

La natura giuridica degli accordi di ristrutturazione

1. Con la decisione n. 1182 del 18 gennaio 2018 la Corte di Cassazione (Sezione Prima Civile!) afferma che l'Accordo di Ristrutturazione previsto dagli artt. 182-*bis* ss. L.fall. ("l'Accordo") "*appartiene agli istituti del diritto concorsuale*"; ovvero "*al diritto concorsuale*".

Nonostante la genericità delle espressioni utilizzate, non pare che possano esservi dubbi sulla attribuzione alla Suprema Corte, nel caso di specie, dell'opinione che l'Accordo *ex art. 182-bis* l.fall. costituisca una "*procedura concorsuale*" propriamente detta: la questione controversa, infatti, affermava "*al particolare atteggiarsi del rapporto tra l'art. 111 l. fall. e l'istituto dell'Accordo di Ristrutturazione*", a proposito dell'attribuibilità o meno del collocamento in prededuzione a crediti professionali sorti "in funzione" di un Accordo *ex art. 182-bis* l.fall.: dubbio che viene risolto dalla Suprema Corte in senso positivo, evidentemente ritenendo applicabile l'art. 111 l.fall. – che il diritto positivo riserva alle "*procedure concorsuali di cui alla presente legge*" (fallimentare) – anche all'Accordo di Ristrutturazione.

2. La Suprema Corte illustra, sviluppa e conclude il ragionamento che la conduce alla soluzione sopra riferita, (letteralmente) *in dieci righe* (scarse) – nonostante la esplicita ammissione che "*la questione sottostante*" (i rapporti tra la disciplina dell'art. 111 l.fall. e quella dell'Accordo di Ristrutturazione) "*non ha precedenti nella giurisprudenza della Corte*" -: il che non può non sorprendere, attesa - a non dir d'altro - la non banale rilevanza degli interessi economici investiti dalla soluzione attribuita alla questione controversa.

Ciò precisato, la sinteticità (o sommarietà?) della decisione commentata potrà giustificare – ci si augura – la sommarietà (o sinteticità?) delle osservazioni riservatele in questa sede, in prima battuta.

3. La decisione in commento motiva (per così dire) la conclusione, alla quale perviene, ricavando "*la appartenenza agli istituti di diritto concorsuale*" dell'Accordo di Ristrutturazione *ex art. 182-bis* da taluni

(asseriti) indici, ricavabili “*dalla disciplina alla quale nel tempo è stato assoggettato dal legislatore*”. In rapida sintesi, gli indici rilevanti ai fini dell’attribuzione all’Accordo della natura di “procedura concorsuale” sarebbero i seguenti:

a) “*condizioni di ammissibilità*”: non si vede però, in linea di massima, quali esse siano. Un giudizio di “ammissione” al procedimento che può sboccare in un “Accordo”, non è previsto!

A meno che si scambino le “*condizioni di ammissibilità*” con i *presupposti di omologabilità* dell’Accordo, una volta depositato: ma tali presupposti costituiscono un profilo tutt’affatto diverso da quelli che condizionano la “ammissibilità” del ricorso all’istituto;

b) “*deposito presso il tribunale competente*”: la (non) sintomaticità dell’indice, con riguardo all’attitudine ad attribuire o meno ad un procedimento la natura di “procedura concorsuale”, si commenta da sé;

c) “*pubblicazione al Registro delle Imprese*”: stessa conclusione (anche il Piano di Ristrutturazione Attestato *ex art. 67, co. 3, lett. d) l.fall.*) deve essere pubblicato, se vuole conseguire pienezza degli effetti – *cfr. art. 88, co. 4, d.p.r. n. 971/1986*, che condiziona a detta pubblicità la neutralità fiscale della eventuale remissione del debito, per la parte che eccede la perdita di periodo -);

d) “*necessità di omologazione*”: poiché la natura (o meno) di “procedura concorsuale” dipende (almeno a parere di chi scrive) dagli effetti attribuiti dalla legge ad un determinato procedimento, non è dalla sua sottoposizione ad omologa giudiziale che può essere ricavata una risposta al quesito sulla sua natura: l’omologa giudiziale condiziona *la produzione* degli effetti conseguenti alla instaurazione di un determinato procedimento: non ne determina – invece – *i contenuti*;

e) “*meccanismi di protezione temporanea*”: nel procedimento di “Accordo” *ex art. 182-bis l. fall.* i “meccanismi di protezione” che si producono non hanno la funzione loro assegnata nelle “procedure concorsuali” propriamente dette (fallimento; concordato preventivo; ecc.). Nelle procedure concorsuali, i meccanismi sono rivolti *a proteggere i creditori* (contro gli atti di disposizione del debitore attentanti alla integrità del patrimonio; contro la effettuazione di pagamento “preferenziali” o la costituzione di garanzie “discriminatorie”; contro le iniziative di singoli creditori comportanti la alterazione della *par condicio creditorum* – *cfr. artt. 44 e 45 l. fall.*; *cfr.*

