

Sulla natura giuridica degli accordi di ristrutturazione debiti

Autore: Redazione

In: Diritto civile e commerciale

di Alessandro Petronzi*

* Giudice civile presso il Tribunale di Como

Sommario

1. Introduzione
2. L'accordo di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica - la teoria tradizionale
3. Critiche alla tesi tradizionale - Spunti per la concorsualità
4. Evoluzione giurisprudenziale: l'affermazione della natura concorsuale
5. Critiche recenti alla tesi sulla natura concorsuale
6. Ricadute sul piano applicativo - Cenni
7. Conclusioni

1. Introduzione

Negli ultimi anni, dopo quella che è stata efficacemente definita "la stagione dei concordati"^[1], non vi è dubbio che tale strumento di regolazione della crisi abbia subito una netta flessione verso il basso^[2].

Le ragioni di tale calo sono, da un lato, connaturate alla non indifferente onerosità di tale procedura concorsuale, notoriamente caratterizzata da costi ingenti (sia nella fase di avvio, per la necessità di

dotarsi di adeguate professionalità, quali l'attestatore, gli *advisors* ed esperti vari, sia nella fase di trattazione innanzi al Tribunale, quali il commissario giudiziale, il liquidatore, gli esperti ed ausiliari di altra natura, ove necessari); dall'altro lato, legate al minor *appeal* del concordato preventivo in conseguenza delle riforme del 2015^[3], che, con il chiaro fine di scongiurare l'impiego abusivo dello strumento concordatario, in molti casi riscontrato nella passata esperienza, hanno introdotto chirurgiche, ma di grande impatto pratico, modifiche normative, che hanno finito con il disincentivare lo strumento concordatario.

Non si è fatta attendere la reazione degli operatori del settore e degli imprenditori che, nel più ampio quadro "attendista" rispetto al più radicale e imminente mutamento del panorama normativo derivante dalla lunga e faticosa incubazione della riforma del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza^[4], ha "rispolverato" il parallelo istituto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, reso più appetibile per la sua intrinseca snellezza ed il minor formalismo.

^[1] "Concordato preventivo inadempito ma non risolto e successivo fallimento" di Filippo Rasile, edito su www.ilfallimentarista.it

^[2] Per una approfondita analisi statistica: "Strumenti negoziali per la soluzione delle crisi d'impresa: il concordato preventivo" di Alessandro Danovi, Silvia Giacomelli, Patrizia Riva e Giacomo Rodano, in *Questioni di Economia e Finanza di Banca d'Italia- Eurosystem*, numero 430, marzo 2018.

^[3] D.L. 27 giugno 2015, n. 83 convertito con modifiche con la L. 6 agosto 2015 n. 132, entrata in vigore il 21 agosto 2015

^[4] di cui al D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 di attuazione della L. 19 ottobre 2017, n. 155, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 14.02.2019 n. 38 - Suppl. Ordinario n. 6, che per la maggior parte delle norme entrerà in vigore il 15 agosto 2020

2. L'accordo di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica - la teoria tradizionale

Il nuovo vigore dell'istituto ha riaperto il tradizionale dibattito intorno alla natura giuridica da riconoscere all'istituto previsto dagli artt. 182 bis e ss. l.f.

Secondo l'opinione tradizionale, espressa da dottrina e giurisprudenza di merito¹⁵¹¹⁶¹, si tratta di uno strumento di natura privatistica di regolazione della crisi: più in particolare, l'accordo di ristrutturazione viene inteso come un contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria oppure come un fascio di contratti bilaterali.

Tali impostazioni valorizzano l'art. 1372 c.c. ed il principio della efficacia relativa degli effetti del contratto: gli effetti dell'accordo medesimo sono infatti limitati esclusivamente agli aderenti, secondo il principio generale sancito dalla citata norma. Ne deriva la esclusione degli accordi di ristrutturazione dei debiti dal novero della concorsualità.

