 23 gennaio 2007; Tribunale di Roma 16 ottobre 2006; Tribunale Brescia 22 febbraio 2006; Tribunale Milano 21 dicembre 2005; Tribunale Bari 21 novembre 2005;

⁶ FERRO M. – Art. 182-bis, la nuova ristrutturazione dei debiti – Nuovo diritto delle società, Italia Oggi 2005 – pag. 23, 48-49;

⁷ FERRO M. – Art. 182-bis, la nuova ristrutturazione dei debiti – Nuovo diritto delle società, Italia Oggi 2005 – pag. 49, il quale, peraltro, ritiene che la stabilizzazione degli atti non possa altresì prescindere da un esame dell'accordo da parte di tutti i creditori.

3. I PRESUPPOSTI DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE

3.1. Presupposto soggettivo

In un primo momento, la norma faceva riferimento ad una non meglio precisata figura di «debitore», facendo sorgere il dubbio che fossero legittimati ad accedere all'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti anche l'imprenditore non assoggettabile a fallimento ed il debitore civile. Questa prima interpretazione è venuta a cadere, inizialmente, ammesso e non concesso che il legislatore ne avesse voluto dare un tale inquadramento, per un mancato coordinamento con le altre norme della legge fallimentare (artt. 1 e 160 L.F.), e in seguito a causa della sostituzione dell'incipit d'apertura all'art. 182-bis del D.Lgs. 169/2007 con l'inciso "L'imprenditore in stato di crisi".

Allo stato attuale, sembra pacifico che l'istituto degli accordi di ristrutturazione possa essere utilizzato esclusivamente da un imprenditore commerciale assoggettabile a fallimento, esercente l'attività in forma individuale ovvero societaria, dovendosi invece escludere l'imprenditore commerciale non assoggettabile a fallimento, l'insolvente civile, gli enti non commerciali e i professionisti⁸.

Il rinvio all'art. 161 L.F., in cui è presa in considerazione la sede dell'impresa ai fini della competenza territoriale, nonché il richiamo alla pubblicazione dell'accordo presso il registro delle imprese, consentono di individuare nell'imprenditore commerciale assoggettabile a fallimento il soggetto legittimato a concludere un accordo ai sensi dell'art. 182-bis.

I primi contributi giurisprudenziali⁹, confermano l'applicabilità della disciplina alle sole imprese indicate dall'art. 1 L.F., ovvero quelle assoggettabili al fallimento. In realtà, se è vero che l'istituto *de quo* trova collocazione all'interno della disciplina fallimentare, l'art. 1 L.F., anche come recentemente modificato, limita agli imprenditori commerciali non piccoli l'applicazione della sola disciplina del fallimento e del concordato preventivo, nulla prevedendo in merito agli accordi di ristrutturazione, che, come detto, sono da ritenersi cosa ben diversa e distinta dalla fattispecie concordataria. Il richiamo all'art. 1 L.F. non pare pertanto idoneo a giustificare l'esclusione di soggetti diversi dagli imprenditori commerciali, anzi il silenzio della legge in merito dovrebbe indurci alla soluzione opposta che si prospettava inizialmente. L'esclusione è semmai da ricercarsi nelle finalità dell'istituto.

Se è vero infatti che la ristrutturazione ha fra i suoi effetti quello di risolvere la crisi di impresa attraverso accordi negoziali con i creditori al fine di evitare la dichiarazione di fallimento e che, una volta omologato, gli atti esecutivi del suddetto accordo e i pagamenti effettuati sono esentati dalla revocatoria fallimentare, giusto il disposto dell'art. 67 L.F., sembra evidente che non vi sarebbe interesse per l'imprenditore piccolo o per il debitore civile a ricorrere all'istituto in parola, essendo gli stessi già sottratti per previsione normativa alla disciplina del fallimento e di conseguenza all'applicazione della revocatoria fallimentare.

Un aspetto che merita riflessioni è la posizione dei soci illimitatamente responsabili di società di persone, oltre alle problematiche relative alle conseguenze dell'accordo per eventuali coobbligati e garanti. Infatti, l'esclusione dell'istituto dal novero delle procedure concorsuali rende difficile l'estensione analogica a queste situazioni delle regole specifiche del fallimento e del concordato preventivo.

Appare quindi opportuno in presenza di simili problematiche operare sui contenuti delle pattuizioni, prevedendo, sia per la fase coperta dall' "ombrello protettivo" di cui al terzo comma dell'art. 182-bis, che con riguardo agli aspetti esecutivi dell'accordo, l'utilizzo delle cautele ammesse nell'ordinamento privato (ad esempio, ove occorra, facendo partecipare i garanti all'accordo stesso).

⁸ FERRO – Art. 182-bis, la nuova ristrutturazione dei debiti – Nuovo diritto delle società, Italia Oggi 2005 – pag. 50; e sempre lo stesso autore – La legge fallimentare, Commentario teorico-pratico – Cedam 2007;

⁹ BARBIERI A. – nota a Tribunale di Brescia 22 febbraio 2006, in Dir. Prat. Comm. 6/2006);

Il mantenimento del termine “debitore” nel comma terzo dell’art. 182-bis proprio con riguardo alla copertura da azioni esecutive e cautelari potrebbe forse non escludere la volontà del legislatore di creare una forma di tutela nelle fattispecie appena richiamate.

3.2. Presupposto oggettivo

Sotto il profilo oggettivo, pressoché all’unanimità i commentatori hanno da subito ritenuto che l’imprenditore commerciale stipulante l’accordo debba versare in stato di crisi, non ancora tradottosi in stato di insolvenza¹⁰, considerato, che il rinvio alla «dichiarazione» di cui all’art. 161 L.F. era riferibile esclusivamente all’auto-riconoscimento di trovarsi in stato di crisi previsto però dall’art. 160 L.F., presupposto obbligatorio per l’imprenditore che propone il ricorso per l’ammissione alla procedura di concordato preventivo. Il decreto «correttivo» 169/2007 ha risolto ogni dubbio con una chiara esplicitazione all’interno dello stesso art. 182-bis, dello “stato di crisi dell’imprenditore”.

Peraltro, il concetto giuridico di stato di crisi in materia fallimentare è stato oggetto di difformi interpretazioni, con particolare riferimento alla procedura di concordato preventivo.

Il legislatore aveva, in un primo tempo, omesso di dare una definizione di «crisi», per cui sia in dottrina che nei primi provvedimenti giurisdizionali si era creata una rilevante diatriba sulla circostanza se tale concetto fosse più ampio dell’insolvenza, così ricomprendendola in un rapporto da *genus a species*; ovvero se la crisi fosse incompatibile con l’insolvenza, rappresentando una situazione patrimoniale, economica o finanziaria tale da determinare solo un rischio di insolvenza¹¹. Va in proposito evidenziato che il concetto di insolvenza, come definito dal vigente art. 5 L.F. e dalla giurisprudenza, è essenzialmente un concetto giuridico, posto che sotto il profilo aziendalistico una crisi, di qualunque natura essa sia secondo la tassonomia esposta nel prosieguo, è sempre risolvibile in presenza degli opportuni correttivi che possano consentirne il superamento¹².

Opportunamente il Governo, con l’art. 36 del decreto legge c.d. «milleproroghe» del 30 dicembre 2005, n. 273, ha aggiunto all’art. 160 L.F. dopo il primo comma la seguente definizione: «*Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*», ponendo così fine a qualsiasi ulteriore conflittualità sulla questione, che era sembrata da subito di particolare rilevanza.

Del resto, fatta eccezione per alcuni isolati difformi orientamenti, va detto che la gran parte delle prime pronunce giurisprudenziali hanno da subito avallato tale impostazione, accedendo ad una nozione di crisi che, pur ricomprendendo l’insolvenza irreversibile, non si esaurisca in essa, ma possa attenersi anche a situazioni di squilibrio economico o di difficoltà finanziaria non ancora sfociate nell’insolvenza¹³⁻¹⁴. Si tratta, pertanto, di una nozione tesa all’ampliamento nel novero delle situazioni oggettive di accesso alla procedura di concordato preventivo, comprendente situazioni di difficoltà imprenditoriale di varia tipologia (finanziaria, economica o patrimoniale, esogena o endogena, reversibile o irreversibile) che possono variare da stati di squilibrio economico-finanziario non ancora tradottisi in insolvenza fino a stati di insolvenza irreversibile rilevanti anche ex art. 5 L.F.¹⁵.

Quindi ogni crisi, anche se già manifestata con fatti sintomatici dell’insolvenza giuridicamente qualificata, è suscettibile di risanamento; il che tuttavia non significa che l’istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti possa essere convenientemente utilizzato e che quindi si presti a risolvere ogni tipologia di crisi aziendale.

¹⁰ Così anche Tribunale di Bari 21 novembre 2005, cit;

¹¹ Si veda in tal senso, l’art. 2, lett. h, dello schema di disegno di legge di riforma delle procedure concorsuali redatto dalla c.d. «Commissione Trevisanato»;

¹² LACCHINI – Le valutazioni del capitale nelle procedure concorsuali – Giuffrè 2000 – pag. 70, 189 ss;

¹³ In tal senso, Tribunale di Pescara 20 ottobre 2005;

¹⁴ Nello stesso senso, Tribunale di Bologna 15 novembre 2005, secondo cui le due procedure alternative, fallimento e concordato preventivo, entrambe nella prospettiva dell’imprenditore dissestato, debbono ovviamente trovare presupposti sostanzialmente «fungibili» fra loro;

¹⁵ Tribunale di Pescara 30 settembre/13 ottobre 2005, in www.tribunaledimonza.net.

4. CARATTERISTICHE DEL CONTRATTO SOTTOSTANTE L'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

4.1. Finalità degli accordi di ristrutturazione dei debiti e causa del contratto

Con riferimento alla finalità attribuibile agli accordi di ristrutturazione, si rileva che finora si sono delineate diverse posizioni in dottrina e giurisprudenza:

- secondo un certo orientamento la “*funzione economico sociale*” dell’accordo di ristrutturazione va ricercata nella sopravvivenza del complesso produttivo e nella continuazione dell’impresa, in quanto l’accordo, per definizione normativa, non è finalizzato all’estinzione dei debiti, ma alla loro “*ristrutturazione*”, che può anche realizzarsi mediante parziali estinzioni, ma sempre in funzione di un riequilibrio economico-finanziario dell’impresa e non in funzione dell’estinzione delle passività¹⁶;
- secondo altro orientamento, va piuttosto sottolineata la volontà del legislatore di valorizzare alternative privatistiche rispetto alle procedure concorsuali, che si sono manifestate troppo costose e rigide, il tutto nel chiaro intento di impedire la dispersione e la distruzione di ricchezza aziendale, entrambe conseguenti ad una gestione in un’ottica esclusivamente liquidatoria dell’insolvenza, anche assecondando la capacità di taluni creditori fondamentali, quali le banche, nel promuovere e gestire il superamento della crisi d’impresa¹⁷.

