

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI TRA LA GIURISPRUDENZA DELLA CASSAZIONE E IL CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA ^(*)

di MARCO ARATO

1. L'approfondimento della disciplina degli accordi di ristrutturazione non può oggi prescindere dall'esame delle seguenti problematiche:

- (a) natura giuridica degli accordi di ristrutturazione alla luce delle recenti decisioni della Suprema Corte: Cass. 18.1.2018 n. 1182, Cass. 12.4.2018 n. 9087 e Cass. 21.6.2018, n. 16347;
- (b) contenuti dei nuovi accordi di ristrutturazione nell'emanando codice della crisi e dell'insolvenza.

E può anche essere utile anticipare subito le conclusioni: è innegabile che l'accordo di ristrutturazione dei debiti dal 2005 (anno della sua introduzione) ad oggi abbia mutato la sua natura e che sia passato da strumento (privatistico) di composizione della crisi a una sorta di (nuova?) procedura concorsuale. Questa conclusione trova conferma anche nelle modifiche alla disciplina degli accordi di ristrutturazione contenuta nell'emanando Codice della Crisi e dell'Insolvenza.

Nel passato avevo personalmente sostenuto la tesi opposta della natura privatistica degli accordi di ristrutturazione, ma l'evoluzione della normativa, anche attraverso l'introduzione dell'accordo con intermediari finanziari, il contenuto del Codice della Crisi e dell'Insolvenza che amplia l'attuale disciplina

^(*) Relazione tenuta il 29.9.2018 al Convegno di Gardone Riviera "Le crisi di impresa e le procedure concorsuali nello scenario di un futuro incerto".

dell'art. 182 *septies* l. fall. a qualunque categoria di creditori e l'interpretazione evolutiva della Suprema Corte (ormai radicata con ben tre decisioni nei primi sei mesi dell'anno) non possono che far vacillare le pur radicate e convincenti motivazioni che mi avevano indotto ad escludere che gli accordi di ristrutturazione fossero procedure concorsuali⁽¹⁾.

2. Le tre recenti decisioni della Cassazione appena citate trattano per la prima volta l'argomento della natura dell'accordo di ristrutturazione.

Cass. 1182/2018⁽²⁾ si è occupata per la verità della natura pre-deducibile o meno del compenso ai professionisti che avevano assistito un'impresa nella stipula di un accordo di ristrutturazione omologato ma che poi non aveva prodotto gli effetti sperati e dopo 16 mesi dall'omologa l'impresa era fallita.

La decisione aveva riconosciuto la prededuzione ex art. 111 l. fall. al credito del professionista in quanto l'accordo di ristrutturazione "*appartiene agli istituti del diritto concorsuale*" e il credito è sorto "*in funzione*" dell'accesso alla procedura. Secondo la Corte, "*avutasi l'omologazione, non è necessario verificare la definitiva tenuta del risultato delle prestazioni medesime*".

Come è stato correttamente osservato, la nozione di "*istituti del diritto concorsuale*" non equivale a "*procedure concorsuali*"⁽³⁾ e l'art. 111 c. 2. l. fall. si applica per espressa disposizione normativa solo alle procedure concorsuali e non agli "*istituti del diritto concorsuale*"⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ V. da ultimo il mio articolo *Il nuovo accordo di ristrutturazione dei debiti bancari vs concordato preventivo*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, Zanichelli, 2017, 732.

⁽²⁾ In *Fall.* 2018, 285 co nota di FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*.

⁽³⁾ FABIANI, op. cit., p. 289.

⁽⁴⁾ AMBROSINI, Nota a Cass. 18.1.2018, n. 1182 in www.osservatorio-oci.org. Secondo Ambrosini, l'accordo di ristrutturazione non è una procedura concorsuale e, pertanto, esprime perplessità sulla soluzione adottata dalla Suprema Corte.

