**Convegno: IL NUOVO CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E ALTRI SPUNTI IN MATERIA DI PROCEDURE CONCORSUALI.**

**GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO E IL LORO UTILIZZO –APPUNTI**

**-PREMESSA**

Si ringraziano l’Anc –Torino, l’Anf-Torino Piemonte, l’Accademia dei Dottori Commercialisti e l’Andoc per l’opportunità di confronto con il mondo dei professionisti del Piemonte e di Torino, che contribuiscono grandemente con il loro lavoro e la loro professionalità al buon funzionamento del nostro Tribunale e degli Uffici Giudiziari del Piemonte.

Il settore della riforma che questo intervento ha per oggetto è regolato da Il titolo IV del CCI che è intitolato: “Strumenti della regolazione della crisi” e che al capo I regola gli accordi, che si dividono in strumenti stragiudiziali, ossia i piani attestati di risanamento, e gli strumenti stragiudiziali soggetti ad omologazione.

Il legislatore ha preso atto, a distanza di pochi anni dall’introduzione dell’accordo di ristrutturazione, della necessità di effettuare modifiche per rendere più utilizzato tale istituto, rimuovendo criticità quali quelle relative ai creditori estranei non finanziari.

Dal punto di vista del Tribunale fallimentare, i risultati dei pochi accordi sono stati in maggioranza insoddisfacenti, in quanto non sempre le attestazioni sono state aderenti alla realtà e la mancanza del Commissario giudiziale ha impedito un controllo effettivo.

La riforma prevede il Commissario per il solo caso di presenza di istanza per la liquidazione.

Il punto sembra in sintonia con la Direttiva europea in materia di ristrutturazione e insolvenza, emanata definitivamente nel giugno 2019, a cui gli stati membri dovranno dargli attuazione in due anni, quindi nel 2021.

Sul punto infatti la Direttiva europea afferma all’art. 29 che “gli stati europei dovrebbero poter limitare la partecipazione obbligatoria delle autorità giudiziarie o amministrative alle situazioni in cui essa sia necessarie e proporzionata, tenendo pur sempre conto, tra l’altro, dell’obiettivo di tutelare i diritti e gli interessi dei debitori e delle parti interessate così come dell’obiettivo di ridurre i ritardi e i costi delle procedure.”

La direttiva è normativa di cui occorre tenere conto nel nostro lavoro.

Afferma la Direttiva che “L'obiettivo della presente direttiva è ***contribuire al corretto funzionamento del mercato interno nonché*** eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali, quali la libera circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento, che derivano dalle differenze tra le legislazioni e procedure nazionali in materia di ristrutturazione preventiva, insolvenza, ***esdebitazione e interdizioni***.”

Obiettivo è quindi quello di stabilire a livello di Unione Europea norme minime per le procedure di ristrutturazione preventiva come per le norme che portano all’esdebitazione dai debiti contratti dagli imprenditori. Questo avrebbe secondo l’Unione Europea una serie di vantaggi, consentendo a tutti gli imprenditori un accesso più rapido alle procedure con l’effetto che gli imprenditori sani possono continuare ad operare e quelli insolventi o sovra indebitati possono beneficiare di una seconda opportunità (punto centrale) con riduzione dei costi di ristrutturazione. Le società solo nazionali sono poche, e comunque l’insolvenza di un’impresa solo nazionale ha un effetto domino su altri soggetti.

Rimane salvo il regolamento europeo n. 2015/848 che è strumento limitato all’insolvenza transfrontaliera, prevede tra l’altro garanzie contro il trasferimento pretestuoso degli interessi principali del debitore da un paese all’altro, ma non affronta il problema delle disparità tra le norme nazionali che regolamentano le procedure di ristrutturazione ed insolvenza.

Occorrerà verificare la compatibilità tra le norme della direttiva e il codice della crisi (ad es. per quanto riguarda la continuità, le classi, la partecipazione dei dipendenti), anche al fine di evitare che poi ci siamo decisioni giurisprudenziali che creano incertezza.

