

Formazione del piano

La predisposizione del piano attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti

di Luigi Abete

L'Autore riflette sulla dinamica, "interna" all'impresa, segnatamente all'impresa societaria in relazione alla predisposizione di un piano attestato di risanamento e di una proposta di accordo di ristrutturazione. Quindi, nel segno della dimensione negoziale dell'uno e dell'altro istituto e, alla luce dei requisiti essenziali del contratto, ne identifica e qualifica i diversi snodi del percorso formativo, proiettandosi nel solco di un'opzione esegetica che ambisce a caratterizzare pur i passaggi successivi ed "esterni" all'impresa, precipuamente l'apporto imprescindibile dell'autorità giudiziaria.

1. Premessa

L'approccio che al piano attestato di risanamento e di riequilibrio, di cui alla lett. d), terzo comma dell'art. 67 l.fall., ed agli accordi di ristrutturazione dei debiti, di cui all'art. 182 bis l.fall. (1), solitamente si registra, pare aver una ben precisa connotazione; propriamente, allorché tali istituti divengono oggetto di riflessione teorica, l'analisi sembra protesa prevalentemente ad esaminarne, a vagliarne l'efficacia.

La sensazione, accreditata in verità dalla scarsa disciplina positiva, incisivamente proiettata alla regolamentazione della sfera degli effetti, è quella per cui le vicende interne all'impresa, vicende il cui corso ed il cui esito segnano la genesi e del "piano" e dell' "accordo", *recte* della proposta di "accordo", e, dunque, le vicende che precedono il momento del loro perfezionamento, rimangono alquanto nell'ombra.

Non si nega, in verità, che, allorché l'imprenditore che si avvale dell'una o dell'altra *chance*, abbia veste individuale, sia persona fisica, lo scarso interesse della prospettiva - almeno in apparenza - negletta, possa in certa qual misura avere una qual giustificazione.

È indubitabile, comunque, che la "trascurata" prospettiva d'analisi ha una sua significativa rilevanza

allorché l'imprenditore ha veste collettiva, segnatamente societaria: in simile evenienza il percorso genetico è naturalmente complesso e la sua valenza involge non solo la disciplina degli atti negoziali, ma anche - evidentemente - la disciplina delle società.

2. La natura negoziale del "piano attestato" e dell'accordo di ristrutturazione

Qualsivoglia indagine che abbia ad oggetto il percorso destinato a concludersi con l'adozione del piano attestato di risanamento e di riequilibrio ovvero con la stipulazione dell'accordo, degli accordi di ristrutturazione dei debiti postula la compiuta definizione della natura e dell'una e dell'altra figura.

Siffatta preliminare operazione utilmente soccorre ai fini della individuazione del complesso normativo cui aver riferimento non solo in relazione agli ordinari sviluppi e dell'uno e dell'altro *iter*, ma pur in relazione alle eventualità che in maggiore o minor misura denotano vizi e si qualificano pertanto in guisa patologica.

Si è altrove esplicitato (2) che la disciplina fuoriuscita dalla "riforma", in coerente connessione con il regime di disponibilità - prefigurato *ex novo* - dello stato di insolvenza (3), ha creato una nuova generale tipologia negoziale, più esattamente ha dato

(1) La rubrica dell'art. 182 bis l.fall. recita: "accordi di ristrutturazione dei debiti"; nel corpo dell'art. 182 bis l.fall. è disciplinato l'"accordo di ristrutturazione dei debiti".

(2) Cfr. L. Abete, *La struttura contrattuale del concordato*

preventivo: riflessioni a latere della sentenza n. 1521/2013 delle Sezioni Unite, in *Dir. fall.*, 2013, I, 867.

(3) Disponibilità quale palesata - da altro versante - dall'espunzione, dal testo dell'art. 6 l.fall., dell'iniziativa officiosa e

corpo al *genus* dei negozi di regolazione della crisi di impresa (4).

A tale *genus* vanno ascritti, quali singole *species*, il contratto (5) di concordato preventivo, l'accordo, gli accordi, *recte* il contratto, i contratti, di ristrutturazione dei debiti, il negozio unilaterale a contenuto patrimoniale di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall., ossia il piano attestato di risanamento e di riequilibrio.

Il "riformatore", quindi, nell'ambito del più ampio *genus* ha dato vita a tre figure negoziali tipiche, ciascuna connotata da una sua propria causa (6), da una sua propria oggettiva funzione economico-sociale (7), ancorché destinata a rispecchiare, a riflettere il profilo funzionale - regolazione della crisi - della categoria di appartenenza.

In questa sede si prescinde dal (contratto di) concordato preventivo.

Si rappresenta, per un verso, che l'astratta funzione economico-sociale del negozio unilaterale a contenuto patrimoniale di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall. è esplicitata dalla locuzione «che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria», inciso che va-

le, appunto, a delineare l'oggettivo profilo funzionale del "piano" attestato.