Dal mero esame letterale del dettato normativo, che peraltro presta particolare importanza al “*regolare pagamento dei creditori estranei*”, sembra poter dedurre che gli accordi di ristrutturazione dei debiti rispondono quantomeno alla finalità di superare uno stato contingente di crisi aziendale, che si manifesta tipicamente nella difficoltà di adempimento nei rapporti debitori, grazie al recupero dell’efficienza indispensabile alla mera soddisfazione delle ragioni creditorie, ossia alla riacquisita capacità di adempiere alle proprie obbligazioni¹⁸. Il legislatore non sembra aver voluto attribuire alcuna rilevanza ai possibili orizzonti prefigurabili successivamente all’omologa dell’accordo, anche se, evidentemente, la richiesta di garanzia della fattibilità dell’accordo sta ad indicare che il ridimensionamento discrezionale delle pretese del ceto creditorio deve esser tale da consentire all’impresa debitrice di mantenere la propria posizione sul mercato, salvaguardando così la continuità e la fattività degli scambi commerciali e conservando l’unità aziendale, perlomeno per il tempo strettamente necessario all’esecuzione dell’accordo medesimo.

Tale caratterizzazione consente di inquadrare l’istituto in esame su di un piano intermedio rispetto al piano attestato di risanamento di cui all’art. 67, comma 3 lett. d), della L.F. e al concordato preventivo di cui agli artt. 160 e ss. della L.F. Con riferimento al primo, infatti, il legislatore ha previsto esplicitamente il perseguimento degli obiettivi del risanamento dell’esposizione debitoria e del riequilibrio della situazione finanziaria dell’impresa: sembra pertanto si tratti di istituto rivolto ad aziende cadute in crisi finanziaria reversibile, ancora passibili di essere “*sanate*”, ossia di

¹⁶ Cfr. PROTO C. – Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Fall. 2/2006 – pag. 130 e ss.; CAIAFA A. – Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione, nota a Tribunale di Bari 21 novembre 2005 – Dir. Fall. 3-4/2006;

¹⁷ Cfr. FERRO M. – Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti, nota a Tribunale di Roma 7 luglio 2005 – Nuovo Dir. Soc. 24/2005 – pag. 49 e ss.; JEANTET L. – L’accordo di ristrutturazione dei debiti e la privatizzazione dell’insolvenza, nota Tribunale di Bari 21 novembre 2005 – Giur. Comm. 2/2007 – pag. 212 e ss;

¹⁸ Cfr. CAIAFA A. – Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione, nota a Tribunale di Bari 21 novembre 2005 – Dir. Fall. 3-4/2006; FABIANI M. – Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: l’incerta via italiana alla “reorganization”, nota a Tribunale di Bari 21 novembre 2005 – Foro It. 1/2006; cfr. anche Tribunale di Bari 21 novembre 2005 – Fallimento 2/2006, il quale sostiene che “L’accordo ex art. 182 bis legge fallimentare è quindi caratterizzato dall’intervento di una pluralità di creditori che si riconoscono in un piano di ristrutturazione che ha il precipuo obiettivo di prevenire o rimuovere lo stato di insolvenza nel quale versa una società in crisi”;

recuperare la vitalità necessaria in vista di una permanenza sul mercato. Con riferimento al concordato, invece, è opportuno evidenziare che, trattandosi di vera e propria procedura concorsuale, nella maggior parte dei casi non sembra poter essere dissociato da una finalità liquidatoria ed estintiva del soggetto giuridico interessato. Evidentemente ciò non comporta necessariamente lo smembramento dell'unitarietà aziendale, laddove l'azienda, mondata e alleggerita dei «*rami secchi*», potrà permanere sul mercato se gestita da soggetti estranei alla crisi, capaci di garantire quella discontinuità della gestione che genera credibilità agli occhi degli stakeholders e soprattutto dei finanziatori e dei fornitori.

Come detto, in relazione agli accordi di ristrutturazione, il legislatore sembra aver attribuito particolare enfasi alla finalità di mera soddisfazione delle ragioni creditorie, senza connotare l'istituto con finalità di risanamento a lungo termine ovvero di liquidazione. Pertanto tale istituto può essere legittimamente impiegato per perseguire entrambe i predetti scopi, ben potendo, sotto un profilo meramente teorico, risultare utile sia per il salvataggio di aziende che non hanno ancora superato il punto di “*non ritorno*”, sia per liquidare realtà imprenditoriali oramai decotte. Tuttavia, si ritiene che, come e per le stesse ragioni esposte in relazione al concordato preventivo, anche l'istituto degli accordi di ristrutturazione abbia in concreto finalità più frequentemente liquidatorie, seppur in senso lato, e non possa quindi essere funzionale nella maggior parte dei casi ad una prosecuzione della gestione aziendale in capo al medesimo soggetto imprenditoriale o giuridico che abbia condotto l'azienda alla crisi. Infatti quest'ultimo risulta spesso privato della credibilità dei terzi sulle proprie capacità imprenditoriali – e quindi dell'attitudine di attrarre la finanza necessaria per il mantenimento dell'azienda sul mercato – non solo di fronte ai creditori coinvolti nel tentativo di formazione dell'accordo, ma anche di fronte all'intero mercato, a causa della pubblicità data alla crisi stessa nel corso ed in esecuzione della fase giudiziale. Le difficoltà connesse alla continuazione soggettiva dell'impresa in crisi si amplificano ulteriormente se si considera che la normativa attualmente non favorisce l'erogazione di “nuova finanza”, non disponendo specifiche regole di prededucibilità e non ritenendo possibile richiamare, a seguito del prevalere della tesi autonomistica, quanto previsto nell'ambito del concordato preventivo.

4.2. Oggetto e forma del contratto

Con riferimento all'oggetto dell'istituto, si osserva che la locuzione “*ristrutturazione dei debiti*” indica, in via di prima approssimazione, non l'estinzione dei debiti dell'impresa, ma la modifica della “*struttura*”, ossia degli elementi più caratterizzanti, quali la scadenza, gli interessi, l'ammontare, le garanzie. Pertanto, data l'ampiezza del termine impiegato, nessuna modalità di realizzazione dello stesso sembra preclusa alle parti, e di conseguenza il contenuto degli accordi dipenderà dagli obiettivi perseguiti dalle parti, anche in ragione della natura della crisi che ha colpito l'imprenditore¹⁹.

In base a corrette regole economico-aziendali, pare ragionevole ritenere che, laddove la crisi si manifesti come momentanea carenza di liquidità e tensione finanziaria, la rimozione della stessa sarà perseguita tramite, in ordine crescente:

- cessione di beni, titoli, crediti;
- accordi di natura dilatoria, fissando una scadenza posticipata per l'adempimento del debitore;
- patti di consolidamento dei debiti, qualora invece i creditori si impegnino a non richiedere il pagamento spettategli prima di un certo termine ovvero acconsentano ad un pagamento rateale senza interessi o con interessi contenuti;

¹⁹ A titolo meramente esemplificativo basti richiamare quanto citato nell'art. 160 della L.F. in tema di contenuto del piano di concordato preventivo, che prevede “*la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito*”;

- remissioni del debito, qualora i creditori acconsentano ad una parziale estinzione dell'obbligazione originaria, ovvero transazioni, qualora il debito originario sia in contestazione e le parti si accordino per farsi reciproche concessioni;
- vera e propria riconversione dei debiti tramite un'assegnazione ai creditori di titoli di debito appositamente emessi dal creditore.

Il tutto può evidentemente essere accompagnato dalla richiesta di concessione di nuova finanza seppur con i rischi sopra richiamati.

Laddove la crisi si manifesti invece come sbilancio patrimoniale negativo, cioè come vera e propria insufficienza delle attività a far fronte alle passività, che necessariamente si ricollega ad una situazione di crisi di natura economica, a prescindere dall'intenzione di rilanciare o liquidare l'azienda, occorrerà evidentemente ripristinare l'equilibrio patrimoniale, perseguendo, insieme od in alternativa alle modalità sopra descritte:

- la ricapitalizzazione dell'impresa mediante la diretta conversione delle posizioni creditorie in partecipazioni dell'impresa in crisi, grazie ad aumenti di capitale riservati, ben potendosi provvedere all'emissioni di azioni speciali;
- la decurtazione del passivo, attraverso la remissione parziale dei debiti.

Infine, laddove sia opportuno separare determinate attività redditizie dall'azienda in crisi, è possibile, ad esempio:

- attribuire determinati beni aziendali ad un trust o ad una società fiduciaria, affinché provveda alla liquidazione o alla gestione degli stessi a vantaggio dei creditori;
- attribuire le attività aziendali ad un assuntore, laddove possono costituirsi come tali anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto dell'accordo.

Ovviamente, la prestazione di garanzie a rafforzamento della pretesa creditoria rende maggiormente appetibile e credibile il buon esito degli accordi di ristrutturazione.

Il contratto, una volta concluso, può essere idoneo a produrre immediatamente i suoi effetti tra le parti, oppure può essere strutturato in maniera tale da richiedere successivi negozi attuativi, come ad esempio accade per le operazioni più complesse, quali la riconversione dei debiti tramite un'assegnazione ai creditori di titoli di debito appositamente emessi dal debitore, oppure la ricapitalizzazione dell'impresa mediante la diretta conversione delle posizioni creditorie in partecipazioni dell'impresa in crisi, piuttosto che l'attribuzione delle attività aziendali ad un assuntore; in tal caso il contratto assume natura di "*accordo quadro*".

Con riferimento all'oggetto del contratto sottostante agli accordi di ristrutturazione e alla sorte dell'obbligazione originaria, giova rammentare che, in relazione al contenuto del medesimo, si potranno verificare:

- la novazione dell'obbligazione originaria, ai sensi dell'art. 1230 del c.c., e quindi, la sostituzione di un'obbligazione con un'altra, come nel caso della conversione delle posizioni creditorie in partecipazioni dell'impresa in crisi, con tutte le conseguenze giuridiche che ne derivano, quali ad esempio l'estinzione di privilegi, pegni ed ipoteche del credito originario ai sensi e con le limitazioni di cui all'art. 1232 del c.c.; l'*animus novandi* deve risultare in modo non equivoco dal contratto;
- una modificazione accessoria dell'obbligazione, che, ai sensi dell'art. 1231 del c.c., non produce novazione per mancanza del requisito dell'*aliquid novi*, come ad esempio la modifica del termine nel caso della pattuizione di una dilazione di pagamento²⁰;

²⁰ Cfr. Tribunale di Bari 21 novembre 2005 – Fallimento 2/2006, che, nell'individuare la più comune operazione di ristrutturazione dei crediti in una moratoria nel pagamento dei debiti scaduti ovvero in una modifica dei termini contrattuali del debito originario, ossia un "pactum de non petendo", ribadisce che la stipulazione del patto non determina l'estinzione dell'originario rapporto obbligatorio, in quanto i crediti risultano temporaneamente inesigibili ma non estinti, incidendo solamente sulle modalità di esecuzione dell'obbligazione preesistente, senza alcuna alterazione dell'oggetto e del titolo;

- una *datio in solutum* ai sensi degli artt. 1197 e 1198 del c.c., che comporta l'estinzione dell'obbligazione originaria in modo soddisfacente, ad esempio nel caso di cessione di beni, titoli, crediti in luogo delle somme di denaro originariamente pattuite;
- un'estinzione, anche parziale, dell'obbligazione, in caso di remissione del debito ai sensi dell'art. 1236 del c.c., laddove si rammenta che, in base al principio generale dell'*"accessorium sequitur principale"*, il venire meno dell'obbligazione originaria comporta la caducazione delle garanzie.