Al di là di possibili frizioni tra le norme, la direttiva sembra scritta con una filosofia diversa, che è quella di strumento modulabile secondo le circostanze e le richieste delle parti (debitore e creditori) mentre il contenuto del CCI è più rigido.

Non sempre sarà facile perché il linguaggio usato è complesso, non sempre di facile lettura.

Tornando al CCI, si deve osservare che il legislatore ha distinto parte procedimentale (prospettandola come unitaria, con un unico percorso per arrivare ai diversi mezzi di gestione della crisi) distinguendola da quella dedicati ai singoli mezzi di gestione della crisi.

**-IL PIANO ATTESTATO ART. 56**

Il primo istituto che si incontra è il piano attestato.

La prima osservazione da fare è che esso non è più regolato all’interno della normativa sulla revocatoria, la riforma prende atto che la rilevanza del patto è più ampia di tale istituto.

Il CCI le riconosce la necessaria natura negoziale (si parla di accordi) escludendo la possibilità che si riteneva sussistente prima dei piani unilaterali.

I piani mantengono le loro principali caratteristiche:

-sono riservati all’imprenditore in stato di crisi o di insolvenza;

-l’imprenditore può essere anche non commerciale;

-la pubblicazione del piano nel registro delle imprese continua ad essere una mera possibilità e non un obbligo.

La norma prevede il contenuto minimo del piano.

Il piano deve avere data certa e deve indicare: a) la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa; b) le principali cause della crisi; c) le strategie d'intervento e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria; d) i creditori e l'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative; d) gli apporti di finanza nuova; e) i tempi delle azioni da compiersi, che consentono di verificarne la realizzazione, nonche' gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto.

Poiché già prima il piano doveva essere “idoneo a consentire il risanamento delle imprese e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria”, si pensava prima della riforma che potesse essere applicato solo alla continuità. Tesi rafforzata dal favor per la continuità della riforma.

Deve essere precisato nel piano il requisito della durata.

Permane la necessità di attestazione ad opera di un professionista indipendente che deve attestare la veridicita' dei dati aziendali e la fattibilita' economica e giuridica del piano (nel vecchio testo si parlava di attuabilità).

Il piano produce quale effetto protettivo e incentivante l’esenzione penale dai reati di bancarotta (art. 324 Le disposizioni di cui agli articoli 322, comma 3 (bancarotta preferenziale) e 323 (bancarotta semplice)) non si applicano ai pagamenti e alle operazioni computi in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o degli accordi in esecuzione del piano attestato).

L’rt 166 CCI prevede l’ esclusione dall’azione revocatoria per d) gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestato di cui all'articolo 56 o di cui all'articolo 284 e in esso indicati.

L'esclusione non opera in caso di dolo o colpa grave dell'attestatore o di dolo o colpa grave del debitore, quando il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia. L'esclusione opera anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria.

La Cassazione aveva affermato che (sentenza 13719/2016) per ritenere esenti dalla domanda di revocatoria fallimentare proposta dalla curatela gli atti esecutivi di un piano attestato di risanamento il giudice deve verificare, con giudizio "ex ante", la manifesta idoneità del piano medesimo, del quale gli atti impugnati costituiscono strumento attuativo, a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria della stessa.

Le decisioni assunte dalla Cassazione nel 2016 hanno proiettato una gravissima ombra di incertezza sull’efficacia dell’esenzione

Il nuovo testo dell’art. 166 comma 3) lett. D) riduce di molto l’incertezza per il terzo, prevedendo che l’esenzione venga meno in caso di dolo o colpa grave dell’attestatore o del debitore ma solo quando il creditore (o il terzo acquirente o partecipe all’atto) “ne (fosse) a conoscenza al momento del compimento dell’atto, del pagamento o della costituzione di garanzia”.