Si rappresenta, per altro verso, che l'astratta funzione economico-sociale del contratto, dei contratti di cui all'art. 182 bis l.fall. è espressa dalla finalità della "ristrutturazione", lemma estraneo al lessico del codice civile, nondimeno da intendere in guisa di modificazione di uno o più degli elementi strutturali, oggettivi o soggettivi, dei rapporti obbligatori (8) facenti capo all'imprenditore in crisi (9). Più esattamente è espressa in forma binaria, in relazione ai crediti degli assenzienti, dalla finalità di "ristrutturazione" *ex voluntate partum*, in relazione ai crediti degli *extranei*, dalla finalità - destinata a risolversi nell'integrazione contenutistica dei regolamenti contrattuali con gli *extranei* siglati - di "dilazione", siccome, quest'ultima, doppiamente caratterizzata alle lett. a) e b) del primo comma dell'art. 182 bis l.fall., in ogni caso costituente una "ristrutturazione" seppur *contra voluntatem* di parte del ceto creditorio (10).

Si puntualizza, da un lato, in ordine al negozio unilaterale a contenuto patrimoniale di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall., che il profilo del "risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa", perseguibile eventualmente non già mediante la "sod-

dalla tipizzazione, all'art. 7 l.fall., delle ipotesi in cui il pubblico ministero è abilitato ad agire per la dichiarazione di fallimento.

(4) Le «varie figure negoziali tipiche [...] si possono distinguere secondo tipi contrattuali generali che rispecchiano generali esigenze della vita di relazione. In base a questo criterio possono distinguersi, tra gli altri, contratti di scambio; liberalità; concessioni in godimento; prestazioni di servizi; contratti associativi; transazioni [...]»: così C.M. Bianca, *Diritto civile 3 il contratto*, Milano, 2000, 487. Il terzo comma dell'art. 160 l.fall., dal canto suo, non fornisce alcuna definizione di "crisi", giacché si limita, unicamente, a statuire che «per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza»; la crisi, dunque, ricomprende in sé l'insolvenza, ma quest'ultima non ne esaurisce l'ambito.

(5) In ordine alla qualificazione in guisa di contratto "imposto", *ope legis aut ope iudicis*, del concordato preventivo cfr. L. Abete, *La natura giuridica del concordato preventivo senza classi: prove minime di qualificazione*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 208.

(6) «La causa va intesa con riferimento alla specie e non al genere negoziale»: così F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, 173.

(7) La teoria della causa quale funzione "economico-sociale" del negozio è stata espressa, tra gli altri, da E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 174 ss.; l'Autore identifica la causa con l'«interesse sociale oggettivo, e socialmente controllabile, cui il regolamento contrattuale deve rispondere». La medesima nozione è recepita nella relazione al codice civile: quivi, al n. 613, si afferma che «la causa è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce ai suoi fini e che solo giustifica la tutela dell'autonomia privata».

(8) «I rapporti giuridici si costituiscono, si modificano, si estinguono. Se la costituzione e l'estinzione riguardano l'intero rapporto, le modificazioni ne investono invece un elemento, lasciando inalterata, per definizione, l'identità del rapporto: que-

sto rimane lo stesso, sebbene muti il soggetto attivo o il soggetto passivo o l'oggetto o il contenuto»: così F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 89.

(9) In termini più o meno analoghi cfr. C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista*, 2006, 129, secondo cui «la locuzione "ristrutturazione dei debiti" indica, in via di prima approssimazione, non l'estinzione, ma la modificazione della "struttura" (ossia degli elementi più caratterizzanti, quali la scadenza, gli interessi, l'ammontare, le garanzie) dei debiti dell'impresa e, in teoria, prescinde dal c.d. "riequilibrio finanziario" (ossia il bilanciamento dei flussi finanziari in entrata e in uscita) anche se questo può diventare l'auspicabile effetto della ristrutturazione».

(10) Agli *extranei* è imposta, sulla scorta della previsione legislativa identificantesi con l'ultima parte del primo comma dell'art. 182 bis l.fall., la modificazione *ope iudicis*, connessa cioè all'omologazione dell'accordo, del *tempus solutionis*, quale connotante, *ex lege aut ex contractu*, i vincoli obbligatori cui è astretto l'imprenditore caduto in stato di crisi. Al riguardo non appare fuor di luogo il riferimento a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, secondo cui i principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione dei contratti, di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c., rilevano sia sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti; sotto il primo profilo, essi impongono alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge, ove ciò sia necessario per preservare gli interessi della controparte; sotto il secondo profilo, consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto.

disfazione dei crediti", sibbene mercé la sola "ristrutturazione dei debiti", ossia mercé unicamente la modificazione di uno o più degli elementi strutturali dei pregressi rapporti obbligatori, non ne esaurisce l'astratta funzione socio-economica, giacché, ad integrarla, deve concorrervi, inesorabilmente, la finalità del "riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa", ossia del ripristino di un rapporto non deficitario tra costi e ricavi. Il piano attestato ex art. 67, comma 3, lett. d), l.fall., pertanto, assolve istituzionalmente anche l'astratta funzione di "risanamento" dell'attività imprenditoriale, talché non può che inserirsi sul substrato della sua prosecuzione da parte del medesimo imprenditore.

