

## DAL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA AGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE SENZA PASSARE DA SATURNO

di MASSIMO FABIANI

Sommario: 1. Gli accordi di ristrutturazione in un recente saggio. – 2. Il resistibile percorso interpretativo della Cassazione. – 3. Gli accordi nel nuovo codice della crisi.

1. In un recente bel saggio pubblicato su questa Rivista, Marco Arato (*Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)), dopo aver ricordato di avere per lungo tempo difeso la tesi che voleva porre gli accordi di ristrutturazione dei debiti all'esterno del, per vero incerto, palinsesto delle procedure concorsuali, dichiara di (scientificamente parlando) arrendersi al sopravanzare della tesi opposta, marcata (i) da tre sentenze della Corte di Cassazione (Cass. 18 gennaio 2018 n. 1182, Cass. 12 aprile 2018 n. 9087 e Cass. 21 giugno 2018, n. 16347), (ii) dal Regolamento n. 848/2015 dell'Unione Europea e (iii) dallo schema di decreto delegato elaborato dalla Commissione Rordorf.

Chi, invece, da sempre aveva condiviso la tesi della concorsualità, ha da ultimo 'santificato' l'approdo cui è giunta Cass. 9047/2018 (TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*, in *Fallimento*, 2018, 988).

A mio sommosso avviso nessuno dei tre pilastri ha natura portante e l'edificio costruito dalla Cassazione è molto meno solido di quanto sia apparso a Marco Arato al quale devo l'immagine 'astronomica' declinata nel titolo di queste brevi note.

2. Prima dell'arresto citato, già i giudici di legittimità (con la guida del Presidente Didone, presente in tutti i collegi giudicanti) con la sentenza n. 1182/2018 avevano valicato la valle della concorsualità ma la decisione mi era apparsa ancora incompiuta sì da lasciare aperto il campo ad una serie di obiezioni (v. FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2018, 288) che non meritano di essere qui ribadite, non fosse altro perché sono già state ampiamente esaminate proprio da Cass. 9087/2018 che, puntigliosamente smentisce ad una ad una le ragioni che avevo addotto per giustificare la tesi opposta a quella cui era giunta la Suprema Corte.

Non è forse inutile ricordare che occorre avere piena consapevolezza che le distanze fra il concordato e gli accordi di ristrutturazione si sono accorciate (v., FABIANI, *Gli accordi di ristrutturazione nella cornice della tutela dei diritti e la rilevanza della fattispecie speciale di cui all'art. 182 septies l.fall. in chiave di collettivizzazione della crisi*, in *Fallimento*, 2016, 917) e che gli accordi esprimono complessità e ambiguità, anche al lume degli accordi ad efficacia estesa con gli intermediari finanziari (art. 182-septies l.fall.).

Fatte queste premesse, occorre porre all'attenzione del Tribunale le ragioni per le quali la motivazione della S.C. non è condivisibile.

La confutazione va declinata con riguardo alla sentenza n. 9087/2018, ovverosia la decisione (est. Vella) che contiene una motivazione più ampia.

(i) A pag. 10 della motivazione si legge che sarebbe esistito un già sedimentato indirizzo della S.C. nel senso della concorsualità degli accordi. Si tratta di una affermazione, quanto meno, inesatta perché alla data del 9 aprile 2018 era nota solo la sentenza n. 1182/2018 che conteneva un richiamo improprio alla incerta categoria degli 'istituti concorsuali'.

(ii) A pag. 12 si dice che la concorsualità degli AdR sarebbe comprovata dall'art. 111 l.fall., ma tale postulazione è del tutto sconnessa perché in tale disposizione si parla di procedure concorsuali e non v'è alcuna catalogazione; altrettanto irrilevante è il richiamo alla norma che consente di accedere agli AdR anche agli imprenditori agricoli; se mai, una tale previsione (art. 23 d.l.

98/2011) ove si dovessero leggere gli AdR come procedure concorsuali sarebbe palesemente incostituzionale in quanto gli imprenditori agricoli avrebbero a disposizione alcune procedure concorsuali e non altre.