E’ vero che l’innovazione non incide direttamente sulla possibile necessità per il giudice di valutare, come nelle parole della Cassazione, la “manifesta attitudine” del piano di risanamento. Tuttavia, l’intento del legislatore appare quello di limitare il venir meno dell’efficacia protettiva del piano al solo caso in cui l’inadeguatezza del piano siano frutto del dolo o della colpa grave del debitore (o dei suoi professionisti) o dell’attestatore.

Del tutto innovativa, e sicuramente in grado di restringere di molto le ipotesi di non funzionamento dell’esenzione, è l’accento posto sullo stato soggettivo del terzo.

Da questo punto di vista il piano attestato potrebbe recuperare la fiducia degli operatori.

Si anticipa che l’esenzione da revocatoria riguarda anche gli accordi di ristrutturazione per gli atti posti in esecuzione degli stessi e gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dopo il deposito della domanda di accesso all’accordo di ristrutturazione.

Nella normativa sul piano attestato c’è l’aggiunta del requisito della data certa, già previsto dalla pratica, essenziale al fine dell’esenzione da revocatoria.

La norma dice che il piano deve essere rivolto “ai creditori”, il che fa presupporre che parrebbe destinato a dare attuazione ad un accordo con i soli creditori e non con i soggetti terzi (società interessate a concordare operazioni straordinarie ecc.).

E’ stata criticata la mancata previsione della prededucibilità dei crediti sorti per l’esecuzione del piano, ma non ancora pagati al momento dell’apertura del concorso con altri creditori.

**-GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE art. 57 e seg.**

L’ambito di applicazione degli accordi è stato ampliato dal CCI rispetto alla disciplina che li ha introdotti nel 2005. L’accordo di ristrutturazione è ora inserito in una strada procedimentale unitaria con il concordato che peraltro poi si divarica nella regolamentazione (44 e seg.). Viene confermata la strada comune del procedimento prenotativo, per quanto riguarda gli accordi di ristrutturazione la nomina del Commissario, come si diceva, è prevista per il solo caso in cui siano state presentate istanze per la apertura della liquidazione giudiziale.

Sono poi previste misure cautelari e protettiva previste anche per il concordato preventivo all’art. 54.

All’entrata in vigore della norma la dottrina si è divaricata tra chi riteneva l’istituto facente parte oppure no del novero delle procedure concorsuali.

La giurisprudenza (Cassazione n. 1182/2018 fonte Italgiureweb) ha sancito il principio secondo cui l’istituto dell’accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all’art. 182-bis l.fall., ancorché basato sugli accordi contrattuali senza alcun spossessamento e privo di alcuna regolamentazione relativa alla risoluzione o all’annullamento dell’accordo, appartiene agli istituti del diritto concorsuale, come è dato desumere dalla sua disciplina che presuppone, da un lato, forme di controllo e di pubblicità sulla composizione negoziata e, dall’altro, effetti protettivi.

La questione rileva in merito alla fallibilità dell’impresa che ha ottenuto un accordo omologato, perché. qualora si ritenesse l’istituto di carattere concorsuale, potrebbe applicarsi la medesima giurisprudenza che si è espressa (con soluzioni differenti) per il fallimento della società in concordato inadempiente nel caso in cui il concordato non sia stato risolto.

Il problema si pone però solo per l’omesso pagamento dei crediti oggetto di accordo, perché per quanto riguarda l’omesso pagamento dei creditori estranei il principio espresso dalla Cassazione (sentenza n. 13850/2019**)** è questo: “…deve ritenersi che nulla osti alla procedibilità di una domanda di fallimento presentata, dopo l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, da un creditore che ad esso sia rimasto estraneo. Diversamente opinando, si finirebbe infatti per privare quest'ultimo - che a quell'accordo ha legittimamente scelto di non aderire - di una fondamentale forma di tutela del proprio credito, da coordinare con gli interessi degli altri creditori aderenti all'accordo, in funzione della garanzia patrimoniale del debitore ex art. 2740 c.c. e del correlato principio della par conditio creditorum di cui all'art. 2741 c.c.. Inoltre, si consentirebbe una compressione dei suoi diritti tanto più inammissibile in quanto l'istituto degli accordi L. Fall., ex art. 182 bis fa perno proprio sul presupposto della loro idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei (fatte salve la dilazione di cui al comma 1 della norma citata e la possibilità della deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c. prevista dalla L. Fall., art. 182-septies, cui fanno eco i più ampi "Accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa" introdotti dall'art. 61 CCI), i quali perciò si pongono, rispetto all'accordo, in posizione analoga ai creditori non vincolati dagli effetti obbligatori del concordato omologato L. Fall., ex art. 184 l.f.”.