Si puntualizza, dall'altro, in ordine al contratto, ai contratti di cui all'art. 182 bis l.fall., che, in dipendenza della finalità di "ristrutturazione" che ne caratterizza l'astratta funzione socio-economica, all'oggettiva proiezione causale dell'"accordo", degli "accordi" *de quibus* non sono coessenziali né la finalità della soddisfazione seppur *pro parte* dei crediti ristrutturati né la finalità del riequilibrio finanziario dell'attività economica (11). Propriamente, specificamente in relazione ai crediti degli assenzienti, l'"accordo", gli "accordi" ex art. 182 bis l.fall. possono legittimamente e validamente rispondere ad una finalità esclusivamente "interlocutoria-dilatatoria" (12), ancorché siffatta finalità sia, verosimilmente e salva l'infausta evenienza del fallimento, destinata a preludere alla soddisfazione dei crediti ristrutturati alternativamente nel contesto della perdurante e risanata attività d'impresa ovvero nel contesto di un'attività oramai cessata ed avviata a meno onerosa liquidazione.

3. La dimensione negoziale del "piano attestato" e la sua predisposizione

La struttura unilaterale del piano attestato di risanamento e di riequilibrio, siccome si ebbe a precisare di già all'indomani dell'entrata in vigore della

"riforma" (13), implica che tale atto negoziale non abbisogna in alcun modo, ai fini del suo perfezionamento, di esser contrattato con il ceto creditorio dell'imprenditore.

La struttura unilaterale è ben evidente allorché il "piano" prefiguri esclusivamente il ricorso ad operazioni di finanza straordinaria, quali, in via esemplificativa, l'aumento del capitale sociale ovvero il versamento da parte dei soci di somme a fondo perduto (14).

La struttura unilaterale, tuttavia, permane integra pur nell'ipotesi in cui il "piano" prefiguri gli aspetti essenziali delle pattuizioni che l'imprenditore ambisce a siglare *ex novo* ovvero a modifica di precedenti intese contrattuali: è innegabile che le nuove pattuizioni ovvero le pattuizioni modificative abbisognano del consenso dei diretti controinteressati, nondimeno simile imprescindibile esigenza è e resta "all'esterno" e non altera la conformazione unilaterale del "piano", che, limitandosi a preannunciarle, all'occorrenza mercé un "fascio" di plurime proposte contrattuali, tende a qualificarsi *in parte qua* alla stregua di un negozio "normativo" (15) unilaterale a contenuto patrimoniale.

La struttura unilaterale, in ogni caso, in tanto può importarne l'attitudine ad influire direttamente su vicende sostanziali ascrivibili anche a soggetti *extranei*, in quanto il risultato che il "piano" ha per costoro da prevedere - il pagamento integrale nel contesto della risanata attività d'impresa - non può che esser favorevole e vantaggioso: l'elevato profilo dell'obiettivo che imprescindibilmente ha, in chiave teleologico-funzionale, da connotare la soluzione negoziale *de qua*, giustifica e legittima non solo la possibilità che l'imprenditore gestisca unilateralmente lo stato patologico che "affligge" la sua attività, ma che unilateralmente incida ed interferisca su rapporti che gli fanno capo congiuntamente a soggetti che all'adozione del "piano" per nulla han diritto di partecipare.

La struttura unilaterale implica, comunque, in considerazione del carattere indiscutibilmente patri-

(11) Cfr. S. Ambrosini, *Articolo 182 bis*, in *Il nuovo diritto fallimentare, commentario diretto da Jorio, coordinato da Fabiani*, Bologna, 2007, 2533 ss., secondo cui «non vi è ragione di escludere che lo scopo perseguito possa essere semplicemente quello di rimuovere lo stato di crisi e quindi di prevenire l'insolvenza, sicché non par dubbio che il recupero di una situazione di equilibrio fra entrate ed uscite rappresenti l'effetto (peraltro eventuale) piuttosto che il fine dell'accordo di ristrutturazione».

(12) Al riguardo cfr. Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in questa *Rivista*, 2007, 701, secondo cui l'istituto degli accordi di ristrutturazione è «assimilabile al "pactum de non petendo" e per la pluralità delle parti ad un negozio di diritto privato classi-

ficabile come contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria».