(iii) A pag. 12, ancora, si assume che il concordato preventivo e gli accordi sarebbero strumenti interscambiabili vista la c.d. 'passerella', ma si tratta di precisazione inesatta perché quando era stato coniato il termine si era, proprio, precisato che non esiste perfetta biunivocità di effetti (FABIANI, *La «passerella» reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)).

(iv) A pag. 13 si fa richiamo al Regolamento europeo 848/2015 sull'insolvenza transfrontaliera. Ma, l'art. 2 definisce la procedura concorsuale come una procedura che comprende tutti o una parte significativa dei creditori. Si tratta di una definizione di diritto europeo e non di diritto interno. Di poi si parla di procedure di insolvenza con rinvio all'Allegato (A), il quale, con riguardo all'Italia, include una bizzarra 'liquidazione dei beni' che nel nostro ordinamento non si sa bene a cosa corrisponda.

(v) A pag. 14 si dice: *“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 ... 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”*. Forse la Corte di legittimità si è fatta prendere dal 'perimetro immaginario', là dove ha incluso fra le procedure concorsuali persino le convenzioni di moratoria di cui all'art. 182-*septies* l.fall. che mai nessuno aveva avuto l'ardire di collocare nella concorsualità e

che non prevedono alcun tipo di intervento omologatorio del giudice.

(vi) L'ultimo passaggio della motivazione è quella di 'cifatura' della concorsualità, racchiusa fra: (a) pubblicità del procedimento; (b) coinvolgimento di tutti i creditori; (c) interlocuzione con l'autorità giudiziaria ai fini protettivi (prima) e di controllo (poi). Orbene, la prova del nove della asistematicità della cifatura la si coglie nell'empito dei giudici di legittimità di aver voluto inglobare la convenzione di moratoria che tutti ben sanno, non produce alcun effetto protettivo sul patrimonio del debitore.

Per tutte queste considerazioni si deve confidare che le corti di merito vogliano discostarsi da questa scelta ideologica, come ha già fatto, senza timori, Trib. Reggio Emilia, 19 luglio 2018. Pres. Parisoli. Rel. Stanzani Maserati, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), di cui riporto il brano della motivazione che appare del tutto condivisibile: "La motivazione è pienamente da condividere: *“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: 1) 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) l'universalità degli effetti che essa produce sul patrimonio del debitore (coinvolto per l'intero) e verso i creditori (tutti indistintamente); 3) l'apertura del concorso tra i creditori e il blocco del decorso degli interessi sui crediti chirografari; 4) il principio della par condicio creditorum. Muovendo da queste considerazioni, appare condivisibile la tesi giurisprudenziale che attribuisce natura prevalentemente privatistica agli accordi di ristrutturazione dei debiti, che vengono così esclusi dal novero delle procedure concorsuali. Le argomentazioni che fondano tale convincimento sono molteplici e coerenti con le sopra accennate premesse: i) 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; ii) 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 codice civile; iii) con la sottoscrizione degli accordi e quindi con il consenso dei singoli creditori, l'imprenditore non è tenuto al rispetto delle cause legittime di prelazione". In dottrina si possono leggere le osservazioni di BONFATTI, I "cerchi concentrici" della concorsualità e la prededuzione dei crediti ("dentro o fuori" ?), [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).*

**3.** In occasione del commento a Cass. 1182/2018 avevo rilevato che la legge delega n. 155/2017 offre poco spazio di intervento al legislatore delegato.

Senonché, nella versione del codice della crisi elaborata dalla Commissione Rordorf nel mese di dicembre 2017 erano contenute varie disposizioni inclini ad includere, almeno in chiave sistematica, gli accordi di ristrutturazione nell'alveo delle procedure concorsuali. Infatti, si prevedeva, cumulativamente, che: (a) se sono concesse, a richiesta del debitore, misure protettive, il tribunale potesse nominare un commissario giudiziale; (b) il tribunale emettesse provvedimenti molto simili a quelli che oggi compaiono nel decreto di ammissione al concordato; (c) il debitore perdesse la piena sovranità sull'impresa viste le limitazioni al compimento di atti di straordinaria amministrazione.