Il fatto che, come vedremo, mentre nella bozza Rordof del 2018 si prevedeva che il deposito dell’accordo di ristrutturazione avesse l’effetto protettivo previsto per il deposito del concordato rispetto ad esempio all’acquisizione di diritti di prelazione non concordati, oggi l’art. 46 cci prevede questo effetto solo per il concordato. Ciò comporta, secondo taluni, che neppure con la riforma si è risolto il problema circa la natura dell’accordo di ristrutturazione.

Caratteristiche degli accordi di ristrutturazione sono le seguenti:

-sono riservati all’imprenditore in stato di crisi o di insolvenza;

-l’imprenditore può essere anche non commerciale;

- e’ previsto che occorra, come nella vecchia normativa, l’accordo del 60% dei creditori.

Gli accordi devono contenere l'indicazione degli elementi del piano economico-finanziario che ne consentono l'esecuzione, che è novità, era elemento implicito.

Un professionista indipendente deve attestare la veridicita' dei dati aziendali e la fattibilita' economica e giuridica del piano.

L'attestazione deve specificare l'idoneita' dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini di cui al comma 3.

La legge regola le ipotesi di necessità di rinegoziazione del piano.

1.Se prima dell'omologazione intervengono modifiche sostanziali del piano, e' rinnovata l'attestazione di cui all'articolo 57, comma 4, e il debitore chiede il rinnovo delle manifestazioni di consenso ai creditori parti degli accordi. L'attestazione deve essere rinnovata anche in caso di modifiche sostanziali degli accordi.

2. Qualora dopo l'omologazione si rendano necessarie modifiche sostanziali del piano, l’imprenditore vi apporta le modifiche idonee ad assicurare l'esecuzione degli accordi, richiedendo al professionista indicato all'articolo 57, comma 4, il rinnovo dell'attestazione. In tal caso, il piano modificato e l'attestazione sono pubblicati nel registro delle imprese e della pubblicazione e' dato avviso ai creditori a mezzo lettera raccomandata o posta elettronica certificata. Entro trenta giorni dalla ricezione dell'avviso e' ammessa opposizione avanti al tribunale, nelle forme di cui all'articolo 48.

Questa possibilità di impugnativa postuma è stata criticata in dottrina, sembrando priva di giustificazione, il rimedio in questo caso essendo costituito dall’apertura della liquidazione.

Il CCI prevede poi due diversi tipi di accordi di ristrutturazione, ossia gli accordi di ristrutturazione agevolati e quelli ad efficacia estesa.

I primi sono previsti dall’art.60 secondo cui:

1. La percentuale di cui al all'articolo 57 comma 1, (ossia il 60%), e' ridotta

della meta' quando il debitore:

a) non proponga la moratoria dei creditori estranei agli accordi;

b) non abbia richiesto e rinunci a richiedere misure protettive

temporanee.

L’osservazione è che questo strumento sembra adatto a condizioni di difficoltà finanziaria lieve, considerando che è limitato al 30% dei creditori, peraltro l’istituto richiede uno stato di crisi (ossia di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l’insolvenza).

Per quanto riguarda invece gli accordi di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa previsti dall’art. 61, la riforma ha favorito l’istituto, ampliandone la portata con l’estensione dell’istituto a qualsiasi tipo di creditore.

L’art. 182 septies, introdotto nel 2015, prevedeva infatti che tale tipo di accordi si applicassero solo a banche e intermediari finanziari.