La questione, evidentemente, non riveste un mero interesse teorico, ma comporta rilevanti conseguenze giuridiche con le relative implicazioni operative, principalmente con riferimento agli effetti della stipula degli accordi di ristrutturazione sui coobbligati e garanti, dell'imprenditore debitore principale, come sopra evidenziato, ma anche in relazione alla eventuale reviviscenza dell'obbligazione originaria, in caso di inadempimento del contratto sottostante agli accordi di ristrutturazione da parte dell'imprenditore.

Per quanto attiene alla forma del contratto, l'art. 182-bis della L.F. non prevede espressamente alcun particolare requisito. Peraltro, sotto un profilo sistematico sorge il bisogno di fornire una risposta da un lato all'esigenza di identificazione certa della maggioranza dei consenzienti e dell'autenticità dei consensi, al fine di evitare impieghi abusivi dell'istituto in situazioni già di per sé delicate, dall'altro alla necessità di individuare univocamente la data di perfezionamento civilistico dell'accordo. È necessario pertanto chiarire per via interpretativa innanzitutto se sia possibile colmare la lacuna della norma in tema di formalizzazione dell'accordo, ed in secondo luogo se sia corretto ipotizzare per gli accordi di ristrutturazione una particolare forma *ad probationem*.

Con riferimento al primo dei predetti interrogativi, è agevole osservare che la forma scritta costituisce pacificamente requisito essenziale, considerato che gli accordi di ristrutturazione devono essere depositati presso la cancelleria del tribunale e pubblicati nel Registro delle Imprese, come peraltro sottolineato dalla giurisprudenza²¹ e da unanime dottrina. Evidentemente, nel momento in cui le parti decidono di concludere un accordo da omologare e, quindi, da rendere pubblico, implicitamente, ma inequivocabilmente richiedano anche la forma scritta, che pertanto diventa un requisito di validità, quale forma convenzionale, ai sensi dell'art. 1352 del c.c.²².

Riguardo al secondo interrogativo, pare superfluo osservare preliminarmente che la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata permane obbligatoria a pena di nullità per gli atti per i quali è prevista dalla legge *ad substantiam*. Resta da capire se tale forma possa essere richiesta anche in relazione agli atti diversi da quelli sopra citati. Sul punto non vi è accordo in giurisprudenza, il Tribunale di Bari rileva la necessità che le sottoscrizioni degli aderenti all'accordo debbano essere autenticate e certificate da un soggetto dotato di tale potere, al fine di *"valorizzare la genuinità della manifestazione della volontà dei creditori"*²³, mentre il Tribunale di Roma, al contrario, ha ritenuto sufficiente la produzione di un documento scritto firmato in originale – e non quindi di una mera copia – seppur non autenticato²⁴. Parte della dottrina, criticando la prima delle pronunce citate, ha precisato che il *"requisito suppletivo della sottoscrizione autenticata può essere preteso solo in dipendenza del contenuto dell'accordo, e, pertanto, della disponibilità del diritto sostanziale negoziato"*²⁵.

La necessità dell'autenticazione notarile delle sottoscrizioni non sembra desumibile neppure per via interpretativa anche a seguito di un esame attento della norma: la traccia lessicale tratta dall'espressione normativa *"accordo ... stipulato con i creditori"* sembra troppo labile per riferirsi alle competenze di un pubblico ufficiale, inoltre il fatto che l'accordo debba essere presentato per

²¹ Cfr. Tribunale di Roma 7 luglio 2005 – Nuovo Dir. Soc. 24/2005; Tribunale di Bari 21 novembre 2005 – Foro It. 1/2006; Tribunale di Brescia 22 febbraio 2006 – Fallimento 6/2006;

²² PROTO C. – Gli accordi di ristrutturazione dei debiti – Fallimento 2/2006 – pag. 132;

²³ Tribunale di Bari 21 novembre 2005 – Foro It. 1/2006;

²⁴ Tribunale di Roma 7 luglio 2005 – Nuovo Dir. Soc. 24/2005;

²⁵ Cfr. CAIAFA A. – Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione, nota a Tribunale di Bari 21 novembre 2005 – Dir. Fall. 3-4/2006; JEANTET L. – L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la privatizzazione dell'insolvenza, nota a Tribunale Bari 21 novembre 2005 – Giur. Comm. 2/2007;

l'omologa già stipulato pare escludere il coinvolgimento del cancelliere – presso cui si deposita – o del conservatore del Registro delle Imprese – presso cui si pubblica, oltre che del Tribunale chiamato a decretare l'omologazione, ed infine, non sembra possibile attribuire tale fidefacienza sostitutiva al professionista che attesta l'attuabilità dell'accordo cui sembra devoluta altra funzione nell'ambito dell'istituto in esame²⁶, e di cui si dirà nel paragrafo a tale tema dedicato. La questione si pone ai fini del deposito presso il Tribunale nonché al fine dell'espletamento degli adempimenti camerali di pubblicazione presso il Registro delle Imprese²⁷.

4.3. La formazione dell'accordo

Con riferimento alla natura contrattuale degli accordi di ristrutturazione, giova rammentare il dibattito sorto in passato sul tema in relazione ai normali accordi stragiudiziali, che, in estrema sintesi, ha visto il profilarsi di due tesi opposte:

- la tesi che valorizza l'autonomia e la separatezza dell'accordo sorto tra imprenditore debitore e ciascun creditore, sostenendo che gli accordi stragiudiziali di ristrutturazione si formino attraverso una serie di negozi autonomi, e che siano in concreto costituiti da un insieme di negozi bilaterali²⁸;
- la tesi unitaria che, al contrario, vede in ogni accordo stragiudiziale un contratto plurilaterale caratterizzato dalla coincidenza dei vari interessi tendenti ad uno scopo comune, laddove le parti contrapposte sono l'imprenditore debitore proponente da un lato e i creditori, suddivisi o meno in classi, dall'altro²⁹.

La medesima dicotomia si va riproponendo anche con riferimento agli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F., laddove in dottrina e giurisprudenza si rinvencono ad oggi le posizioni più eterogenee: alcuni considerano gli accordi di ristrutturazione quali *“pluralità di negozi separatamente conclusi dall'imprenditore”*³⁰ o *“contratti bilaterali plurisoggettivi”*³¹, secondo taluni *“a causa unitaria”*³², secondo talaltri dotati di autonomia causale³³; altri, al contrario, considerano che gli accordi di ristrutturazione abbiano la natura di *“contratto consensuale plurilaterale”*³⁴ o *“unico, atipico contratto plurilaterale con comunione di scopo”*³⁵; altri infine

²⁶ Cfr. FERRO M. – Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti, nota a Tribunale di Roma 7 luglio 2005 – Nuovo Dir. Soc. 24/2005; contra, con riferimento al fatto che il professionista debba attestare;

²⁷ Secondo NARDECCHIA G.B. – Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, nota a Tribunale di Brescia 22 febbraio 2006, e Tribunale di Milano 21 dicembre 2005 – Fallimento 6/2006. L'orientamento della Camera di Commercio di Livorno, le cui istruzioni in materia di accordi di ristrutturazione sono consultabili sul sito www.li.camcom.it prevede la forma della scrittura privata autenticata.

²⁸ Cfr. per la dottrina DOMENICHINI G. – Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato d'insolvenza – Fallimento 1996 – pag. 840 ss; PERRONE D. – Insolvenza, pactum de non petendo e creditori pretermessi – Fallimento 1992 – pag. 661 ss. La giurisprudenza, ha qualificato l'accordo stragiudiziale appunto come un fascio di negozi bilaterali tra il debitore e il singolo creditore che sottoscrive (cfr. Cass. 16 marzo 1979, n. 1562, in Foro It. 1980, I. 410).

²⁹ OLIVA P. – Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione – Fallimento 1999 – pag. 825; sulla natura giuridica dei concordati stragiudiziali vedi FRASCAROLI SANTI E. – voce Concordato stragiudiziale, in Digesto commerciale, Torino, 1988 – pag. 283 ss;

³⁰ Cfr. CAIAFA A. – Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione, nota a Tribunale di Bari 21 novembre 2005 – Dir. Fall. 3-4/2006 e PRESTI G. – L'art. 182-bis al primo vaglio giurisprudenziale, nota a Tribunale di Bari 21 novembre 2005 – Fallimento 2/2006 – pag. 169;

³¹ Cfr. FERRO M. – Art. 182-bis, la nuova ristrutturazione dei debiti, nota a Tribunale di Roma 7 luglio 2005 – Nuovo Dir. Soc. 24/2005; DE CRESCIENZO U. - PANZANI L. – Il nuovo diritto fallimentare, Milano, 2005 – pag. 66;

³² Cfr. Tribunale di Milano 23 gennaio 2007 – Fallimento 6/2007 – pag. 702;

³³ PROTO C. – Gli accordi di ristrutturazione dei debiti – Fallimento 2/2006 – pag. 130 e ss. e GEMINO L. – Gli accordi di ristrutturazione dei debiti – Dir. Prat. Comm. 6/2006 – pag. 987;

³⁴ Cfr. Tribunale di Brescia 22 febbraio 2006 – Fallimento 6/2006 – pag. 669 e adesivamente NARDECCHIA G.B. – Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, nota a Tribunale di Brescia 22 febbraio 2006 – Tribunale di Milano 21 dicembre 2005 – Fallimento 6/2006 – pag. 673 e ss. e BARBIERI A. – nota a Tribunale di Brescia 22 febbraio 2006 – Dir. Prat. Comm. 6/2006 – pag. 1004;

ritengono ammissibili dalla norma entrambe le possibilità, propendendo variamente per preferire l'una o l'altra nell'attuazione pratica³⁶.

Passando in rapida rassegna i casi concreti finora conosciuti di accordi di ristrutturazione presentati per l'omologa al Tribunale, sembra che l'imprenditore ricorrente in almeno quattro casi degli otto noti abbia presentato una pluralità di accordi costituenti documenti tra loro distinti³⁷ e non un unico contratto costituente un documento unitario, mentre nei restanti casi non sussistono gli elementi sufficienti per identificare la tipologia di accordo depositato. Dalla lettura dei relativi decreti o ordinanze dei diversi Tribunali, sembra che la circostanza di aver depositato una pluralità di accordi non abbia in alcun modo influenzato l'esito del giudizio di omologazione, peraltro non sempre conclusosi positivamente, ma a causa di altre esplicite motivazioni.

La scelta dell'una o dell'altra tipologie contrattuali prospettate è ben lungi dall'avere un mero interesse teorico, anzi, al contrario, presenta evidenti rilevanti conseguenze con riferimento alle norme applicabili alla fattispecie e altrettanti riflessi operativi, soprattutto in relazione:

- a) alla modalità di formazione e conclusione del contratto;
- b) alla possibilità di adesioni successive;
- c) al contenuto dell'accordo e alla sua conoscibilità in capo alle parti, con effetti sulla legittimazione all'azione di opposizione all'omologa del tribunale;
- d) all'invalidità e alla risoluzione del contratto, dal momento che ai contratti plurilaterali si applica la disciplina speciale prevista negli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c..