A distanza di pochi mesi, la Cassazione è tornata sull'argomento e, questa volta, lo ha trattato approfonditamente e dettagliatamente, e ha concluso che l'accordo di ristrutturazione è una procedura concorsuale ⁽⁵⁾. Come è noto, fino a questa pronuncia, la maggioranza degli interpreti e della giurisprudenza propendeva per sottrarre gli accordi di ristrutturazione dal novero delle procedure concorsuali ⁽⁶⁾ con una serie di argomentazioni in qualche misura condivisibili e personalmente condivise. Non vale la pena ripercorrerle anche perché non solo non vi è una definizione normativa dei requisiti minimi di una procedura concorsuale (e non vi sarà neppure nell'emanando Codice della Crisi e dell'Insolvenza), ma costituisce un'opzione interpretativa (come tale soggettiva e quindi opinabile) arricchire o semplificare il catalogo dei requisiti minimi della procedura concorsuale. Ebbene, Cass., 12.4.2018, n. 9087 affronta direttamente l'argomento e, fornendo un'immagine quasi "astronomica" del sistema fallimentare, afferma 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 [che peraltro non è una procedura autonoma – n.d.r.] 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 ... Restano all'esterno di questo perimetro immaginario solo gli atti interni di autonoma riorganizzazione dell'impresa, come i piani attestati di risanamento e gli accordi di natura esclusivamente stragiudiziale che non richiedono nemmeno un intervento giudiziale di tipo omologatorio"* ⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ Cass., 12.4.2018, n. 9087, in *Fall.*, 2018, 984 con nota di TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una procedura concorsuale: la Cassazione completa il percorso*. Nello stesso senso, seppur con motivazione meno articolata, Cass., 21.6.2018, n. 16347 inedita.

⁽⁶⁾ Si vedano gli autori e la giurisprudenza citati da TRENTINI, da FABIANI e da AMBROSINI, opp. citt.

⁽⁷⁾ Come correttamente confermato da Cass., 25.1.2018, n. 1895, in *Fall.*, 2018, 286.

In questo “sistema solare” in cui il sole è il fallimento, tutte le procedure “minori” (ormai vanno definite così) ruotano più o meno vicine al “sole”, ma sono comunque procedure concorsuali. Ed è significativo, ma forse anche discutibile, che “*gli accordi da composizione della crisi da sovraindebitamento*” vengano definiti come procedure concorsuali e che l’accordo di ristrutturazione sia il pianeta più lontano dal sole/fallimento, ma pur sempre un pianeta che ruota intorno al fallimento.

Per arrivare a questa conclusione, di natura tipicamente “ideologica”, in quanto non esistono solidi appigli normativi, Cass. 9087/2018 semplifica (e, direi, riduce) la soglia minima per ricondurre uno strumento offerto dall’ordinamento fallimentare al sistema delle vere e proprie procedure concorsuali.

Dopo un documentato e istruttivo *excursus* in merito alle tendenze evolutive del diritto concorsuale dell’Unione Europea sotto il profilo sia del diritto uniforme (Raccomandazione 2014/135 UE e Proposta di Direttive COM 2016/723) sia degli effetti dell’insolvenza transfrontaliera (Reg. UE 2015/848), la Cassazione afferma che i requisiti minimi affinché si possa parlare di procedura concorsuale sono: “*(i) una qualsivoglia forma di interlocuzione con l’autorità giudiziaria, con finalità quantomeno ‘protettive’ (nella fase iniziale) e di controllo (nella fase conclusiva); (ii) il coinvolgimento formale di tutti i creditori, quantomeno a livello informativo e forse anche solo per attribuire ad alcuni di essi un ruolo di ‘estranei’, da cui scaturiscono conseguenze giuridicamente predeterminate; (iii) una qualche forma di pubblicità*”. Ebbene, sulla base di queste premesse, secondo la Corte “*non vi è dubbio che ‘questo minimo comun denominatore’ delle procedure concorsuali si rinvenga a pieno titolo anche negli accordi di ristrutturazione dei debiti, quantomeno dopo la loro riforma ad opera del DL n. 83 del 2012, convertito nella l. n. 134 del 2012*”. Alla stessa conclusione perviene Cass., 21.6.2018, n. 16347.

Come detto, si tratta di un’operazione “ideologica”, perché se si dovesse invece ritenere che per entrare nel “catalogo” delle procedure concorsuali sia necessario (i) un provvedimento giu-

diziale di apertura, con la nomina di un organo deputato alla gestione della procedura; **(ii)** l'universalità degli effetti su tutto il patrimonio del debitore e sulla generalità dei creditori; **(iii)** l'apertura del concorso con il blocco di ogni azione e del decorso degli interessi per i chirografari; **(iv)** il rispetto del principio della (tendenziale) parità di trattamento, allora difficilmente l'accordo di ristrutturazione rientra tra le procedure concorsuali ⁽⁸⁾. E non convincono i tentativi dottrinali, per la verità anche precedenti a Cass., 9087/2018, di dimostrare che l'accordo di ristrutturazione risponde anche ai requisiti tradizionalmente richiesti per entrare nel catalogo delle procedure concorsuali ⁽⁹⁾.