(13) Il riferimento è a L. Abete, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, in questa *Rivista*, 2007, 617.

(14) Al riguardo cfr. E. Stasi, *I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare*, in questa *Rivista*, 2006, 861.

(15) "Normativo" è propriamente l'accordo o il contratto che ha ad oggetto la disciplina di negozi giuridici eventuali e futuri, dei quali fissa preventivamente il contenuto, ma di cui non importa la nascita, l'insorgere: cfr. in tal senso Cass. 18 dicembre 1981, n. 6720; Cass. 12 giugno 1973, n. 1706.

moniale delle situazioni sostanziali sulle quali le proiezioni del "piano" sono destinate a incidere, l'operatività, nel segno dell'art. 1324 c.c. e del parametro della compatibilità quivi sancito, della disciplina contrattuale.

La dimensione negoziale si esplica, dunque, nel segno dei requisiti di cui all'art. 1325 c.c.

La dimensione negoziale si esplica in primo luogo all'insegna del requisito - da recepire nei termini dianzi enunciati - della causa.

All'insegna del requisito della causa precisamente va inteso il riscontro che il giudice adito dal curatore dell'eventuale sopravvenuto fallimento ha da compiere ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall.: l'accertamento con giudizio *ex ante* dell'idoneità del "piano" - in esecuzione del quale risultano posti in essere l'atto, il pagamento ovvero la garanzia alla cui revoca si ambisce - altro non è che il riscontro della sussistenza nel caso concreto dell'elemento della causa del negozio unilaterale "piano attestato di risanamento e di riequilibrio".

La predisposizione del piano attestato di risanamento e di riequilibrio, quindi, ha da caratterizzarsi alla stregua della proiezione teleologica-funzionale espressa dalla locuzione «che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria» nella medesima misura in cui un qualsivoglia atto negoziale ha da connotarsi alla stregua del requisito essenziale della causa.

Si è anticipato che il "piano" si qualifica, altresì, in considerazione dell'astratta funzione di "risanamento" dell'attività imprenditoriale, cosicché non può che innestarsi sul substrato della prosecuzione della medesima attività.

Ne deriva, da un lato, che la sua adozione non può che richiedere, ai sensi dell'art. 2487 *ter* c.c., segnatamente per le società di capitali, la revoca, previa eliminazione della causa di scioglimento, dello stato di liquidazione ed, in pari tempo, l'ope-

ratività del dettato del secondo comma dell'art. 2487 *ter* c.c. (16): invero la disciplina di favore di cui all'art. 182 *sexies* l.fall. è, nella sua proiezione applicativa, univocamente circoscritta al concordato preventivo ed all'accordo di ristrutturazione e la patente sua natura eccezionale ne preclude, *ex art.* 14 delle preleggi, l'operatività in relazione al "piano attestato".

Ne deriva, dall'altro, che la sua adozione nonostante il persistere dello stato di liquidazione e, specificamente, della causa di scioglimento di cui all'art. 2484, comma 1, n. 4), c.c., ne cagiona la nullità per illiceità della causa per contrarietà alle prescrizioni imperative di cui all'art. 2487 c.c. (17).

La dimensione negoziale si esplica in secondo luogo all'insegna del requisito della forma.

L'ultima parte della lett. d) del terzo comma dell'art. 67 l.fall. prevede che «il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore».

Qualora l'imprenditore opti per la pubblicazione del "piano", la disposizione legislativa anzidetta impone senz'altro la documentazione per iscritto del negozio unilaterale *de quo agitur* e, dunque, l'assolvimento dell'onere della forma scritta (18).

In tale eventualità l'iscrizione del "piano" nel registro delle imprese - iscrizione la cui facoltatività ne accredita l'efficacia di mera "pubblicità - notizia" - vale, inoltre, di per sé, a conferire data certa al documento che del "piano" reca il testo.

Qualora viceversa l'imprenditore non si avvalga di tale facoltà e reputi opportuno non esteriorizzare il "piano", si delinea, a rigore, la *quaestio* della necessità o meno dell'ossequio alla forma scritta ed ulteriormente la *quaestio* della necessità o meno che l'eventuale documento scritto abbia data certa (19).

La necessità che il "piano" sia nella sua fattibilità attestato da un professionista indipendente designato dall'imprenditore, iscritto nel registro dei re-

(16) Cfr. in tal senso L. Abete, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, cit., 625.

(17) Quivi, tra l'altro, è sancito, al primo comma, che «gli amministratori, contestualmente all'accertamento della causa di scioglimento, debbono convocare l'assemblea dei soci perché deliberi... su: a) il numero dei liquidatori e le regole di funzionamento del collegio in caso di pluralità di liquidatori; b)».