Con riferimento alle modalità di formazione e conclusione del contratto costituente l'accordo di ristrutturazione, qualora si ritenga di attribuire al medesimo natura di contratto plurilaterale, si deve ritenere che dall'applicazione dei principi generali contenuti negli artt. 1326 e 1328 del c.c. discendano le seguenti conseguenze:

- la proposta deve essere rivolta a ciascuno dei futuri eventuali accettanti; ciò tuttavia non comporta che l'imprenditore debba proporre l'accordo di ristrutturazione a tutti i creditori esistenti ad una determinata data, ben potendo selezionare un gruppo più ristretto, bensì ha implicazioni sul contenuto dell'accordo, che verranno esposte nel prosieguo;
- la conclusione del contratto deve essere individuata nel momento in cui ciascuna delle accettazioni sia conosciuta non solo dal proponente, ma anche da tutti gli altri accettanti; in quest'ottica, il Tribunale di Brescia³⁸ ha ritenuto di individuare quale momento di conclusione del contratto la data della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, la quale garantirebbe che l'ultima accettazione giunga a conoscenza di tutte le altre parti, interpretando in maniera lineare il disposto dell'art. 182-bis, secondo comma, della L.F., altrimenti dal significato alquanto ostico, nel senso che da tale data decorre l'efficacia civilistica del contratto;
- secondo un certo orientamento dottrinale, la revoca dell'accettazione, anche se precedente alla conclusione del contratto, e, del pari, la revoca della proposta da parte del proponente, successiva anche ad una sola accettazione potrebbe generare responsabilità pre-contrattuale in capo al revocante.

³⁵ Cfr. PROTO C. – Gli accordi di ristrutturazione dei debiti – Fallimento 2/2006 – pag. 130 e ss. e PRESTI G. – Gli accordi di ristrutturazione dei debiti – Banca, Borsa, Tit. Cred. 2006, I, 36;

³⁶ Cfr. FABIANI M. – Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla "reorganization", nota a Tribunale di Bari 21 novembre 2005 – Foro It. 1/2006; GEMINO L. – Gli accordi di ristrutturazione dei debiti – Dir. Prat. Comm. 6/2006 – pag. 987; DE SENSI V. – La ristrutturazione dell'impresa in crisi, una comparazione tra diritto italiano e statunitense – LUISS GUIDO CARLI 2006 – pag. 60 ss; CNDC COMMISSIONE PROCEDURE CONCORDSUALI GRUPPO DI LAVORO DECRETI COMPETITIVITA' – Protocollo piani di risanamento e ristrutturazione; relazioni del professionista: profili organizzativi e principi di comportamento nell'ambito delle procedure di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piano di risanamento attestato – 2006 – pag. 26;

³⁷ Cfr. Tribunale di Bari 21 novembre 2005 - Dir. Fall. 3-4/2006 e Tribunale di Roma – 7 luglio 2005 – Nuovo Dir. Soc. 24/2005 – Tribunale di Brescia 10 maggio 2006 e Tribunale di Milano 23 gennaio 2007 – Fallimento 6/2007;

³⁸ Cfr. Tribunale di Brescia 22 febbraio 2006 – Fallimento 6/2006;

Qualora invece si attribuisca agli accordi di ristrutturazione natura di contratto bilaterale, evidentemente la conclusione deve ritenersi perfezionata nel momento in cui il proponente ha conoscenza dell'accettazione, da verificarsi con i metodi ordinari in relazione a ciascuno dei singoli patti intercorsi tra imprenditore e creditori.

In relazione alla problematica dell'ammissibilità delle adesioni successive alla conclusione del contratto ai sensi dell'art. 1332 del c.c., vale la pena rammentare che tale fattispecie si verifica propriamente con riferimento a contratti plurilaterali con comunione di scopo, qualora, a seguito di apposizione di clausola *ad hoc*, tali contratti siano qualificabili come "*aperti*", con la precisazione, peraltro, che in dottrina si ritiene che l'adesione debba rivestire la medesima forma del contratto originario. Nel caso degli accordi di ristrutturazione, l'ammissibilità di tali adesioni successive e la loro riconducibilità all'alveo della procedura di cui all'art.182-bis L.F. sembrano giustificate dal collegamento con un accordo già stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti e preventivamente depositato, come richiesto dalla norma, il quale, insieme a tali adesioni, costituisce un *unicum* contrattuale. Ciò vale essenzialmente ad avvalorare la tesi che anche a tali pattuizioni possa applicarsi l'esenzione da revocatoria³⁹, purché intervenute anteriormente all'omologazione da parte del tribunale, sebbene rimanga dubbio se e come le adesioni medesime debbano essere assoggettate alla prevista formalità di pubblicazione nel Registro delle Imprese, necessaria per il contratto cui si collegano, e se, del caso, la mancanza di tale adempimento possa inficiare l'ottenimento della predetta esenzione.

Al contrario, qualora l'imprenditore concluda un insieme di pattuizioni bilaterali, non ha alcun senso parlare di adesioni successive, trattandosi piuttosto di pattuizioni aggiuntive ed autonome, della cui ammissibilità si potrebbe pertanto dubitare, con riferimento all'ottenimento dell'esenzione da revocatoria, nonché alla rilevanza ai fini del raggiungimento della percentuale minima di consensi prevista dalla Legge, perché prive di qualsivoglia collegamento con gli accordi precedentemente depositati e pertanto non rispettose della procedura di cui all'art. 182-bis, a meno di ammettere la possibilità di depositi plurimi alla cancelleria del Tribunale e al Registro delle Imprese fino alla data dell'omologazione.

Per quanto attiene il contenuto dell'accordo e la sua conoscibilità alle parti, dall'applicazione dei principi generali in tema di formazione del contratto deriva che, qualora l'accordo di ristrutturazione assuma la forma del contratto plurilaterale con comunione di scopo, l'imprenditore debba formulare la medesima offerta a tutti i destinatari della proposta, ovvero, laddove si ritengano ammissibili trattamenti differenziati in capo a creditori diversi, l'esistenza di tali differenti offerte debba essere portata alla conoscenza di tutti i destinatari medesimi, dal momento che tutte le pattuizioni costituiscono parte integrante di un unico contratto. Tale circostanza, evidentemente, costituisce una complicazione rilevante al buon esito delle trattative, poiché i destinatari delle proposte meno vantaggiose, qualora detentori di una quota di credito determinante ai fini dell'ottenimento della percentuale richiesta dall'art. 182-bis della L.F., avranno tutto l'interesse a far valere la propria posizione per ottenere un adeguamento al rialzo. Di conseguenza, il proponente sarà chiamato a strutturare l'accordo e a gestire le trattative nella massima trasparenza, fornendo esplicita e motivata giustificazione delle diversità di trattamento eventualmente previste, anche in ragione della sostenibilità prospettica dell'accordo stesso. Nel caso in cui l'imprenditore proponente non adempia ai predetti doveri di trasparenza, si ritiene che la fattispecie possa integrare una causa di annullabilità del contratto, in particolare con riferimento al vizio del consenso carpito con dolo, ai sensi dell'art. 1439 del c.c.; inoltre, l'esistenza di trattamenti differenziati e non comunicati ai destinatari della proposta costituisce senza alcun dubbio legittimazione all'esercizio dell'azione di opposizione all'omologa in capo al creditore che abbia aderito all'accordo di ristrutturazione nell'ignoranza di tale circostanza, volutamente imputabile al proponente.

Diversamente, qualora l'accordo di ristrutturazione assuma la forma del contratto bilaterale stipulato dall'imprenditore con i singoli creditori, dovrebbe ritenersi ammissibile la possibilità di trattamenti differenziati, senza che da ciò discenda la sussistenza di un obbligo di informazione in

³⁹ Cfr. PROTO C. – Gli accordi di ristrutturazione dei debiti – Fallimento 2/2006 – pag. 132;

capo al proponente, e di qui l'annullabilità del contratto o la legittimazione all'esercizio dell'azione di opposizione in capo al creditore aderente, insoddisfatto del proprio trattamento in ragione del confronto con quello più vantaggioso riservato ad altri creditori divenuto conoscibile con la pubblicazione dell'accordo nel R.I.. Sembra infatti ragionevole ritenere che in questo caso gravi sul creditore l'onere di informarsi adeguatamente prima di prestare il proprio consenso.

4.4. I requisiti degli accordi di ristrutturazione previsti dall'art. 182-bis della L.F.

Come anticipato in precedenza, l'art. 182-bis, primo comma, L.F. prevede che l'accordo di ristrutturazione debba rispettare due specifici requisiti per poter rientrare nella procedura regolata dalla norma, e godere dei vantaggi che ne conseguono, ossia, lo rammentiamo, in favore dei creditori aderenti l'esenzione da revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lett. e), L.F., nonché, a favore dell'imprenditore ricorrente, l'apertura dell'“*ombrello protettivo*” costituito dal temporaneo divieto dell'inizio o del proseguimento delle azioni cautelari od esecutive sul suo patrimonio, in forza dell'art. 182-bis, terzo comma, L.F. A tal fine, la norma prevede:

- in primo luogo il raggiungimento di una percentuale minima di adesione all'accordo di creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti;
- in secondo luogo, al fine di tutelare adeguatamente le parti non coinvolte nell'accordo, che subiscono un depauperamento del patrimonio su cui rivalersi in caso di fallimento dell'imprenditore a causa dell'inibizione della revocatoria e conseguentemente una diminuzione del grado di garanzia assicurato dall'art. 2740 del c.c. alle proprie pretese creditorie, l'accordo di ristrutturazione deve essere idoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

- la percentuale minima di adesione all'accordo

Con riferimento alla percentuale minima di adesione all'accordo, si pongono una serie di interrogativi, già affrontati e risolti per la maggior parte da dottrina e giurisprudenza.

Innanzitutto, in merito al metodo di calcolo della percentuale richiesta, è stato chiarito che il conteggio va effettuato per valore e non per teste, ossia in relazione all'importo dei crediti e non al numero di creditori, come peraltro evidente dall'interpretazione letterale della norma⁴⁰; da tale circostanza sembra discendere l'ammissibilità dell'accordo di ristrutturazione stipulato anche con un solo creditore, purché rappresentativo di almeno il sessanta per cento dei crediti⁴¹.

In secondo luogo, in relazione alla tipologia di crediti da considerare nel computo della base per il calcolo della suddetta percentuale, è stato precisato che devono essere compresi tutti i creditori esistenti ad una determinata data, a prescindere dal fatto che siano muniti di titolo esecutivo⁴², dalla scadenza del credito, dalla circostanza che il medesimo sia assistito da garanzia. Pertanto, è ammessa la partecipazione all'accordo di ristrutturazione anche dei creditori privilegiati, pignorati, ipotecari o assistiti da altra garanzia, con la precisazione che l'adesione all'accordo potrebbe comportare, in taluni casi, l'estinzione della garanzia, in ragione del contenuto dello stesso e della sorte dell'obbligazione originaria.