Si sottolinea che le procedure concorsuali in senso proprio (fallimento; concordato preventivo; amministrazione straordinaria delle grandi imprese) hanno alcuni tratti comuni che ne caratterizzano l'appartenenza al medesimo genere, e che possono essere sintetizzati come segue:

1)vi è un provvedimento giudiziale di apertura, che preveda la nomina di un giudice delegato e di un organo (curatore o commissario) a cui sia rimessa la gestione della procedura;

2)si reap>

3)si registra l'apertura del concorso tra i creditori e il blocco del decorso degg>

4)trova apppp>

¹⁵¹ Tra le molte: Tribunale Bologna, 17/11/2011; Appello Firenze, 07/04/2016; Tribunale Forlì, 05/05/2016; Tribunale Milano, 10/11/2016; Tribunale Modena, 19/11/2014.

¹⁶¹ In giurisprudenza sono numerosi gli arresti di merito che hanno escluso la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione sulla base, tra l'altro, dell'assenza di effetti remissori per i creditori non aderenti all'accordo; della necessità che l'accordo con i creditori rappresentanti almeno il 60% dell'esposizione debitoria venga raggiunto in una fase endoprocessuale, come condizione del giudizio di omologazione; tutti elementi che rendono l'accordo assimilabile ad un pactum de non petendo/contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria (cfr. Tribunale Milano, 24 gennaio 2007); la mancanza di un provvedimento di apertura della procedura a cui facciano seguito "progressivi adempimenti giudiziali"; la mancata nomina di organi terzi (come il commissario giudiziale) e di un controllo del tribunale

sull'impresa che rimane saldamente nelle mani dell'imprenditore (Corte d'Appello Firenze 7 aprile 2016) (ex pluribus, Tribunale Bologna, 20 novembre 2011 in Fall. 2011; Tribunale Reggio Emilia, 19 ottobre 2017; Tribunale Milano 10 novembre 2016; Tribunale Forlì, 5 maggio 2016 in Il caso). In giurisprudenza sono numerosi gli arresti di merito che hanno escluso la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione sulla base, tra l'altro, dell'assenza di effetti remissori per i creditori non aderenti all'accordo; della necessità che l'accordo con i creditori rappresentanti almeno il 60% dell'esposizione debitoria venga raggiunto in una fase endoprocessuale, come condizione del giudizio di omologazione; tutti elementi che rendono l'accordo assimilabile ad un pactum de non petendo/contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria (cfr. Tribunale Milano, 24 gennaio 2007); la mancanza di un provvedimento di apertura della procedura a cui facciano seguito "progressivi adempimenti giudiziali"; la mancata nomina di organi terzi (come il commissario giudiziale) e di un controllo del tribunale sull'impresa che rimane saldamente nelle mani dell'imprenditore (Corte d'Appello Firenze 7 aprile 2016) (ex pluribus, Tribunale Bologna, 20 novembre 2011 in Fall. 2011; Tribunale Reggio Emilia, 19 ottobre 2017; Tribunale Milano 10 novembre 2016; Tribunale Forlì, 5 maggio 2016 in Il caso).

3. Critiche alla tesi tradizionale - Spunti per la concorsualità

Non sono mancate riflessioni critiche, che hanno evidenziato come, ad una attenta analisi, la apparente diversità strutturale tra i due istituti si giustifica solo alla stregua di meri aspetti procedurali, connaturati alla specifica disciplina applicabile, senza che possa mettersi in dubbio che entrambi gli istituti appartengano al genere più ampio della "concorsualità".

Così si è evidenziato che anche nell'accordo di ristrutturazione dei debiti si attua uno spossessamento attenuato, proprio come nel concordato preventivo.

La stessa mancanza di un provvedimento di apertura, della nomina di un commissario giudiziale (o di organi della procedura), di un'adunanza dei creditori, risultano rilievi che dipendono dallo schema procedimentale proprio del concordato preventivo (come pure del fallimento). Inoltre, pur non essendovi la previsione della nomina di un commissario, il tribunale deve svolgere un rigoroso controllo formale e può nominare consulenti al fine di fare gli opportuni approfondimenti. Ed ancora, quanto all'adunanza dei creditori, la previsione di tale istituto non risulterebbe ontologicamente necessaria per potersi parlare di procedura concorsuale: tra le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, espressamente definite dalla legge speciale come procedure concorsuali, il piano del consumatore, ad esempio, non prevede certamente alcuna adunanza dei creditori; questi ultimi, addirittura, nemmeno sono

chiamati ad esprimersi sulla proposta formulata dal debitore, che rimane unicamente sottoposta al vaglio dell'autorità giudiziaria, eventualmente per il tramite delle osservazioni sollecitate dagli stessi creditori.