(18) Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a), d.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581, recante regolamento di attuazione dell'art. 3 della L. 29 dicembre 1993, n. 580, articolo istitutivo del registro delle imprese, l'ufficio del registro delle imprese provvede, tra l'altro, alla conservazione dei documenti e degli atti soggetti a deposito, iscrizione o annotazione nel registro delle imprese.

Ai sensi dell'art. 2189, comma 1, le iscrizioni nel registro delle imprese sono eseguite su domanda debitamente sotto-

scritta dell'interessato; ai sensi del secondo comma dello stesso articolo l'ufficio deve accertare l'autenticità della sottoscrizione che figura in calce alla domanda. Ne deriva che la domanda deve recar sottoscrizione autenticata dell'imprenditore individuale ovvero della persona fisica, delle persone fisiche investite della legale rappresentanza dell'imprenditore collettivo, segnatamente dell'imprenditore societario.

(19) Al riguardo cfr. L. Rovelli, *Quale competitività per le imprese dopo le trasformazioni della legge fallimentare*, in questa *Rivista*, 2005, 1353, secondo cui «la povertà di requisiti formali non potrà comunque prescindere dall'esigenza che la dichiarazione negoziale unilaterale in cui (il piano) consiste (...) sia redatta in forma capace di acquisire "data certa", senza di che, per la sua inopponibilità al curatore, resterebbe priva dell'attitudine a produrre i propri effetti».

visori ed in possesso dei requisiti indispensabili per assumere l'ufficio di curatore, induce a reputare che non solo l'attestazione ma anche il "piano", ossia l'oggetto dell'attestazione, debba soddisfare l'esigenza della forma scritta: è difficile immaginare che l'attestazione, atto per sua natura valutativo e, dunque, inevitabilmente destinato ad estrinsecarsi per iscritto, possa aver a termine oggettivo di riferimento un atto che non sia a sua volta predisposto in maniera scritta.

Al contempo, i requisiti di indipendenza che devono caratterizzare la figura dell'attestatore e, si aggiunge, la responsabilità penale di cui all'art. 236 bis l.fall. valgono a rendere certa non solo la data del documento che reca il testo dell'attestazione, ma, nel segno della previsione dell'ultima parte del primo comma dell'art. 2704 c.c., anche la data di confezionamento del "piano".

La necessità della redazione per iscritto del negozio unilaterale "piano attestato di risanamento e riequilibrio" trae conforto da un ulteriore rilievo.

L'effetto giuridico principe che il "piano" è destinato - se del caso - a sortire, ovvero la sottrazione all'azione revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie, il cui compimento, la cui esecuzione, la cui concessione risultino rigorosamente funzionali al programma col "piano" concepito, presuppone imprescindibilmente che il terzo con cui l'imprenditore abbia contrattato, il terzo *accipiens* ovvero il terzo che fruisce della garanzia, in previsione della possibilità che il curatore dell'eventuale sopravvenuto fallimento provveda a convenirli in giudizio con l'*actio ex art. 67 l.fall.*, siano in grado di eccepire in giudizio l'irrevocabilità dell'atto, del pagamento, della garanzia.

Il che presuppone, ovviamente, che costoro abbiano la materiale disponibilità - di una copia quanto meno - del documento recante il testo del "piano" ed, ancor prima, che il "piano" sia stato documentato in forma scritta.

4. (Segue) La dimensione negoziale del "piano attestato" e la sua predisposizione

La dimensione negoziale si esplica in terzo luogo all'insegna del requisito della volontà.

Le *quaestiones* che al riguardo si prospettano, concernono essenzialmente, con riferimento agli im-

prenditori collettivi, segnatamente societari, l'individuazione dell'organo abilitato a concepire l'atto di volontà, l'opzione in cui il "piano" si risolve e, susseguentemente, a veicolare all'esterno la medesima opzione.

È innegabile, comunque, che, allorché l'imprenditore abbia forma societaria, il "piano attestato" afferisce all'impresa non già alla struttura societaria. Il che importa che le relative determinazioni attengono alla dimensione gestoria non già a quella organizzativa.

Con riferimento, pertanto, alle società personali si fuoriesce senza dubbio dalla previsione dell'art. 2252 c.c. e, quindi, dalla tendenziale necessità del consenso dei soci tutti indistintamente e si versa piuttosto, qualora, ben vero, i soci non abbiano siglato una diversa pattuizione, nel solco degli artt. 2257 e 2266, comma 2, c.c., sicché ciascun socio - nella società in accomandita semplice, ciascun socio accomandatario - in quanto tale, *recte* in quanto amministratore e rappresentante *ex se* della società, è abilitato a partorire l'opzione gestoria in cui il "piano" si sostanzia e a palesarla all'esterno.