La questione più rilevante si pone con riferimento all'individuazione della data in cui deve sussistere detta percentuale minima prevista dalla legge, laddove attualmente esistono due posizioni giurisprudenziali tra loro palesemente discordanti:

- 1) da un lato il Tribunale di Brescia sostiene che “*Per evidenti ragioni sistematiche, attesi i limiti propri del giudizio di omologazione del tribunale, il presupposto del raggiungimento*

⁴⁰ Cfr. NARDECCHIA G.B. – Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, nota a Tribunale di Brescia 22 febbraio 2006, e Tribunale di Milano 21 dicembre 2005 – Fallimento 6/2006 – pag. 675;

⁴¹ Cfr. NARDECCHIA G.B. – Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, nota a Tribunale di Brescia 22 febbraio 2006, e Tribunale di Milano 21 dicembre 2005 – Fallimento 6/2006 – pag. 675;

⁴² Cfr. Tribunale di Roma 7 luglio 2005 – Nuovo Dir. Soc. 24/2005;

minimo della maggioranza del 60% dei crediti deve sussistere al momento del deposito e della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, anche se saranno sempre ammissibili adesioni successive"⁴³;

- 2) dall'altro, il Tribunale di Milano, con pronuncia successiva, ritiene 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"*⁴⁴.

Le conseguenze dell'adesione alle diverse tesi interpretative sopra esposte sono rilevanti, principalmente con riferimento alla possibilità di integrare l'accordo con adesione successive.

- il regolare pagamento dei creditori estranei

Con riferimento al requisito dell'idoneità del regolare pagamento dei creditori estranei, per completezza di trattazione, si segnala che in dottrina e in giurisprudenza si sono finora delineati due orientamenti principali in relazione al significato da attribuire alla locuzione *"regolare pagamento"*.

Secondo l'indirizzo minoritario la norma deve essere interpretata nel senso che il termine in esame presupponga il pagamento dei creditori estranei *"secondo le regole previste nell'accordo"*, assoggettando di fatto anche tali soggetti agli effetti remissori, dilatori o quant'altro previsto nell'accordo; evidentemente, tale interpretazione è corollario della tesi che vede gli accordi di ristrutturazione quali *"piccoli concordati preventivi"*, riconducibili alla medesima disciplina della procedura maggiore, e, come visto in precedenza, è posizione da ritenersi oramai superata, pur vantando illustri sostenitori che traevano in realtà ispirazione dalla condivisibile esigenza di rendere maggiormente appetibile un istituto altrimenti di difficile applicazione.

L'indirizzo maggioritario e oramai consolidato, al contrario, ritiene che la norma intenda richiedere a favore dei creditori estranei il pagamento *"integrale alle scadenze pattuite"* nel titolo originario⁴⁵. Tale lettura si armonizza sia con il dato letterale della norma, che non opera alcun riferimento alle condizioni dell'accordo, sia con la tutela della proprietà garantita dall'art. 42 della Costituzione, sia con il principio di relatività del contratto posto dall'art. 1372 c.c., oltre che con la tesi ad oggi prevalente sull'autonomia degli accordi di ristrutturazione nei confronti del concordato preventivo, in forza della quale i primi non sono da annoverare tra le procedure concorsuali ispirate al principio della *"par condicio creditorum"*. Peraltro, diversamente ritenendo, si ammetterebbe di fatto una larvata espropriazione di una parte dei propri crediti in capo ai rispettivi titolari, senza alcuna manifestazione di assenso da parte loro e senza che la possibilità di opposizione garantisca una adeguata tutela in tal senso; inoltre, sotto un profilo applicativo, laddove fosse stipulato non un unico accordo, ma una pluralità di accordi differenziati in funzione delle diverse situazioni debitorie, mancherebbe comunque un univoco termine di riferimento per stabilire quale sia il trattamento da riservare ai creditori estranei. Ad ulteriore conferma di quanto esposto, sopraggiunge la recentissima relazione accompagnatoria al D.Lgs. 169/2007, la quale ribadisce che *"Nulla è stato cambiato quanto alla necessità che i creditori estranei all'accordo vedano il loro credito pagato in modo regolare, ossia per l'intero ed alla scadenza"*.

⁴³ Cfr. Tribunale di Brescia 22 febbraio 2006 – Fallimento 6/2006 – pag. 669;

⁴⁴ Cfr. Tribunale di Milano 23 gennaio 2007 - Fallimento 6/2007 – pag. 702;

⁴⁵ Cfr. Tribunale di Roma 7 luglio 2005 – Nuovo Dir. Soc. 24/2005 – pag. 47, e adesivamente APICE U. – Accordi di ristrutturazione dei debiti, www.fondazioneelucapacioli.it 2006; Tribunale di Bari 21 novembre 2005 – Dir. Fall. 3-4/2006 – pag. 538, e dello stesso parere CAIAFA A. – Accordi di ristrutturazione..., cit. – pag. 539, e PRESTI G. – L'art. 182-bis al primo vaglio..., cit. – pag. 175; FABIANI M. – Gli accordi di ristrutturazione..., cit., - pag. 266; JEANTET L. – L'accordo di ristrutturazione..., cit. – pag. 220; Tribunale di Brescia 22 febbraio 2006 – Fallimento 6/2006 – pag. 669, e adesivamente NARDECCHIA G.B. – Gli accordi di ristrutturazione..., cit. – pag. 672; Tribunale di Roma 16 ottobre 2006 e in adesione PROTO C. – Accordi di ristrutturazione..., cit. – pag. 193; Tribunale di Milano 23 gennaio 2007 – Fallimento 6/2007, e adesivamente DIMUNDO F. – Accordi di ristrutturazione..., cit. – pag. 708;

Alla luce delle predette ragioni, nessun dubbio sussiste in relazione alla correttezza dell'interpretazione estensiva che individua i creditori estranei cui la norma fa riferimento non solo in quelli dissenzienti, ma anche in quelli non aderenti all'accordo in quanto neppure destinatari della proposta di accordo⁴⁶.

Rimane invece aperta la problematica relativa ai debiti scaduti al momento della pubblicazione degli accordi di ristrutturazione presso il Registro delle Imprese oppure in scadenza nelle more del giudizio di omologa, con riferimento ai quali, qualora già liquidi ed esigibili, il regolare pagamento dovrebbe intendersi, secondo il Tribunale di Milano, come adempimento immediato, in base al noto broccardo "*quod sine die debetur statim debetur*"⁴⁷. Si potrebbe di contro sostenere, sotto un profilo strettamente giuridico, che la messa in mora del debitore non comporta di per sé la necessaria conseguenza del pagamento immediato al creditore, anche perché il credito potrebbe risultare a buon diritto contestato, bensì comportare semplicemente la decorrenza del computo degli interessi moratori, oltre agli effetti previsti dalla legge; in quest'ottica, l'imprenditore dovrebbe essere in grado di assicurare non il pagamento immediato, bensì il pagamento integrale, maggiorato degli interessi moratori, da effettuarsi entro dilazioni ammissibili secondo gli usi commerciali.

In ogni caso, evidentemente, si tratta di un problema della massima rilevanza. Infatti, pare realistico immaginare che in molti casi l'imprenditore ricorrente, in quanto in stato di crisi, presenti una situazione in cui larga parte dei debiti sia già scaduta o in prossimità di scadenza. La sussistenza del requisito di idoneità ad assicurare il regolare pagamento è comunque da ritenersi indispensabile al fine dell'esito positivo del giudizio di omologa, perché il mancato pagamento di un creditore non aderente non solo potrebbe ragionevolmente fornire allo stesso la legittimazione per proporre con successo opposizione al Tribunale, laddove l'accordo non si manifestasse idoneo a garantire il regolare pagamento dei creditori estranei, ma anche, a prescindere dall'orientamento del tribunale adito, darebbe il via a procedure esecutive per la riscossione coatta del credito.

Per facilitare l'esame giudiziale vi è peraltro chi suggerisce che l'imprenditore fornisca direttamente al tribunale la prova del pagamento dei creditori non aderenti rivelatisi in sofferenza sulla base dei documenti prodotti, ed inoltre di fornire l'informazione, anche se non richiesta dalla norma, della scadenza dei crediti in essere, per consentire al tribunale di valutare la logicità della relazione dell'esperto sull'idoneità dell'accordo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei⁴⁸. Tale trasparenza può favorire senza alcun dubbio il buon esito dell'omologa, ma resta il problema sostanziale di neutralizzare in concreto la criticità dei crediti in scadenza o scaduti. A tal fine sembra ragionevole che l'imprenditore cerchi di pattuire con tali creditori, che non intendano prendere parte agli accordi di ristrutturazione e mutare in alcun modo l'oggetto del proprio credito originario, degli appositi "*pacta de non petendo*" a sé stanti modulati in funzione del singolo destinatario, contenenti essenzialmente una dilazione di pagamento ed eventualmente resi appetibili dalla concessione di garanzie o dal riconoscimento di ulteriori vantaggi in termini di interessi⁴⁹, da esibire comunque al Tribunale anche se stipulati oltre il deposito dell'accordo in quanto non rilevanti al fine del raggiungimento della percentuale minima.

Con specifico riferimento ai debiti in scadenza, è peraltro da segnalare e da condividere la tesi dottrinale secondo cui il deposito dell'accordo di ristrutturazione non può comportare per i debiti non ancora scaduti l'automatica decadenza del debitore dal beneficio del termine prevista dall'art. 1186 c.c., con riferimento all'ipotesi in cui il debitore sia divenuto insolvente. Tale assunto è avvalorato in primo luogo dal fatto che l'insolvenza non costituisce il presupposto oggettivo necessario per l'accesso all'istituto di cui all'art. 182-bis della L.F. bastando a tal fine la sussistenza

⁴⁶ Cfr. Tribunale di Brescia 22 febbraio 2006 – Fallimento 6/2006 – pag. 669, e Tribunale di Milano 23 gennaio 2007 – Fallimento 6/2007, e adesivamente DIMUNDO F. – Accordi di ristrutturazione..., cit. – pag. 708;

⁴⁷ Cfr. Tribunale di Milano 23 gennaio 2007 – Fallimento 6/2007 – pag. 703;

⁴⁸ Cfr. PROTO C. – Gli accordi di ristrutturazione..., cit. – pag. 702, nota 14;

⁴⁹ Come peraltro sembra velatamente suggerito dal Tribunale di Bari 21 novembre 2005, in Dir. Fall. 3-4/2006 – pag. 548, il quale, nel rigettare l'istanza, afferma che "*il pagamento dei creditori estranei all'accordo non può essere postergato "entro e non oltre il termine di sessanta mesi dalla data di omologazione del concordato" (rectius dell'accordo di ristrutturazione), ben al di là della scadenza naturale dei crediti vantati ed in ragione della loro naturale esigibilità, in mancanza comunque di garanzie in ordine al puntuale adempimento*".

di uno stato di crisi, che rispetto all'insolvenza si pone in rapporto di specie a genere, ed in secondo luogo dal fatto che, diversamente ritenendo, si ostacolerebbe irrimediabilmente l'imprenditore ricorrente imponendogli il pagamento immediato di una quota ulteriore di debiti, aggravando il suo stato di difficoltà e rendendo di fatto inutilizzabile l'accordo di ristrutturazione⁵⁰.