Ci troviamo, ora, al cospetto del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (c.c.i.i.), di cui è noto lo schema che, per quanto è stato anticipato, dovrebbe a brevissimo termine essere licenziato dal Consiglio dei Ministri per poi venire avviato all'iter parlamentare delle consultazioni, peraltro, niente affatto vincolanti nell'esito.

Ecco, allora, l'importanza di indugiare su questo testo.

La prima notazione che s'impone è che nel quadro delle definizioni (v. art. 2) compare, ad esempio la definizione di 'domicilio digitale', ma non si trova alcuna definizione di 'procedura concorsuale'. Si potrebbe obiettare che bene ha fatto il legislatore a non cimentarsi in una disputa ideologica o dogmatica, ma così non è perché, poi, il sintagma 'procedura concorsuale' appare ben dieci volte e altre otto volte nella declinazione al plurale 'procedure concorsuali'. Tutto ciò sta a dimostrare che offrire una definizione di procedura concorsuale è più importante di

quanto non lo fosse sino ad ora, posto che nella legislazione quei vocaboli erano poco frequentati (v, nella legge fallimentare, i soli artt. 111 e 186-*bis* l.fall.).

Se si dovesse partire dalla tesi, qui avversata, che fra i satelliti del fallimento – quale paradigma della concorsualità - si ritrovano anche gli accordi di ristrutturazione nella nuova *release*, ne conseguirebbe: (a) dovrebbero essere trattate con priorità le cause in cui una parte è una impresa in AdR; (b) che l'impresa in concordato con piano di continuità partecipa ad una a.t.i., se nella a.t.i. partecipa anche una impresa in AdR, non può concorrere alle gare pubbliche; (c) che la regola sulla compensazione di crediti/debiti vale anche per le imprese in AdR; (d) che, parimenti, si applica il regime delle coobbligazioni solidali; (e) che gli effetti di inefficacia degli atti pregiudizievoli prendono data dall'AdR; (f) che gli AdR liquidatori comportano l'esdebitazione; (g) che si applicano anche agli AdR le misure relative alla protezione degli acquirenti di immobili da costruire; (h) che i crediti che sorgono durante gli AdR godono della prededuzione. Vi sono anche altre disposizioni ma meno importanti (ad esempio a proposito del deposito telematico degli atti).

In questa analisi della sequenza delle norme va, però, segnalato che v'è ne è almeno una che sembra contraddire il *diktat* della Cassazione. L'art. 288 c.c.i.i. si intitola "*Procedure concorsuali autonome di imprese appartenenti allo stesso gruppo*", ma poi nella declinazione regolatoria si esprime così: "*Nel caso in cui più imprese appartenenti a un medesimo gruppo siano assoggettate a separate procedure di liquidazione giudiziale ovvero a separate procedure di concordato preventivo, eventualmente dinanzi a tribunali diversi, gli organi di gestione delle diverse procedure cooperano per facilitare la gestione efficace di tali procedure*". Per l'art. 288, quindi, le procedure concorsuali sarebbero, solo, la liquidazione giudiziale e il concordato preventivo.

Questo dato testuale non va trascurato ma, di certo, non risolve il problema sì che occorre andare alla ricerca delle disposizioni ambigue.

L'art. 44 c.c.i.i. al comma 1, stabilisce che "*Il tribunale, su domanda del debitore di accedere a una procedura di regolazione concordata, pronuncia decreto con il quale:*". Si tratta di una previsione in larga parte sovrapponibile all'attuale art. 161 l.fall. e da sola non vuol dire che gli AdR siano, sol per questo,

una procedura concorsuale perché tale decreto non apre una procedura. Semmai, maggior rilievo andrebbe dato al comma 4, là dove *“Nel caso di domanda di accesso al giudizio di omologazione di un accordo di ristrutturazione, la nomina del commissario giudiziale può essere disposta solo in presenza di istanze per la apertura della procedura di liquidazione giudiziale.”* Rispetto al tessuto normativo della legge fallimentare, la nomina del commissario giudiziale aggiunge qualcosa, ma se non ci sono domande di apertura della liquidazione, l'impresa non sembra destinata ad essere sorvegliata.