Il rilievo testé formulato si attaglia a qualsivoglia struttura societaria personale, pur esercente in via di mero fatto attività d'impresa (privata) commerciale; d'altro canto, la circostanza che la società sia di mero fatto non osta a che il medesimo organismo collettivo si avvantaggi della possibilità offerta dall'ultima parte della lett. d), terzo comma, dell'art. 67 l.fall.

Con riferimento alle società per azioni competente alla predisposizione del "piano" è di certo l'organo di amministrazione: ai sensi dell'art. 2380 bis, comma 1, c.c. la gestione dell'impresa spetta in via esclusiva agli amministratori (20).

Beninteso competente, competenti a palesare all'esterno la determinazione gestoria in cui il "piano" si sostanzia, è oppure sono, nel segno dell'art. 2384, comma 1, c.c., rispettivamente, l'amministratore ovvero congiuntamente gli amministratori investiti dallo statuto o dalla deliberazione di nomina della rappresentanza della società.

Competente alla predisposizione del "piano" è l'organo di amministrazione pur nell'ipotesi in cui i soci nello statuto abbiano optato per il sistema dualistico ovvero per il sistema monistico.

(20) «Con la competenza dell'organo gestorio ha da concorrere la competenza dell'assemblea, ogni qualvolta taluni passaggi attuativi del piano sollecitino l'esplicazione delle prerogative dell'organo espressione della collettività dei soci: è il caso

delle operazioni di aumento del capitale, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2443 c.c., e della revoca, *ex art. 2487 ter c.c.*, dello stato di liquidazione»: così L. Abete, *Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa*, cit., 624.

In particolare, nella prima ipotesi, competente è il consiglio di gestione, che, ai sensi dell'art. 2409 *novies*, comma 1, c.c., è investito in via esclusiva della gestione dell'impresa; nella seconda ipotesi, competente è il consiglio di amministrazione, che, ai sensi dell'art. 2409 *septiesdecies*, comma 1, c.c., è parimenti investito in via esclusiva della gestione dell'impresa.

Nelle società per azioni prive di consiglio di sorveglianza - nelle quali, cioè, non si sia fatta opzione per il sistema dualistico - è ben possibile che lo statuto, giusta il disposto dell'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., subordini la predisposizione del "piano" all'autorizzazione dell'assemblea ordinaria (21).

Con riferimento alle società per azioni prive di consiglio di sorveglianza - e, dunque, pur con riferimento alle s.p.a. nelle quali si sia fatta opzione per il sistema monistico (22) - inoltre, il piano attestato di risanamento e di riequilibrio può a pieno titolo essere inteso nella medesima guisa dei piani strategici, industriali e finanziari di cui al terzo comma dell'art. 2381 c.c.

Ne consegue che la elaborazione, ossia la predisposizione del "piano" spetta agli organi delegati - comitato esecutivo od amministratore delegato - costituiti in ossequio alla facoltà accordata dallo statuto o dall'assemblea ed operanti in seno al consiglio di amministrazione; in siffatta eventualità il consiglio di amministrazione, del pari a norma del terzo comma dell'art. 2381 c.c., esamina il piano attestato di risanamento e di riequilibrio all'uopo elaborato.

La potestà degli organi delegati di elaborazione del "piano", tuttavia, non si sottrae alle prerogative che i primi due periodi del terzo comma dell'art. 2381 c.c. assicurano al consiglio di amministrazione, all'organo delegante (23): la specificità della prefigurazione di cui al penultimo periodo del terzo comma dell'art. 2381 c.c. non preclude l'operatività delle generali previsioni di cui ai primi due passaggi del terzo comma dell'art. 2381 c.c., segnatamente non preclude la possibilità che il consiglio di amministrazione impartisca direttive ai fini della

elaborazione del "piano" o, addirittura, ne avochi a sé la predisposizione.

Il "piano" elaborato dagli organi delegati ed esaminato positivamente dal consiglio di amministrazione soggiace, per altro verso, alla disciplina di cui al quinto comma dell'art. 2381 c.c.: gli organi delegati hanno da riferire al consiglio di amministrazione ed al collegio sindacale - con la periodicità fissata dallo statuto ed in ogni caso almeno ogni sei mesi - in merito alla possibile evoluzione del programma gestionale concepito col "piano" nonché in merito alle operazioni di più significativo rilievo nel "piano" contemplate ed in attuazione del "piano" poste in essere.

In ordine al "piano" predisposto dagli organi delegati e positivamente vagliato dal consiglio di amministrazione trova applicazione il sesto comma dell'art. 2381 c.c.: i consiglieri deleganti, giacché obbligati ad agire in modo informato, specificamente ai fini dell'esenzione dalla responsabilità di cui al secondo comma dell'art. 2392 c.c. (24), sono abilitati a sollecitare gli organi delegati affinché in consiglio rendano informazioni in merito agli sviluppi del programma gestionale prefigurato nel "piano" ed in merito alle operazioni più significative nel "piano" concepite ed in esecuzione del "piano" compiute.