artt. 16, co. 7 e 169 l. fall. -); nell'Accordo di Ristrutturazione i "meccanismi protettivi" invocati dalla Suprema Corte hanno la funzione di *proteggere il debitore* (contro iniziative cautelari od esecutive dei creditori), non apprestando - invece - alcuna tutela per i creditori, né nei confronti degli atti di disposizione del debitore (che sono perfettamente validi ed opponibili, suscettibili a tutto concedere di giustificare la risoluzione dell'Accordo se contrari al suo contenuto, ma senza per ciò perdere di validità); né nei confronti dei pagamenti "preferenziali" (finanche rivolti all'estinzione di debiti pregressi, e rimuovibili con esclusivo ricorso all'azione revocatoria nell'eventuale fallimento consecutivo - cfr. anche *infra*, n. 4 - , ma non con richiamo ad una inesistente inefficacia od inopponibilità); né nei confronti degli atti costitutivi di garanzie "discriminatorie" (essendo il previsto divieto di acquisire titoli di prelazione limitato ai soli atti costitutivi di garanzie reali "*non concordati*" con il debitore - *quindi ancora una volta in funzione protettiva dello stesso contro il rischio delle ipoteche giudiziali dei creditori* -, senza che ciò impedisca la costituzione di garanzie volontarie - cioè "*concordate*");

f) "*esonero da revocabilità di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in sua esecuzione*": trattasi di indice da giudicare (di per sé) non significativo, essendo comune a procedimenti - quale il Piano di Risanamento Attestato: cfr. art. 67, co. 3, lett. d) l.fall. - di cui non si dovrebbe dubitare la *estraneità* al novero delle "procedure concorsuali";

g) "*forme di controllo... sulla composizione negoziata*": anche la sussistenza di un controllo giudiziale sulla esistenza dei presupposti per la produzione di determinati effetti giuridici *nulla dice* - di per sé - sul *contenuto* di tali effetti, e dunque sulla loro attitudine (o meno) a giustificare l'assimilazione del procedimento relativo alle "procedure concorsuali";

h) "*forme di... pubblicità sulla composizione negoziata*": vale quanto riferito *sub* lett. c) e *sub* lett. g);

i) "*effetti protettivi*": non ne sussistono, se non nei limiti (e con le conseguenze) esposti *sub* lett. e).

4. Quel che più rileva, peraltro, nella valutazione della condivisibilità della conclusione alla quale perviene la Corte di Cassazione, è rappresentato dalla mancanza di qualsiasi attenzione alla

considerazione delle conseguenze che derivano sul piano delle relazioni con una serie di norme di diritto positivo che contraddicono il risultato conseguito dalla Suprema Corte.

Una volta attribuita natura di “procedura concorsuale” all’Accordo di Ristrutturazione, infatti, si può osservare – in prima battuta, e senza presunzione di completezza – che:

a) non si comprende perché ai fini della “retrodatazione” del c.d. “periodo sospetto” rilevi l’apertura del procedimento di Concordato preventivo, rispetto al fallimento consecutivo, e non rilevi invece – deponendo in senso inequivocabilmente contrario l’art. 69-*bis*, co. 2, l.fall., che attribuisce rilievo, sotto tale profilo, esclusivamente al Concordato preventivo – la pregressa omologazione di un “Accordo”;

non si comprende la differenza della disciplina disposta per il pagamento dei cc.dd. “fornitori strategici” nel Concordato preventivo e nell’Accordo di Ristrutturazione. Per entrambe le fattispecie è prevista (*cf.* art. 182-*quinquies*, co., 5 e co. 6, l.fall.) la *autorizzazione giudiziale* alla effettuazione di tali pagamenti: ma la circostanza che la esenzione dall’azione revocatoria “*di cui all’articolo 67*” dei pagamenti autorizzati sia prevista *esclusivamente* per i pagamenti effettuati in corso di “Accordo”, dimostra: (i) che per i pagamenti di crediti pregressi (di “fornitori strategici”) nel Concordato preventivo, l’autorizzazione ha la funzione di *superare un divieto* (il divieto del pagamento dei debiti pregressi, pacificamente ricavato dalla disciplina del Concordato). L’autorizzazione non ha invece la funzione di esentare il pagamento dall’azione revocatoria fallimentare, perché i pagamenti effettuati (*nel corso* del Concordato preventivo, dunque *dopo* l’apertura) non sono revocabili, essendo ciò incompatibile con l’affermazione della revocabilità dei pagamenti effettuati *prima* dell’apertura del Concordato, e *a ritroso* (*cf.* art. 69-*bis*, co. 2, l.fall.). I pagamenti effettuati nel corso del Concordato sono semplicemente *opponibili* (se legittimi) ovvero *inopponibili* (se non autorizzati); mentre (ii) per il pagamento di crediti pregressi (di fornitori strategici) nell’Accordo di Ristrutturazione, l’autorizzazione deve essere richiesta *soltanto* allo scopo di sottrarre il pagamento di debiti pregressi alla (altrimenti proponibile) azione revocatoria fallimentare, rimanendo – per il resto – un atto perfettamente legittimo e come tale opponibile ai creditori (*supra*, n. 3 lett. e). Per non dire – e qui si può concludere la breve riflessione dedicata alla decisione della Corte – che neppure si

comprende come si ritenga di potere parlare di “concorso” a proposito di un istituto (l’Accordo *ex art. 182-bis* l fall.) che potrebbe coinvolgere anche *un solo creditore* (poniamo, la Capogruppo che avesse concesso alla controllata crediti finanziari o commerciali per oltre il 60% dell’indebitamento complessivo), mantenendo *estranei tutti gli altri*.