L’art. 61 prevede:

“1. Le disposizioni di cui alla presente sezione si applicano, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, al caso in cui gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, individuata tenuto conto dell'omogeneita' di posizione giuridica ed interessi economici. 2. Ai fini di cui al comma 1 occorre che:

a) tutti i creditori appartenenti alla categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative, siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonche' sull'accordo e sui suoi effetti;

b) l'accordo abbia carattere non liquidatorio, prevedendo la prosecuzione dell'attivita' d'impresa in via diretta o indiretta ai sensi dell'articolo 84, comma 2, e che i creditori vengano soddisfatti in misura significativa o prevalente dal ricavato della continuita' aziendale;

c) i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino il settantacinque per cento di tutti i creditori appartenenti alla categoria, fermo restando che un creditore puo' essere titolare di crediti inseriti in piu' di una categoria;

d) i creditori della medesima categoria non aderenti cui vengono estesi gli effetti dell'accordo possano risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

e) il debitore abbia notificato l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori nei confronti dei quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo.

3. I creditori della medesima categoria non aderenti ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo possono proporre opposizione ai sensi dell'articolo 48, comma 4. Per essi, il termine per proporre opposizione decorre dalla data della comunicazione.

4. In nessun caso, per effetto dell'accordo di ristrutturazione,ai creditori ai quali e' stato esteso l'accordo possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilita' di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. Non e' considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria gia' stipulati. “

In merito a questa norma si può osservare che è utilizzato il termine “categoria” che è meno rigido di quello di “classe”.

Una seconda novità riguarda la necessità di verifica di convenienza (61 c 2 lett. D), prevista in misura non inferiore alla liquidazione giudiziale. Nel testo attualmente vigente invece il confronto è con alternative concretamente praticabili (confronto quindi con altri strumenti di regolamentazione della crisi).

La riforma, prevedendo il confronto solo con liquidazione (come consentito dalla direttiva europea sulle ristrutturazioni), abbasserà probabilmente la soglia della convenienza.

Questo però potrebbe indurre giurisprudenza a maggiore severità rispetto a prima, in cui gli accordi avvenivano tra soggetti asseritamente in posizione paritaria.

La norma regola poi il caso di debiti verso banche e intermediari:

“5. Quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla meta' dell'indebitamento complessivo, l'accordo di ristrutturazione dei debiti puo' individuare una o piu' categorie tra tali tipologie di creditori che abbiano fra loro posizione giuridica ed interessi economici omogenei.

In tal caso il debitore, con il ricorso di cui all'articolo 40, puo' chiedere, anche se non ricorre la condizione prevista dal comma 2, lettera b), che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti appartenenti alla medesima categoria. Restano fermi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari. “

Il non ricorrere della condizione prevista dal comma 2 significa che in questo caso l’accordo può avere carattere liquidatorio.

Non c’è protezione rispetto a acquisto di titoli di prelazione non concordati né l’inefficacia di ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni, neppure –com’è attualmente\_ ai fini della formazione delle “categorie “ di creditori (art. 182 septies comma 3). Si perde così ogni effetto di riduzione del comportamento opportunistico del creditore non aderente, che è forse frutto di errore.

L’estensione dell’accordo anche a creditori non finanziari né professionali porterà alla ribalta il teme se, e in quale misura, debba essere rispettata una qualche forma di par condicio e di graduazione dei crediti.

L’art. 59 stabilisce poi tre principi essenziali ***(i)*** l’applicazione dell’art. 1239 c.c. ai creditori aderenti ad un accordo di ristrutturazione, ***(ii)*** la conservazione, in caso di estensione dell’efficacia degli accordi di ristrutturazione ai creditori non aderenti, dei diritti di quest’ultimi verso i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso, e ***(iii)*** l’estensione, salvo patto contrario, degli effetti dell’accordo di ristrutturazione ai soci illimitatamente responsabili, i quali, se hanno prestato garanzia continuano a rispondere per tale diverso titolo.

Torino, novembre 2019

Dott. Cecilia Marino