In realtà, gli arricchimenti via via apportati all'istituto rispetto al testo originario del 2005 (dall'ombrello protettivo rappresentato dal c. 6 dell'art. 182 bis introdotto nel 2010, al divieto di acquisire titoli di prelazione per i creditori procedenti, introdotto nel 2012, all'imposizione dell'accordo ai creditori finanziari contrari, introdotto nel 2015) hanno senza alcun dubbio "concorsualizzato" l'istituto.

3. Come già detto, l'emanando Codice della Crisi e dell'Insolvenza non definisce in via generale neppure nell'art. 2 (dedicato alle definizioni) la nozione di procedura concorsuale. Tuttavia, il nuovo Codice, attraverso l'introduzione di un procedimento unitario per l'ingresso nei vari istituti di regolazione della crisi, ha di fatto concorsualizzato l'istituto. Ed infatti, le misure protettive per tutte le procedure e anche per l'accordo di ristrutturazione non sono automatiche ma, ove richieste, devono essere

⁽⁸⁾ V. da ultimo VITIELLO, *La nuova strategia degli accordi di ristrutturazione: dalla Cassazione la definitiva spinta verso la natura concorsuale?*, in www.ilfallimentarista.it.

⁽⁹⁾ Ad es. non convince l'affermazione di TRENTINI, op. cit. 995 secondo cui l'accordo di ristrutturazione rispetta la *par condicio* in quanto: "*nessun creditore subisce violazione della regola della par condicio creditorum; tanto gli aderenti (volenti non fit injuria) quanto gli estranei si vedono riconosciuto ciò che loro spetta: i primi sulla base dell'accordo concluso, i secondi secondo la previsione di legge*". E' un'affermazione semplificatoria che non considera il fatto che nel 182 bis gli accordi con i creditori possono non rispettare la *par condicio* (ad es. si può falcidiare un privilegiato capiente e si può pagare al 100% un chirografario). Nel concordato preventivo un tale piano sarebbe illegittimo e non si potrebbe superare l'illegittimità neppure con l'accordo dei creditori.

sempre concesse dal giudice e possono comportare la nomina di un commissario giudiziale anche in caso di accordo di ristrutturazione (art. 48 c. 4 del Codice); il Tribunale emette, anche in relazione all'accordo, provvedimenti simili all'ammissione alla procedura di concordato (art. 51 c. 3 del Codice); il provvedimento con il quale viene omologato l'accordo è una sentenza (art. 52 c. 5); il debitore perde la piena gestione dell'impresa quanto meno per gli atti di straordinaria amministrazione che devono essere sempre autorizzati dal tribunale (v. art. 50 del Codice); l'accordo può essere esteso/imposto anche a creditori non aderenti di qualunque specie e anche diversi dagli intermediari finanziari (art. 65 del Codice che introduce gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa).

Insomma, in un prossimo futuro sarà molto difficile sostenere che l'accordo di ristrutturazione non sia una procedura concorsuale e la Suprema Corte in qualche modo con la decisione n. 9087/2018 ha già anticipato in via interpretativa il diritto che verrà.

4. Vale la pena, a questo riguardo, segnalare Cass. 2.2.2018 n. 2627 ⁽¹⁰⁾ relativa ad una fattispecie apparentemente diversa ma in qualche modo connessa alla natura di procedura concorsuale o meno dell'accordo di ristrutturazione. Il caso esaminato riguardava la natura prededucibile o meno di un finanziamento erogato in esecuzione di un accordo omologato che, dopo soli 9 mesi dall'omologa, era stata dichiarata fallita. La Suprema Corte ha affermato che se il finanziamento è previsto nel piano, viene erogato dopo l'omologa dell'accordo, qualora non sia stato restituito, e qualora l'impresa fallisca, deve essere ammesso al passivo in prededuzione. In altre parole, la Cassazione, seppur con una decisione scarsamente motivata, ha voluto tenere nettamente separato l'accordo di ristrutturazione dal piano di risanamento. Il primo, anche a seguito del giudizio di omologa, ha una sua stabilità nel tempo e quindi da un lato, le prestazioni professionali sono prededucibili nel successivo fallimento (Cass. 18.1.2018, n. 1182) e dall'altro lato i finanziamenti esecutivi

⁽¹⁰⁾ Cass., 2.2.2018, n. 2627, in www.ilcaso.it.

sono prededucibili senza che si possa *ex post* riesaminare l'affidabilità e la completezza del piano e dell'attestazione. Il secondo, essendo mancato un controllo giudiziale, ha minore stabilità. Ed infatti, in caso di insuccesso del piano e conseguente fallimento dell'impresa, il Tribunale può sindacare sulla tenuta dell'esenzione da revocatoria e delle esimenti da bancarotta qualora il piano *ab origine* fosse manifestamente inidoneo a risanare l'impresa ⁽¹¹⁾.