Con riferimento alle società per azioni dotate di consiglio di sorveglianza - nelle quali, cioè, si sia fatta opzione per il sistema dualistico - occorre tener conto che, ai sensi della lett. f-bis) del primo comma dell'art. 2409 *terdecies* c.c., il consiglio di sorveglianza, «se previsto dallo statuto, delibera in ordine alle operazioni strategiche e ai piani, industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di questo per gli atti compiuti».

È possibile, pertanto, che lo statuto attribuisca al consiglio di sorveglianza ogni determinazione circa la formale adozione del piano attestato di risanamento e di riequilibrio, ancorché la elaborazione del "piano" permanga in capo al consiglio di gestione in virtù della formale devoluzione ex art.

(21) In simile evenienza, a norma dell'art. 2364, comma 1, n. 5, c.c., rimane però impregiudicata la responsabilità degli amministratori.

(22) Ai sensi dell'art. 2409 *noviesdecies*, comma 1, c.c. al consiglio di amministrazione delle S.p.a. i cui soci abbiano optato nello statuto per il sistema monistico si applicano, in quanto compatibili, tra gli altri, gli artt. 2380 *bis* e 2381 c.c.

(23) Il terzo comma dell'art. 2381 c.c. nei suoi primi due periodi così dispone: «il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avo-

care a sé operazioni rientranti nella delega».

(24) «Gli amministratori non potranno andare esenti da responsabilità né attraverso l'allegazione di un'insufficiente spontanea informazione da parte degli organi delegati, né adducendo l'ignoranza di fatti pregiudizievoli che avrebbero potuto conoscere esercitando il loro potere-dovere di esigere più puntuali informazioni»: così M. Spiotta, *Commento articolo 2392*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004, 775.

2409 *novies*, comma 1, c.c. allo stesso consiglio di gestione della gestione dell'attività d'impresa (25). Con riferimento alle società a responsabilità limitata la predisposizione del "piano" è analogamente da ricondurre alla funzione di gestione dell'impresa.

Al riguardo occorre tener conto che, in virtù della previsione di cui alla prima parte del terzo comma dell'art. 2475 c.c., allorché l'amministrazione della S.r.l. è affidata a più persone, l'organo gestorio opera collegialmente, *sub specie* di consiglio di amministrazione, sicché assume le proprie decisioni a maggioranza, computata per teste e non già per quote di partecipazione agli utili, nel corso di apposite riunioni convocate dal presidente che al contempo ne dirige i lavori.

In questi termini la determinazione il cui esito coincide con la predisposizione del "piano", è frutto di una decisione collegiale.

Beninteso a veicolare all'esterno la determinazione gestoria in cui il "piano" si sostanzia, nel segno dell'art. 2475 *bis*, comma 1, c.c., provvederà l'amministratore ovvero provvederanno congiuntamente gli amministratori investiti della rappresentanza della società.

Pur al di là dell'ipotesi di cui al quarto comma dell'art. 2475 c.c. è ben possibile, tuttavia, in deroga al modulo di funzionamento contemplato in linea di principio allorché la gestione sia affidata a più persone, che l'atto costitutivo preveda che i plurimi amministratori operino disgiuntamente oppure congiuntamente, con applicazione, in siffatte evenienze, rispettivamente, degli artt. 2257 e 2258 c.c.

Nella prima eventualità, similmente a quanto si verifica nell'ordinario - *recte* codicistico - assetto gestorio delle società personali, ciascun amministratore è abilitato a partorire l'opzione gestoria in cui il "piano" si risolve e a palesarla all'esterno in quanto investito, ai sensi dell'art. 2475 *bis*, comma 1, c.c., della generale rappresentanza della società. Ovviamente alla determinazione gestoria al "piano" sottesa, gli altri amministratori possono opporsi prima che riceva attuazione: in tal caso la soluzione del conflitto così insorto è rimessa alla decisione della maggioranza degli amministratori, maggioranza, nondimeno, da computarsi per teste e

non già per quote di partecipazione agli utili, siccome, invece, prevede il terzo comma dell'art. 2257 c.c.

Nella seconda eventualità l'opzione gestoria in cui il "piano" si risolve, postula il consenso di tutti gli amministratori, qualora l'opzione di cui all'atto costitutivo rifletta la previsione del primo comma dell'art. 2258 c.c. (26); postula il consenso della maggioranza, computata del pari per teste e non già per quote di partecipazione agli utili, degli amministratori, qualora l'opzione di cui all'atto costitutivo rifletta la previsione del secondo comma dell'art. 2258 c.c. (27).