Il nuovo art. 46 c.c.i.i. disegna gli effetti conseguenti alla domanda del debitore, ma si tratta di norma che riproduce gli effetti dell'attuale art. 161 l.fall. rispetto al concordato con riserva che non è stato espunto.

Il cambiamento davvero significativo che qui va enfatizzato, è rappresentato dall'art. 47 c.c.i.i. che si intitola *“Apertura del concordato preventivo”*, così prevedendosi un giudizio di apertura solo per il concordato preventivo.

Degli AdR non si parla qui; rispuntano nel comma 4 dell'art. 48 a proposito del giudizio di omologazione: *“Quando è depositata una domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione, i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla pubblicazione di cui all'articolo 45.”*

Sempre nell'art. 48 si dice che il tribunale provvede con sentenza (e non più con decreto), ma far dipendere da questo la riconduzione degli AdR alla concorsualità non è coerente perché, altrimenti, oggi non si dovrebbe discutere di concorsualità in quanto l'omologazione del concordato preventivo avviene per decreto (v., sui giudizi omologatori, CARMELLINO, *I giudizi di omologazione tra degiurisdizionalizzazione e contratto*, Napoli, 2018, 368 ss.).

Contrariamente a quanto mi era apparso nel testo della Commissione Rordorf, nel nuovo codice della crisi non vi è alcuna limitazione nel compimento degli atti d'impresa negli AdR una volta scavalcato il periodo di osservazione perché nell'art. 46 si fa riferimento alla (sola) apertura del concordato preventivo.

Gli artt. 54 e 55 c.c.i.i. disegnano il sistema di misure cautelari e protettive che, come è noto, non sono più automatiche, non

producendosi di *default* gli effetti di cui all'attuale art. 168 (o art. 182-*bis*) l.fall.

Se Cass 9087/2018 assume che connotato qualificante della concorsualità sia la previsione dell'interlocuzione con l'autorità giudiziaria per l'adozione di misure protettive sul patrimonio del debitore, i conti non tornano perché il debitore che presenta una domanda di AdR potrebbe non richiedere le misure di protezione.

Da ultimo, l'art. 62 c.c.i.i. descrive la convenzione di moratoria e trova conferma il fatto che a dispetto della marchiatura della concorsualità, non vi sia alcuna previsione di misure protettive, di omologazione e di pubblicità diffusa.

Pertanto, la nuova legge in divenire lascia del tutto impregiudicato il quesito di fondo se gli AdR siano un satellite di Saturno, *alias* liquidazione giudiziale.

Esistono argomenti ambivalenti, parole ambigue, incertezze di fondo che la forza d'imperio della Cassazione non può spazzare via, fermo restando che la soluzione qui avversata non è frutto di 'invenzione', ma non è 'irresistibile'.

Ma, allora, perché non risolvere la questione facendo ricorso ad un argomento funzionalistico? C'è davvero bisogno che gli AdR rientrino nel perimetro della concorsualità?

Sono state, *supra*, enunciate una serie di regole che andrebbero applicate agli AdR concorsualizzati, ma ove così accadesse torneremmo alla remota tesi secondo la quale gli AdR sono una variante del concordato preventivo e così perderebbero il loro *appeal* (DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2018, 61, pronosticava una equiparazione ai concordati che, forse, non è stata tradotta in diritto positivo).

Se si considera l'irrigidimento che coinvolge il concordato preventivo del nuovo codice della crisi, sarebbe buona cosa che le parti potessero dotarsi di uno strumento alternativo e non di un pallido concordato (v., GUERRERA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Crisi d'impresa e insolvenza*, a cura di Calvosa, Pisa, 2017, 63).