A risolvere la criticità dei debiti scaduti, che poneva un serio ostacolo alla diffusione del negozio giuridico, come già anticipato nel paragrafo precedente è intervenuta l'innovazione introdotta dal D.Lgs. 169/2007 nell'art. 182-bis L.F., costituita dalla previsione del citato *“ombrello protettivo”* dalle azioni cautelari od esecutive sul patrimonio dell'imprenditore ricorrente. Secondo la relazione accompagnatoria al suddetto decreto, la novità delineata significativamente risulta *“funzionale all'attuazione dell'accordo e, in particolare, alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei”*. Infatti, evidentemente, la protezione accordata consente nel contempo sia di evitare azioni esecutive individuali capaci di rendere inattuabile l'accordo di ristrutturazione, sia di dilazionare il pagamento di tali creditori, in particolare se i relativi debiti siano già scaduti e il debitore messo in mora, allo scopo di consentire all'imprenditore ricorrente un periodo per riorganizzarsi e reperire le risorse necessarie per far fronte ai pagamenti urgenti.

In conclusione, pare quindi ragionevole ritenere che, alla luce delle novità normative, sia da ritenere tollerabile una posticipazione del pagamento dei debiti scaduti al momento della pubblicazione degli accordi di ristrutturazione presso il Registro delle Imprese, o in scadenza nelle more del giudizio di omologa, fino allo spirare del termine di legge previsto per il suddetto *“ombrello protettivo”*, senza che tale eventualità sia valevole a dimostrare l'inidoneità dell'accordo di ristrutturazione a garantire il regolare pagamento dei creditori estranei. In ogni caso, pur ritenendo apprezzabile l'intervento correttivo promosso dal legislatore, si rileva purtroppo che non è stata colta in questa sede l'occasione per stabilire, in coordinamento con la durata del periodo dilatorio concesso all'imprenditore, anche una durata massima per il giudizio di omologa, che rappresenta di per sé ulteriore e generale nodo irrisolto. Ne consegue che, laddove il Tribunale dovesse impiegare più di trenta giorni per emanare il relativo decreto, tenuto conto che altri trenta giorni a partire dalla pubblicazione sono previamente riservati alla presentazione di opposizioni, l'imprenditore moroso si ritroverebbe nuovamente esposto alle azioni cautelari ed esecutive promosse dai creditori aventi diritto, senza contare che, in caso di eccessiva dilatazione temporale della procedura, potrebbero giungere a scadenza anche crediti posteriori per titolo e causa alla pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione, non coperti per legge dall'*“ombrello protettivo”*.

5. ASPETTI FISCALI

5.1. Sopravvenienze attive da remissione del debito

Come noto, l'art. 88, comma 4 del Tuir, non considera nel novero delle sopravvenienze attive da attrarre a tassazione, tra le altre, quelle derivanti da *“...riduzione dei debiti dell'impresa in sede di concordato fallimentare o preventivo...”*. Al riguardo, pur riconoscendo che il procedimento di cui all'art. 182 bis non è completamente stragiudiziale in quanto comunque è previsto il procedimento di omologazione, l'agevolazione richiamata non è applicabile al caso in questione essendo nominativa, ossia riferita al solo caso del concordato preventivo e fallimentare.

Sul punto si è pronunciata anche l'Amministrazione Finanziaria,⁵¹ la quale ha chiaramente precisato che alle sopravvenienze attive derivanti dalla riduzione dei debiti realizzate a seguito dell'accordo di ristrutturazione rimangono applicabili le ordinarie norme in materia di determinazione del reddito d'impresa. E' doveroso, peraltro, segnalare anche la posizione⁵² che ritiene applicabile l'esonero

⁵⁰ Cfr. NARDECCHIA G.B. – Gli accordi di ristrutturazione... , cit. – pag. 672.

⁵¹ Risposta dell'Agenzia delle Entrate-Direzione Centrale Normativa e Contenzioso in occasione della Diretta MAP del 18 maggio 2006 – in dispensa MAP n. 5 del giugno 2006;

⁵² In tal senso Silvia A. Zenati in Corriere Tributario n. 28/2006 del 10 luglio 2006;

dalla tassazione per le sopravvenienze attive in oggetto; questo dal momento che l'Agenzia delle Entrate, con propria circolare⁵³, ha individuato la *ratio* della norma agevolativa nella necessità di eliminare le situazioni di insolvenza, per evitare l'inizio o la prosecuzione di procedure concorsuali costose e complesse.

Con riferimento alla tassazione ai fini Irap, invece, la stessa A.F., in risposta ad un interpello⁵⁴, seppur con riferimento al concordato preventivo, ha avuto modo di precisare come le sopravvenienze attive rappresentate dalla riduzione di debiti, configurano dei proventi straordinari classificabili alla voce E.20 del conto economico ed in quanto tali esclusi dalla base imponibile Irap. Sembra doversi concludere che la natura straordinaria dell'evento renda non tassabili ai fini Irap i suddetti proventi, ancorché conseguiti nell'ambito degli accordi di ristrutturazione non rilevandosi al riguardo alcuna differenza di trattamento rispetto al concordato preventivo.

5.2. Perdite su crediti

La parziale perdita sul credito subita dal creditore per effetto dell'adesione al piano di cui all'art. 182 bis sembra, invece, poter costituire perdita su crediti deducibile ai sensi dell'art. 101, comma 5, del Tuir.

Tale articolo prevede, infatti, che la deducibilità delle perdite su crediti è condizionata dall'esistenza di elementi *certi e precisi*, ovvero, in ogni caso, dalla presenza di procedure concorsuali.

Scartata quest'ultima ipotesi, non rientrando, infatti, l'art. 182 bis nel novero delle procedure concorsuali, si può, invece, certamente sostenere che la perdita può considerarsi deducibile risultando da elementi *certi e precisi*. L'accordo stipulato con il debitore rappresenta, il più delle volte, per il creditore, una definitiva rinuncia a parte del proprio credito.

La formalizzazione ed esecuzione dell'accordo sono certamente opponibili all'Amministrazione Finanziaria e tali da consentire la corretta deducibilità della parte di credito rimesso nell'esercizio in cui si verifica la definitività della perdita che potrebbe, nella generalità dei casi, coincidere con l'omologazione dell'accordo.

5.3. Note di variazione ai fini Iva

L'agevolazione prevista dall'art. 26, comma 2, del Dpr 633/72 non sembra applicabile al caso in questione.

Tale articolo prevede, infatti, la possibilità di emettere note di variazione in diminuzione, tra l'altro, *"...per mancato pagamento in tutto o in parte a causa di procedure concorsuali o di procedure esecutive rimaste infruttuose...."*. Al riguardo, come più volte evidenziato, l'accordo di ristrutturazione non è, per definizione, una procedura concorsuale, ma, semplicemente, un contratto che non coinvolge necessariamente l'intero ceto creditorio. La stessa Amministrazione Finanziaria, con propria circolare⁵⁵, nel ribadire tale aspetto, ha avuto anche modo di escludere esplicitamente la spettanza dell'agevolazione all'amministrazione controllata e all'amministrazione straordinaria delle grandi aziende in crisi, non considerate procedure liquidatorie e che non avevano nei loro presupposti l'insolvenza, esattamente come il nuovo art. 182-bis. Vi è, peraltro, chi⁵⁶ ha sostenuto che laddove l'accordo venisse sottoscritto e omologato entro un anno dall'operazione, il creditore ben potrebbe emettere nota di variazione in diminuzione; questo dal momento che tale variazione si verificherebbe in conseguenza ad un "sopravvenuto accordo tra le parti", disposizione ritenuta dall'autore applicabile al caso in questione ai sensi del terzo comma del sopracitato articolo.

⁵³ Circolare Agenzia delle Entrate-Direzione Centrale Normativa e Contenzioso n. 26/E del 22 marzo 2002;

⁵⁴ Risoluzione Agenzia delle Entrate-Direzione Centrale Normativa e Contenzioso n. 29/E del 1° marzo 2004;

⁵⁵ Circolare Min. Fin. Dip. Ent. Dir. Centr. Affari giuridici e contenzioso n. 77/E/2000/28274 del 17 aprile 2000;

⁵⁶ Ettore Trippitelli in Circolare Tributaria n. 31 del 7 agosto 2006.

6. LA TRANSAZIONE FISCALE

6.1. Il contesto normativo

Una delle importanti novità introdotte dal decreto legislativo n° 169 del 12 settembre 2007 "correttivo" del R.D. n° 267 del 16 marzo 1942 e del D.Lgs. n° 5 del 9 gennaio 2006, è stata la sostituzione dell'ultimo comma dell'art. 182-ter con un nuovo comma il quale prevede la possibilità per il debitore (trattasi dell'imprenditore in stato di crisi)⁵⁷ di effettuare la proposta di cui al primo comma dell'art. 182-ter, e cioè la transazione fiscale già prevista per la procedura di concordato preventivo, anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo previsto dall'art. 182 bis. In precedenza, infatti, l'ultimo comma dell'art. 182 ter, nel testo approvato dal legislatore del 2006, escludeva espressamente la transazione fiscale per gli accordi di ristrutturazione.

Nella relazione ministeriale al decreto correttivo viene evidenziato⁵⁸ come la sostituzione dell'ultimo comma dell'articolo 182-ter L.F., sia funzionale ad eliminare uno dei maggiori ostacoli all'utilizzo degli accordi stragiudiziali. La modifica legislativa avrà decorrenza dal 1° gennaio 2008. Sulla base del testo coordinato tra il primo e ultimo comma dell'art. 182-ter della L.F. si evince che il debitore (ovvero l'imprenditore in stato di crisi) può proporre il pagamento, anche parziale, dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori, ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea, ed effettuare la proposta di transazione fiscale, non soltanto in caso di concordato preventivo, ma anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione.

Ci si è già dilungati nei capitoli che precedono sui requisiti soggettivi ed oggettivi che consentono di accedere alla stipula di accordi di ristrutturazione; è ovvio che anche al fine di beneficiare della proposta di transazione con il fisco i suddetti presupposti debbono entrambi sussistere.

In ordine al requisito temporale richiesto dalla norma ("*....il debitore può effettuare la proposta.....nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo...*") sembrerebbe doversi concludere che l'iter procedurale che potrebbe portare, come si vedrà, alla formazione dell'assenso alla transazione da parte dell'amministrazione finanziaria, debba terminare prima del deposito dell'accordo di cui al primo comma dell'art. 182-bis L.F.; peraltro, il tenore letterale della disposizione potrebbe far ritenere che la sola proposta debba avvenire nelle more delle trattative, lasciando con ciò spazio ad un'interpretazione più estensiva in ordine all'ottenimento del consenso da parte degli Uffici preposti anche in un momento successivo alla pubblicazione dell'accordo nel R.I..