Si rileva inoltre che il controllo che opera il tribunale è un controllo formale, ma è pur sempre un controllo. Del resto, anche nell'ambito dei concordati preventivi, il sindacato che il tribunale è chiamato a pronunciarsi è stato via via ridotto a seguito dell'intervento delle Sez. Un. 2013¹⁷¹, ed oggi risulta confinato nei ristretti limiti del sindacato di legittimità.

Né risulta vero che difetti negli accordi di ristrutturazione dei debiti quello che è uno dei più caratteristici effetti del concordato preventivo, vale a dire la soggezione agli effetti della procedura di tutti i creditori, compresi quelli contrari (nell'accordo, i creditori non aderenti): infatti, anche i creditori estranei subiscono la moratoria dei termini di pagamento, l'inibitoria di azioni esecutive e cautelari, l'incremento delle prededuzioni degli artt. 182 *quater* e 182 *quinquies* l.f., e, soprattutto, la sottrazione alla revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione degli accordi.

Infine, anche il principio della *par condicio creditorum* non pare costituire un "paletto" insuperabile nemmeno più nel concordato preventivo: infatti, la regola secondo cui è possibile, a determinate condizioni, dettate dall'art. 182 *quinquies* l.f., ammettere il pagamento integrale di crediti anteriori, quale che ne sia il rango, è una palese violazione della regola della parità di trattamento dei creditori.

¹⁷¹ Cass. Sez. Un. n. 1521/2013.

4. Evoluzione giurisprudenziale: l'affermazione della natura concorsuale

Anche la più recente giurisprudenza della corte regolatrice si è orientata nel superare la impostazione tradizionale, ascrivendo gli accordi di ristrutturazione dei debiti nell'ambito degli istituti caratterizzati dalla concorsualità.

Le prime pronunce sono rappresentate dalle c.d. sentenze gemelle (Cass. n. 1182/2018 e 1896/2018, pubblicate nel gennaio 2018, che hanno affermato la natura prededucibile del credito del professionista che ha assistito alla predisposizione dell'accordo a seguito della dichiarazione di fallimento); successivamente Cass. n. 9087/2018 ha analizzato il profilo di una certa osmosi tra la disciplina del concordato preventivo e degli accordi ristrutturazione, in particolare avuto riguardo alla concessione del termine ex art. 162, comma 1, l.f.. Da ultimo, Cass. n. 16347/2018 ha affermato ancora la natura

prededucibile del credito da finanziamento (realizzato attraverso la costituzione di una garanzia personale) funzionale alla esecuzione dell'accordo di ristrutturazione.

Per arrivare ad ascrivere l'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti all'ampio genere degli istituti che caratterizzano l'area della concorsualità, la Suprema Corte si concentra sui c.d. "indici rivelatori della concorsualità", che vengono così enucleati:

a) la collocazione topografica: gp>

b) la quap> una procedura che comprende tutti o una parte significativa dei creditori di un debitore a condizione che, nel secondo caso, la cosa non pregiudichi i crediti dei creditori non interessati alla procedura stessa» e, nell'allegato A, inserisce tra le procedure d'insolvenza per l'Itap>

c) taluni aspetti regolatori ravvisabili>

aa) i meccanismi di protezione contemporanea, individuabili>

bb) l'esonero della revocabilità>

cc) l'intervento dell'autorità giudiziaria: che si attua tramite il deposito della domanda presso tribunale competente;

dd) la previsione della necessità dell'omologazione.