La differente soluzione data dalla Cassazione all'insuccesso del piano rispetto all'insuccesso dell'accordo di ristrutturazione, risiede anche nella diversa natura dei due istituti, il primo di natura esclusivamente privatistica, mentre il secondo è riconducibile alla categoria delle procedure concorsuali. E allora, in questo caso, forse l'unico strumento per far venir meno gli effetti di un accordo di ristrutturazione omologato ma palesemente e *ab origine* inattuabile, potrebbe essere il ricorso all'istituto della revocazione ex art. 395 cpc per dolo/falsità di documenti/omissione dell'esame di documenti rilevanti/errori di fatto o documentali del decreto di omologa ⁽¹²⁾.

5. Ricondotti gli accordi di ristrutturazione alla categoria delle procedure concorsuali, occorre però chiedersi, in concreto, al di là dell'aspetto "catalogatorio" che cosa significhi inserire o meno l'accordo nella categoria della procedura concorsuale. Ad una prima sommaria analisi potrebbe sostanzialmente significare quattro cose: *(i)* applicazione analogica all'accordo ex art. 182 *bis* 1. fall. di norme previste per le procedure concorsuali (soprattutto il concordato preventivo); *(ii)* consecuzione tra procedure concorsuali ai fini della decorrenza del periodo sospetto; *(iii)* riconoscimento della prededuzione oltre le previsioni degli artt. 182 *quater* e *quinquies*; *(iv)* assoggettamento dell'imprenditore/degli organi sociali alle responsabilità derivanti dalle norme fallimentari anche penali.

⁽¹¹⁾ V. Cass., 5.7.2016, n. 13719, in www.ilcaso.it e Cass., 19.12.2016, n. 26226, in www.ilcaso.it.

⁽¹²⁾ Sull'applicabilità della revocazione a provvedimenti diversi da sentenze, quali decreti che abbiano una natura decisoria, v. Trib. Milano, 6.4.2017, in www.ilcaso.it relativo ad un decreto di esclusione dello stato passivo.

Ma non solo. Come opportunamente segnalato da Trentini ⁽¹³⁾, far rientrare l'accordo di ristrutturazione tra le procedure concorsuali significa rendere applicabile il regolamento comunitario sulle procedure transfrontaliere 2015/848 ai fini della gestione unitaria della crisi; la non assoggettabilità di banche e intermediari all'accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 80 del TUB; l'applicabilità ai dipendenti di un'impresa che ha stipulato un accordo di ristrutturazione degli strumenti di integrazione salariale previsti per le procedure concorsuali; l'estensione del diritto di escussione individuale del pegno previsto nei contratti di garanzia finanziaria per il caso di apertura di procedura concorsuale.

Insomma, si aprono scenari fino ad ora non esplorati.

A ben vedere, nell'accordo di ristrutturazione alcuni degli aspetti appena evidenziati sono stati disciplinati dal legislatore: si pensi alla prededuzione (non generale ma) per i soli finanziamenti concessi in occasione della ristrutturazione dell'indebitamento e all'applicazione della disciplina penale fallimentare (art. 236 l. fall.) anche all'accordo di ristrutturazione.

Si tratta, per la verità, di norme la cui applicazione all'accordo di ristrutturazione presenta qualche problema. Ad esempio, l'istituto della prededuzione (art. 182 *quater* e *quinquies* l. fall.) non ha alcuna rilevanza sostanziale all'interno dell'accordo di ristrutturazione durante la sua fisiologica esecuzione: l'accordo deve infatti garantire l'integrale pagamento dei debiti (salvo quelli appartenenti a creditori con i quali si è pervenuti ad accordi diversi). Invece, nel caso in cui l'accordo non vada a buon fine e quindi l'impresa debba essere sottoposta a una vera e propria procedura concorsuale, occorre capire "per quanto tempo" opera la prededuzione. Si deve infatti trattare della stessa crisi/insolvenza che ha condotto prima all'accordo di ristrutturazione e poi all'apertura della procedura concorsuale ed è un accertamento che va fatto caso per caso da parte degli organi della successiva procedura concorsuale. La stessa soluzione dovrebbe

⁽¹³⁾ Op. cit., 289.

essere adottata per tutte le prededuzioni maturate in esecuzione dell'accordo con il rischio non infondato e non irrilevante della proliferazione incontrollata di prededuzioni una volta omologato l'accordo⁽¹⁴⁾.