6.2. Oggetto della transazione

Con riferimento alla tipologia di tributi passibili di transazione con il fisco la norma fa espresso riferimento ai "*...tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori, limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria anche se non iscritti a ruolo, ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea...*".

Al riguardo ci si è chiesti, innanzitutto, quale significato dare all'espressione "*.. limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria anche se non iscritti a ruolo...*", giungendo alla conclusione che la disposizione in esame dovrebbe essere interpretata nel senso che la transazione potrà certamente riguardare i crediti tributari chirografari, indipendentemente dalla loro avvenuta iscrizione a ruolo.

Si è, invece, molto discusso in dottrina sulla transabilità dei crediti assistiti da privilegio. Una parte degli autori ritiene che detti crediti sarebbero transabili esclusivamente nel caso in cui siano stati

⁵⁷ In tal senso la relazione ministeriale al decreto correttivo n. 169/2007 sub art. 16;

⁵⁸ Si veda nota precedente;

iscritti a ruolo⁵⁹. Resterebbero perciò esclusi i soli tributi assistiti da privilegio ma non ancora iscritti a ruolo. Ma tale tesi è stata ritenuta da altra parte della dottrina⁶⁰ non convincente essendo in contrasto con la *ratio* dell'istituto in esame⁶¹ e quindi, superando l'oscuro tenore letterale dell'art. 182-ter, si tende a propendere per la soluzione per cui anche i tributi assistiti da privilegio non iscritti a ruolo possano essere oggetto di transazione fiscale.

Quanto alla tipologia di tributi transabili, il richiamo ai “ *tributi amministrati dalle agenzie fiscali....ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea....*”, porta ad escludere che nella transazione fiscale possano farsi rientrare i tributi propri degli enti locali (Ici, Tarsu, Tosap, imposta sulle pubblicità e affissioni, ecc.), o i contributi previdenziali e assistenziali (Inps, Inail) e considerare invece la numerosa serie di tributi, sia diretti che indiretti, la cui gestione sia affidata in via esclusiva alle agenzie fiscali. Trattasi dei tributi amministrati dalle agenzie delle entrate, del territorio, delle dogane e del demanio quali ad esempio: l'Ires, l'Irpef, l'Irap, le accise, l'imposta di bollo, di registro, le imposte ipotecarie e catastali, ecc. Come riferito, restano esclusi i tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea quali dazi doganali di frontiera, prelievi agricoli, aliquote in proporzione al PNL. Qualche dubbio è stato espresso in ordine alla transabilità dell'Iva laddove la stessa venisse considerata una “risorsa propria” dell'Unione europea. Si è peraltro ritenuto⁶² che anche tale imposta possa essere transata non solo perché la sua esclusione sminuirebbe sensibilmente lo strumento della transazione fiscale, ma anche perché, in base alla normativa comunitaria, l'Iva non dovrebbe rientrare in senso stretto nelle citate “risorse proprie”, ancorché gli stati membri versino all'Unione europea somme commisurate agli imponibili Iva.

Oltre al tributo possono essere oggetto di accordo con l'amministrazione finanziaria le somme dovute a titolo di sanzioni e interessi (accessori).

Quanto alla misura in cui i crediti oggetto della transazione fiscale possono essere soddisfatti, mentre dal dato normativo emerge che non vi sono vincoli o limiti quanto alla determinazione della percentuale in cui i crediti chirografari debbono essere soddisfatti, essendo sufficiente che “...il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari...”, parte, peraltro minoritaria, della dottrina ha sollevato dubbi in ordine alla possibilità di proporre accordi con previsione di pagamenti non integrali per i creditori muniti di cause di prelazione. La soluzione che sembra preferibile, tuttavia, sembra essere quella secondo cui i creditori muniti di privilegio possano essere soddisfatti anche parzialmente⁶³. A tale conclusione si perviene da un lato perché nessuna limitazione è stata posta sul punto dal legislatore, dall'altro dal momento che è proprio la disposizione sulla transazione fiscale che conferma esplicitamente la possibilità di soddisfare i crediti privilegiati, ivi inclusi quelli tributari, in misura parziale. L'unica condizione posta dal legislatore laddove i crediti tributari siano assistiti da privilegio è che “la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali....”.

L'accordo transattivo quindi, sia che contempli crediti tributari di natura chirografaria sia che contempli crediti tributari di natura privilegiata, potrà essere “parziale”, potendo il contribuente proporre la transazione anche soltanto per una parte dei debiti tributari potenzialmente transabili, nonché “misto” nel senso che la proposta potrà avere ad oggetto la vera e propria riduzione dei tributi transabili, oppure una mera dilazione, od ancora la rideterminazione di una parte di tributi e la dilazione per la parte restante.

Deve ritenersi che la transazione possa essere conclusa anche con la compensazione tra i crediti tributari vantati dal debitore (purché certi, liquidi ed esigibili, maturati in annualità per le quali

⁵⁹ In tal senso MARINI G. – in “la riforma della legge fallimentare “ II – Torino 2006 – pag 1119;

⁶⁰ TOSI L. – in “Rassegna Tributaria” n. 4/2006 – pag. 1077.

⁶¹ Che dovrebbe essere finalizzato a consentire alle imprese in stato di crisi di definire le proprie pendenze con l'Erario e di tornare *in bonis*.

⁶² TOSI L. – *op. cit.* – pag. 1078;

⁶³ TOSI L. – *op. cit.* – pag. 1087;

siano decorsi i termini per l'accertamento, ovvero risultino da sentenza passata in giudicato) e i debiti tributari e relativi accessori.

6.3. La procedura transattiva

Con riferimento agli aspetti procedurali il nuovo ultimo comma dell'art. 182-ter prevede che “...la proposta di transazione fiscale è depositata presso gli uffici indicati al secondo comma, che procedono alla trasmissione e alla liquidazione ivi previste...”. Trattasi del concessionario della riscossione e dell'ufficio competenti sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del contribuente i quali provvedono, il primo, alla trasmissione al debitore di una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso, e il secondo alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni e alla certificazione dell'entità del debito risultante da atti di accertamento, anche non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo o risultante dai ruoli non visti dal concessionario.

In sostanza, concessionario e ufficio devono “fotografare” la situazione debitoria del contribuente per quanto attiene, ovviamente, ai debiti oggetto della domanda, determinando così quella che dovrebbe essere la base di partenza per l'eventuale transazione. Al riguardo non può evidentemente escludersi che dall'attività svolta dall'Amministrazione Finanziaria emergano elementi che impongano di modificare la proposta di transazione.

L'assenso alla proposta di transazione deve essere espresso per i tributi non iscritti a ruolo o risultanti da ruolo non ancora consegnato al concessionario alla data di presentazione della domanda, con atto del direttore dell'ufficio, e per i tributi iscritti a ruolo con atto del concessionario. Nel primo caso occorre il parere favorevole della direzione regionale competente; nel secondo caso l'indicazione del direttore dell'ufficio, su conforme parere della direzione generale competente.

L'assenso espresso in queste forme equivale a sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione.

Avuto riguardo alla sua efficacia, è stato sottolineato in dottrina⁶⁴ che, dal momento che l'art. 182-bis, secondo comma, stabilisce che l'accordo di ristrutturazione è efficace dalla data di pubblicazione nel registro delle imprese, nel caso della transazione fiscale, in difetto di espresse contrarie previsioni di legge, non vi sono motivi di ritenere che l'assenso espresso dai competenti organi dell'Amministrazione Finanziaria debba avere efficacia anteriore alla suddetta data.

Viene previsto, sempre nell'ultimo comma del 182-ter, che l'intero procedimento che porta all'assenso da parte dell'ufficio e del concessionario debba concludersi entro il termine di trenta giorni dalla data di presentazione della domanda di transazione fiscale da parte del debitore. Tale termine è particolarmente breve, considerato che l'A.F. potrebbe essere chiamata a svolgere complesse attività istruttorie tanto che in dottrina⁶⁵ è stato evidenziato che il termine di trenta giorni non dovrebbe essere considerato perentorio, essendo evidentemente incompatibile con la *ratio legis*, che è quella di favorire la composizione della crisi. Non è comunque chiaro cosa possa accadere laddove l'A.F. non rispetti detto termine.

Ulteriore incertezza nasce con riguardo al fatto se l'A.F. sia obbligata ad effettuare, entro il citato termine di trenta giorni o, più verosimilmente anteriormente al perfezionamento dell'assenso, controlli sostanziali a carico del contribuente ed in caso positivo se tali controlli siano preclusivi di successive attività accertative.

Con riferimento, infine, alle liti aventi ad oggetto i tributi oggetto di transazione fiscale, una volta ottenuto l'assenso da parte dell'Amministrazione Finanziaria e depositato l'accordo presso il registro delle imprese, sarà opportuno che il debitore provveda a comunicare al Giudice Tributario la richiesta di sospensione del processo ex art. 39 D.Lgs. n. 546/92 e successivamente la richiesta di chiusura della controversia per cessazione della materia del contendere ai sensi dell'art. 46 del decreto citato.

⁶⁴ In tal senso PANZANI L. – in “Il Quotidiano Giuridico” - settembre 2007;

⁶⁵ MATTEI E. – in “Il Fallimento”- Ipsoa.it.

7. LE AZIONI ESECUTIVE E CAUTELARI

L'introduzione di un “*ombrello protettivo*” dalle azioni esecutive e cautelari da parte dei creditori è una delle novità più importanti del D.Lgs. 169/2007 ed avvicina maggiormente gli accordi di ristrutturazione ad analoghi istituti rinvenibili in ordinamenti di altri Paesi.

Il comma 3 dell'art. 182-bis stabilisce ora che dalla pubblicazione dell'accordo nel Registro delle Imprese e per sessanta giorni “*i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore*”.

La disposizione in esame opera altresì un esplicito richiamo all'art. 168, secondo comma, della Legge Fallimentare, al fine di sancire che nello stesso periodo rimangono sospese le prescrizioni e le decadenze non si verificano.

La previsione secondo cui per effetto e dalla data di pubblicazione nel registro delle imprese dell'accordo di ristrutturazione non possono iniziare o proseguire azioni cautelari (sequestro giudiziario, sequestro conservativo, procedimenti di denuncia di nuova opera e di danno temuto) o esecutive è tale da escludere che possano godere della sospensione prevista dalla norma in commento le azioni di altra natura, quali ad esempio le ordinarie azioni di cognizione e quelle monitorie (i.e. ingiunzioni di pagamento).

Alla luce del disposto normativo si pone tuttavia un serio problema di delimitazione oggettiva della sua portata con riferimento:

- a) alle richieste di provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.;
- b) alle azioni possessorie.

I procedimenti in questione infatti mutuano tipologicamente dai cd. procedimenti cautelari la maggior parte delle regole processuali (artt. 669 bis e ss. c.p.c.) e richiedono all'occorrenza l'esercizio di atti di esecuzione, pur tuttavia rispondono a finalità ad essi specifiche e peculiari, quali, per i primi, la necessità di evitare che durante il tempo occorrente per far valere un diritto in via ordinaria questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile; per i secondi invece, la necessità di mantenere/ripristinare lo stato di fatto nel godimento del bene mobile o immobile in attesa di accertarne la titolarità giuridica.