Con elegante e suggestiva espressione metaforica, la Corte nella terza pronuncia citata avverte che *"dovrebbe prendersi atto che la sfera della concorsualità può essere oggi ipostaticamente rappresentata come una serie di cerchi concentrici, caratterizzati dal progressivo aumento dell'autonomia delle parti man mano che ci si allontana dal nucleo (la procedura fallimentare) fino all'orbita più esterna (gli accordi di ristrutturazione dei debiti), passando attraverso le altre procedure di livello intermedio, quali la liquidazione degli imprenditori non fallibili, le amministrazioni straordinarie, le liquidazioni coatte amministrative, il concordato fallimentare, il concordato preventivo, gli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento degli imprenditori non fallibili, gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria (con la precisazione che la L. Delega n. 155 del 2017, art. 5, comma 1, lett. a), per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, intende estendere queste ultime "procedure" anche a creditori diversi da banche e intermediari finanziari)"*¹⁸¹.

¹⁸¹ Cass. n. 9087/2018

5. Critiche recenti alla tesi sulla natura concorsuale

Non sono mancate, sia in dottrina che in giurisprudenza, critiche alla impostazione seguita dalla Suprema Corte di Cassazione.

Si è ribadito¹⁹¹, con argomentazione tradizionale, che anzitutto non è prevista alcuna fase di ammissibilità e quindi manca un provvedimento giurisdizionale di apertura e la conseguente nomina di organi concorsuali di vigilanza e controllo; manca, infine, un controllo giudiziale anche nel corso della fase esecutiva degli accordi, non essendo prevista la nomina di un organo deputato a tale funzione.

Il mero deposito presso il tribunale competente è meramente funzionale all'avvio del procedimento di omologazione.

L'omologazione ha come unico scopo ed effetto quello di rendere efficace verso i terzi il contratto stipulato tra l'imprenditore ed i creditori aderenti.

Anche la pubblicazione nel Registro delle Imprese non è elemento dirimente: attenta dottrina¹⁰¹ ha rilevato che anche il piano attestato ex art. 67 l.f. deve essere pubblicato nel registro delle imprese; eppure non vi è dubbio che il piano attestato non sia una procedura concorsuale.

La presentazione degli accordi, rimessa all'esclusiva iniziativa privata, non determina l'apertura del concorso tra tutti i creditori, che restano liberi di aderire o meno all'accordo proposto con ciascuno di loro dall'imprenditore e che, a differenza di quanto avviene nell'ambito del concordato preventivo, non possono neppure essere tenuti a soggiacere alla volontà della maggioranza degli altri creditori, attesa viceversa l'applicazione della regola privatistica di cui all'art. 1372 del c.c..

Con la sottoscrizione degli accordi, e quindi con il consenso dei singoli creditori, l'imprenditore non è nemmeno tenuto al rispetto delle cause legittime di prelazione.

Gli accordi possono non coinvolgere l'intero patrimonio del debitore ed essere conclusi solo con una parte dei creditori; anzi, i creditori estranei vengono soddisfatti integralmente e quindi non subiscono alcuna "falcidia" propria di una procedura concorsuale

Il richiamo ai meccanismi di protezione temporanea fatto dai giudici di legittimità potrebbe essere il frutto di un equivoco di fondo^[11]: tali meccanismi non sono quelli propri della procedure concorsuali, ovverosia quei meccanismi a tutela dell'integrità del patrimonio dell'impresa e, quindi, della massa dei creditori (quali lo spossessamento, attenuato o meno, dell'imprenditore; le azioni di reintegrazione patrimoniale, quali le azioni revocatorie; ...), bensì meccanismi che proteggono l'imprenditore dalle iniziative esecutive e cautelari dei creditori e dall'acquisizione, da parte di questi, di titoli di prelazione; imprenditore che, come detto, può compiere atti dispositivi ed effettuare pagamenti ai creditori anteriori (salvo ovviamente profili di revocabilità in caso di successivo fallimento e/o loro rilevanza rispetto all'eventuale inadempimento dell'accordo e sua conseguente risoluzione).

Non è mancato chi ha evidenziato i possibili rischi derivanti dalla attrazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti alla categoria degli istituti della "concorsualità", specie in ipotesi di consecuzione tra la procedura minore ed il fallimento.