L'estensione della disciplina penale fallimentare all'accordo di ristrutturazione avvenuta nel 2015 era stata giustamente criticata⁽¹⁵⁾ e, anzi, appariva una indebita ingerenza in quello che all'epoca era considerato un accordo di natura privatistica⁽¹⁶⁾. Si consideri, ad esempio, che negli altri ordinamenti che prevedono norme analoghe all'art. 182 *septies* (*sauvegarde financière accélérée* in Francia e lo *scheme of arrangement* in Gran Bretagna) non vi è nessun rinvio a norme penali fallimentari. Esistono già le norme penali generali (ad es. falso, truffa, ecc.) che possono essere utilmente applicate anche a comportamenti criminosi avvenuti in occasione di accordi di ristrutturazione dei debiti, senza necessità di applicare norme generali speciali.

Tuttavia, se si passa da una prospettiva privatistica dell'accordo di ristrutturazione ad una vera e propria procedura concorsuale, si pone il problema dell'applicazione all'accordo dei reati fallimentari. Le norme attuali e il Codice della Crisi circoscrivono le bancarotte al solo caso di fallimento/liquidazione giudiziale. L'unica norma penale fallimentare che riguarda l'accordo di ristrutturazione è l'art. 236 l. fall. attuale e il futuro art. 358 del Codice riproduce esattamente il contenuto dell'art. 236 l. fall.

Sotto questo profilo, attesa la specialità delle norme penali, ritengo si debbano escludere applicazioni estensive all'accordo delle norme previste per il fallimento/liquidazione giudiziale.

⁽¹⁴⁾ Così BONFATTI, *I "cerchi concentrici" della concorsualità e la prededuzione dei crediti ("dentro o fuori"?)* in www.ilcaso.it.

⁽¹⁵⁾ In tal senso PANZANI, *Introduzione* ad AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa*, cit., 46. Per un giudizio comunque critico della nuova norma v. IANNACONE, *Aspetti penali nella miniriforma fallimentare*, in SANDULLI e D'ATTORRE (a cura di) *La nuova miniriforma della legge fallimentare*, Torino, 2016, 347.

⁽¹⁶⁾ Così APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione*, cit., 6.

Non si può invece escludere un'applicazione analogica all'accordo delle norme sulla responsabilità degli organi sociali che il Codice della Crisi prevederà per il caso di concordato preventivo liquidatorio (v. art. 120 del Codice).

Infine, per quanto riguarda l'applicazione analogica delle norme fallimentari (soprattutto delle norme sul concordato) all'accordo di ristrutturazione ci avventuriamo su un terreno totalmente inesplorato. Cass. 12.4.2018 n. 9087, ad es., ha cassato una decisione della Corte d'Appello di Trieste che non aveva consentito l'applicazione all'accordo di ristrutturazione dell'art. 162 l. fall. in tema di concordato, norma che consente al debitore di ottenere un termine non superiore a 15 giorni per apportare "*integrazioni al piano e produrre nuovi documenti*". E' solo un esempio, perché in realtà le norme applicabili analogicamente – soprattutto sul concordato – potrebbero teoricamente essere moltissime: si pensi al ruolo del giudice in sede di omologa dell'accordo, all'applicazione al 182 *bis* liquidatorio della disciplina sulle offerte concorrenti, all'ammissibilità di proposte concorrenti, alla disciplina sui contratti pendenti, alla risoluzione/annullamento dell'accordo con sostituzione della disciplina concorsuale rispetto a quella pattizia.

Probabilmente buona parte degli istituti appena menzionati è inapplicabile all'accordo di ristrutturazione (penso ad es. alle proposte concorrenti), ma già la disciplina sui contratti pendenti con riferimento al loro eventuale scioglimento potrebbe essere applicabile analogicamente così come la disciplina sulle offerte concorrenti in caso di accordo di ristrutturazione liquidatorio.

A conclusione di queste brevi note, formulo un modesto suggerimento: sarebbe utile che in sede di stesura finale del Codice dell'Insolvenza e della Crisi, prima o dopo la sua emanazione, e nel periodo dell'auspicata lunga *vacatio legis*, venisse legislativamente sancita la nuova natura dell'accordo di ristrutturazione e fossero chiaramente definite le norme applicabili. Altrimenti il rischio di interpretazioni difformi, soprattutto con riferimento alle norme fallimentari applicabili, sarebbe troppo elevato.