E' lecito ritenere l'esigenza di protezione dei cennati valori prevalente sull'interesse del debitore a non vedere compiuti o comunque a sospendere, nei 60 giorni concessi, atti di vincolo o disposizione coatta del proprio patrimonio.

Un ulteriore profilo di interesse derivante dalla formulazione del comma all'esame, risiede nella qualificazione come “debitore” – anziché “imprenditore” - del soggetto beneficiario dell'inibitoria delle azioni, il che potrebbe consentire di estendere ai coobbligati dell'imprenditore – siano essi condebitori in quanto garanti in senso proprio o perché responsabili in solido ex lege – il principio di blocco provvisorio, nelle more della procedura, delle azioni cautelari o esecutive. Una tale esegesi appare in linea con la necessità di evitare che la ristrutturazione del debito si dimostri apparente, se non accompagnata in parallelo dalla insussistenza di situazioni tali da generare azioni in surroga o regresso dei garanti/coobbligati se nel frattempo escussi dai creditori.

8. RELAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO ALL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEL PROFESSIONISTA INCARICATO

Ai sensi dell'art. 182-bis, primo comma, della L.F., insieme alla domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, l'imprenditore deve depositare “*una relazione redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) sull'attuabilità*”

dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei”.

Nel presente paragrafo si esaminano le problematiche legate alla predetta relazione di accompagnamento all'accordo di ristrutturazione del professionista incaricato limitatamente ai requisiti professionali richiesti dalla norma. Relativamente invece al contenuto della relazione e di conseguenza all'attività richiesta al professionista incaricato, sia consentito il rinvio a: "Antonello L. e Peracin G. - La relazione del professionista sulla veridicità dei dati aziendali e fattibilità del piano" in *Il Commercialista Veneto*, marzo-aprile 2006, Inserto.

8.1. Requisiti professionali e scelta del professionista

Con riferimento ai requisiti professionali richiesti dalla norma, si sottolinea che a seguito delle modificazioni introdotte grazie al D.L. 169/2007, sono stati opportunamente precisate e uniformate le competenze e i titoli richiesti al soggetto chiamato ad attestare rispettivamente l'accordo di ristrutturazione, il piano di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161 L.F., e il piano attestato di risanamento di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d) della L.F., cui attualmente gli altri istituti su tale punto fanno concordemente rimando⁶⁶. Viene così finalmente eliminata quella situazione di ingiustificata e irragionevole differenziazione esistente nella previgente disciplina, di certo distante dall'esigenza di incremento dei livelli di auto-responsabilità, derivante dalla valorizzazione dell'autonomia privatistica e dalla marginalizzazione del ruolo degli organi giudiziali nella risoluzione della crisi d'impresa perseguiti dal legislatore con la riforma della legge fallimentare⁶⁷.

Nel dettaglio, il cit. art. 67 prevede che *“non sono soggetti ad azione revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b) ai sensi dell'articolo 2501-bis, quarto comma, del codice civile”*.

Si pone sul punto un rilevante problema interpretativo, in relazione all'applicabilità agli accordi di ristrutturazione delle disposizioni contenute nell'art. 2501-bis, quarto comma, del c.c., che riguarda l'attestazione di ragionevolezza del progetto di fusione e rimanda alla figura dell'esperto disciplinata dall'art. 2501-sexies del c.c., come sostenuto in dottrina con riferimento ai piani attestati di risanamento⁶⁸. A tale quesito sembra potersi dare risposta negativa, dal momento che tale rimando al cit. art. 2501-bis sembra essere finalizzato soprattutto a chiarire il concetto di attestazione di ragionevolezza del piano attestato di risanamento, mentre l'art. 182-bis, primo comma L.F. rinvia unicamente ai requisiti professionali indicati nel cit. art. 67, terzo comma, lett. d) L.F. Da tale assunzione discenderebbe che al professionista incaricato della relazione per l'accordo di ristrutturazione non si applichi la regola che prevede la nomina dell'esperto da parte del tribunale in caso di S.p.a. o S.a.p.a. e la scelta dell'esperto tra le società di revisione nel caso di società quotate, ai sensi dell'art. 2501-sexies, terzo comma, del c.c., né la regola che disciplina la

⁶⁶ Cfr. la relazione di accompagnamento al D.L. 169/2007, edita su *Fin.&Fisco* 37/2007, 3127, che recita: *“La modifica all'articolo 67, terzo comma, lett. d) ha la funzione di ribadire, in coerenza con le previsioni di cui al novellati articoli 161, terzo comma e 182-bis primo comma ed in accoglimento di una specifica osservazione del Senato, che il professionista abilitato ad attestare la ragionevolezza del piano di risanamento previsto dalla disposizione in esame, oltre ad avere i requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b) del R.D., deve essere iscritto nel registro dei revisori contabili”*, e ancora ivi, 3135: *“Al fine di uniformare i requisiti previsti dall'art. 182-bis, dall'art. 67, comma terzo, lett. d) e dall'art. 161 si prevede, anche in considerazione del fatto che si tratta di una attività avente un contenuto marcatamente tecnico-contabile, che il professionista incaricato anche in questo caso debba possedere, oltre le caratteristiche contemplate dall'articolo 28, lett. a) e b) del R.D., anche l'iscrizione nel registro dei revisori contabili”*;

⁶⁷ Con riferimento al confronto tra i requisiti professionali richiesti nelle diverse procedure in vigenza della precedente disciplina cfr. ARISTEIA, Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis della L.F., documento 65 dicembre 2006;

⁶⁸ Cfr. STASI E., I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare, in *F. 7-2006*, 866 e ss.;

responsabilità per danni dell'esperto ai sensi dell'art. 64 del c.p.c., come previsto nel successivo quarto comma: D'altra parte il requisito dell'iscrizione al registro dei revisori contabili, ricavato in precedenza con riferimento ai piani attestati di risanamento dal rimando fatto all'art. 2409 bis del c.c. contenuto nell' art. 2501-sexies, terzo comma, è stato esplicitato all'interno dell'art. 67, terzo comma, lett. d) L.F. a seguito delle modifiche apportate dal D.Lgs.169/2007⁶⁹). In ogni caso, la differenziazione che insorgerebbe tra accordo di ristrutturazione e piano di risanamento, seppur in contrasto con l'intento di uniformità perseguito dal legislatore, potrebbe tuttavia ritenersi ammissibile in considerazione del fatto che, sotto un profilo sostanziale, il piano di risanamento, a differenza degli altri istituti citati, non prevede lo svolgimento di una fase giudiziale, mentre, sotto un profilo formale, le norme relative agli accordi di ristrutturazione e al concordato preventivo richiamano unicamente i requisiti di cui all'art. 28, primo comma lett. a) e b) della L.F., così come la relazione di accompagnamento al D.Lgs. 169/2007. Diversamente ritenendo, l'imprenditore collettivo in forma di S.p.a. o S.a.p.a., che intendesse presentare un accordo di ristrutturazione, dovrebbe quindi attivarsi entro un congruo periodo di tempo per richiedere al tribunale la nomina del professionista, che sarebbe investito di ben definite responsabilità civili e penali. Si attende, sul punto, un contributo di dottrina e giurisprudenza per chiarire la questione, che, come visto ha implicazioni di non poco conto.

Il richiamato art. 28, primo comma, lett. a) e b) della L.F. a sua volta prevede i requisiti richiesti per lo svolgimento delle funzioni di curatore fallimentare, applicabili anche al professionista incaricato a redigere la relazione di accompagnamento all'accordo di ristrutturazione. In sostanza, sono ammessi all'incarico:

- a) avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti;
- b) studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lettera a). In tale caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura.

Resta pertanto opportunamente esclusa la categoria di cui alla lettera c) del cit. art. 28, ossia coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali, se privi dei requisiti professionali richiesti nelle lettere precedenti e dell'iscrizione al registro dei revisori contabili.

Appare invece inopportuno il mancato richiamo al secondo comma dell'art. 28 della L.F. in tema di incompatibilità dell'incarico in capo ai soggetti in conflitto d'interesse, guidata dalla *ratio* di assicurare l'imparzialità del soggetto incaricato rispetto agli interessi particolari coinvolti nella procedura. Infatti, anche con riferimento agli accordi di ristrutturazione è ravvisabile un interesse generale a che venga fornita al Tribunale giudicante una garanzia di attendibilità delle informazioni fornite dall'imprenditore ricorrente, a tutela dei creditori non aderenti, i quali rimarrebbero danneggiati dall'omologazione di un accordo inidoneo ad assicurare il regolare pagamento nei loro confronti, proprio perché a seguito dell'esenzione da revocatoria dei pagamenti in esecuzione dell'accordo, in caso di inadempimento dell'imprenditore e di suo successivo fallimento, diminuirebbe il patrimonio aggredibile per soddisfare le ragioni dei creditori estranei all'accordo di ristrutturazione⁷⁰.

In ogni caso, la norma non chiarisce se sia possibile affidare l'incarico di cui all'art. 182-bis, primo comma, L.F. anche a quei professionisti e consulenti che abbiano prestato a favore del debitore ricorrente la propria attività professionale, anche se continuativa e in un lasso temporale ravvicinato. Sotto questo profilo, in base ad un atteggiamento prudentiale, potrebbe sembrare preferibile che la scelta per l'affidamento dell'incarico si orienti su di un professionista che non

⁶⁹ Al riguardo, in realtà, la necessità avvertita dal legislatore di esplicitare tale requisito potrebbe piuttosto mettere in dubbio in linea generale l'applicabilità dello stesso art. 2501 sexies del c.c. anche ai piani attestati di risanamento

⁷⁰ Per una riflessione sul tema delle cause di incompatibilità effettuata con riferimento al professionista incaricato della relazione in sede di concordato preventivo, ma potenzialmente applicabile con i dovuti accorgimenti anche al caso in questione, cfr. ANTONELLO L. - PERACIN G. – La relazione del professionista sulla veridicità dei dati aziendali e fattibilità del piano, in Comm. Veneto marzo/aprile 2006, inserto, 4 e ss..

abbia avuto rapporti con il debitore ricorrente, offrendo un chiaro segnale di discontinuità nella gestione della crisi dell'impresa; d'altro canto, si potrebbe obiettare che ciò comporta l'evidente svantaggio di perdere, in una situazione di necessità, quel patrimonio di conoscenze della situazione aziendale che una relazione di consulenza continuativa normalmente procura. Considerazioni analoghe porterebbero ad escludere che il consulente, chiamato ad assistere l'imprenditore ricorrente nella preparazione del piano e nella formazione dell'accordo, possa coincidere con il professionista attestatore in ragione dell'opportunità di separare il soggetto che presta la propria opera per la predisposizione del documento oggetto del controllo, dal soggetto incaricato di svolgere il controllo medesimo, ma in posizione di terzietà⁷¹.

⁷¹ Con riferimento al concordato preventivo cfr. sul tema ANTONELLO L. – PERACIN G. – La relazione del professionista ..., cit., 6.