Così si è posto in evidenza il concreto rischio di incontrollato aumento dei crediti prededucibili.^[12]

Si è rilevato che la mancanza di controlli di qualsiasi natura in sede di esecuzione dell'accordo espone i creditori pregressi al rischio di vedere messo in pericolo il loro soddisfacimento dall'incremento del passivo con la creazione di un indebitamento supplementare di grado prededucibile, evidenziando che *"mentre ciò può essere considerato accettabile per i creditori aderenti - persuasi di correre tale rischio, avendo accettato l'accordo che lo implica -, non può in alcun modo essere accettato per ciò che concerne i creditori non aderenti"*^[13].

^[9] Decreto del Tribunale di Reggio Emilia 19 luglio 2018

^[10] Sido Bonfatti, "I 'cerchi concentrici' della concorsualità e la prededuzione dei crediti ('Dentro O Fuori?')", edito su ilcaso.it

^[11] S. Bonfatti, cit.

^[12] Decreto del Tribunale di Reggio Emilia 19 luglio 2018

^[13] S. Bonfatti, "Estraneità degli Accordi di Ristrutturazione alla "sfera della concorsualità", in materia di

prededuzione", edito su ilcaso.it

6. Ricadute sul piano applicativo - Cenni

Non è inutile scrutinare, ancorché in via meramente schematica ed esemplificativa, le conseguenze pratico-applicative che discendono dalla attribuzione della natura giuridica all'istituto in esame.

Tale attività interpretativa, lungi dall'essere uno sterile esercizio di attribuzione di "etichette", come pure potrebbe apparire ad un primo superficiale sguardo, è pregna di conseguenze pratiche di rilevante impatto, che la giurisprudenza richiamata ha già avuto modo di esaminare.

Si va infatti dal riconoscimento della prededuzione *ex art. 111 l.f.* dei crediti insorti in ragione ed in funzione della procedura di accordo di ristrutturazione: così è ad esempio per i crediti maturati dai professionisti che hanno assistito alla predisposizione dell'accordo ovvero per i finanziamenti funzionali alla esecuzione del piano. Fino al riconoscimento di una certa osmosi della disciplina del concordato preventivo ove compatibile (ad es. 162 comma 1 l.f.).

7. Conclusioni

Nonostante la rilevanza, come visto anche pratica, della questione trattata, che tuttora riveste centralità per il grande interesse manifestato dagli operatori di settore nei confronti dell'istituto dell'accordo di ristrutturazione, il dibattito sulla loro natura giuridica è forse destinato a sopirsi per effetto della futura entrata in vigore del Codice della Crisi e dell'insolvenza¹⁴¹ che, operando la scelta di uniformare la disciplina di accesso alle procedure di accordo di ristrutturazione e di concordato preventivo, ha implicitamente dimostrato di volere accostare i due istituti, sottoponendoli a trattazione unitaria.

Non si può tuttavia sottacere come la incubazione del percorso riformatore intrapreso dal Legislatore potrebbe essere ancora costellata da insidie e colpi di scena: se già la data di entrata in vigore, con riferimento al *corpus* principale e più poderoso di norme, si colloca molto in là nel tempo¹⁵¹, ulteriori modifiche potrebbero seguire alla recente pubblicazione in Gazzetta Ufficiale¹⁶¹ della Legge 8 marzo 2019, n. 20 di delega al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui alla Legge n. 155/2017¹⁷¹.

^[14] di cui al D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 di attuazione della L. 19 ottobre 2017, n. 155, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 14.02.2019 n. 38 - Suppl. Ordinario n. 6

^[15] 15 agosto 2020

^[16] G.U. n. 67 del 20 marzo 2019

^[17] Nello specifico, il provvedimento delega il Governo ad adottare, entro due anni dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega di cui alla medesima L. n. 155/2017 e nel rispetto dei principi e criteri direttivi da essa fissati, disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi medesimi.

<https://www.diritto.it/sulla-natura-giuridica-degli-accordi-di-ristrutturazione-debiti/>