È da escludere che ai fini dell'adozione del "piano" possano profilarsi ragioni di urgenza tali da giustificare la predisposizione all'insegna dell'ipotesi fatta salva dall'ultima parte del terzo comma dell'art. 2258 c.c.

Con riferimento alle società a responsabilità limitata occorre tener conto, altresì, che l'art. 2468, comma 3, c.c. fa salva la possibilità che l'atto costitutivo attribuisca a singoli soci particolari diritti in tema di amministrazione societaria.

È ben possibile perciò che la determinazione il cui esito coincide con la predisposizione del piano attestato di risanamento e di riequilibrio, sia rimessa a taluno o a taluni dei soci.

Con riferimento alle società a responsabilità limitata occorre tener conto, ancora, che è ben possibile, sulla scorta dell'ampio margine di esplicazione assicurato all'autonomia privata in tema di funzionamento della società, in particolare in tema di amministrazione e rappresentanza, dall'art. 2463, comma 2, n. 7, c.c., che ci si determini per la diretta attribuzione di funzioni gestorie alla generalità dei soci (28).

Conforta, del resto, siffatto postulato esegetico la previsione dell'art. 2479, comma 2, n. 2, c.c., che riserva alla competenza dei soci la nomina degli amministratori, se ed in quanto prevista nell'atto costitutivo; il che induce a ritenere che, se la nomina non è prevista nell'atto costitutivo, le persone cui è affidata l'amministrazione e la cui indicazione deve necessariamente essere contenuta nell'atto costitutivo - art. 2463, comma 2, n. 8, c.c. - non possono che coincidere con la generalità dei soci.

(25) Pur nell'evenienza in disamina resta impregiudicata, ai sensi dell'ultima parte della lett. *f-bis* del primo comma dell'art. 2409 *terdecies* c.c., la responsabilità dei consiglieri di gestione per gli atti compiuti in esecuzione del "piano".

(26) Qui vi è contemplata l'amministrazione plurima congiuntiva all'unanimità.

(27) Qui vi è contemplata l'amministrazione plurima congiuntiva a maggioranza.

(28) Nelle S.p.a., viceversa, ai sensi dell'art. 2380 *bis*, comma 1, c.c., la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori.

Ebbene, in tale evenienza all'attività gestoria e, quindi, alla determinazione il cui esito coincide con la predisposizione del "piano", i soci vi attendranno collegialmente con deliberazione assembleare assunta ai sensi dell'art. 2479 bis c.c. (29) ovvero nelle diverse forme che l'atto costitutivo può prevedere in aderenza al disposto dell'art. 2479, comma 3, c.c. (30).

Con riferimento alle società a responsabilità limitata occorre tener conto, infine, che, pur al di fuori dell'ipotesi di devoluzione della potestà gestoria alla totalità dei soci, l'art. 2479, comma 1, c.c. legittima la possibilità che uno o più amministratori ovvero tanti soci che rappresentino almeno 1/3 del capitale sociale rimettano alla previa approvazione della generalità dei soci una data scelta gestoria.

È ben possibile, pertanto, che la determinazione il cui esito coincide con la predisposizione del "piano attestato", sia subordinata al *placet* della generalità dei soci.

5. La dimensione contrattuale degli "accordi di ristrutturazione": premessa

La natura contrattuale - altrove argomentata (31) - del concordato preventivo se avvalorata la simmetria con l'accordo, con gli accordi di ristrutturazione dei debiti, non ne giustifica, al contempo, l'assimilazione.

In verità il *thema* dell'autonomia o meno dell'accordo, degli accordi di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo, *thema* di valenza non meramente astratta, ma dai significativi e pregnanti risvolti pratici, ha registrato una netta divaricazione.

Da un canto, si è assunto che l'istituto di cui all'art. 182 bis l.fall. sostanzierebbe una *sub specie*, evidentemente semplificata, di concordato preventivo, sicché i vuoti che ne caratterizzano la scarsa regolamentazione, potrebbero e dovrebbero esser colmati mercé il riferimento analogico alla disciplina della maggiore delle procedure alternative al fallimento (*ubi eadem ratio legis, ibi eadem legis dispositio*) (32). Dall'altro, si è opinato nel senso che si tratterebbe di un istituto a sé stante, ben diverso dal concordato preventivo sia nella struttura che negli effetti (33), sicché il riferimento alla disciplina di cui agli artt. 160 e ss. l.fall. sarebbe precluso in ossequio al canone ermeneutico *ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, tacuit*. Tal ultima soluzione è a vario titolo da preferire.

Non va taciuto, a sostegno dell'autonomia degli accordi di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo, che il titolo III della legge fallimentare è ora rubricato "del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione"; altresì, che il capo V del medesimo titolo III è a sua volta rubricato "dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo. Degli accordi di ristrutturazione di debiti".

In ogni caso l'autonomia degli accordi di ristrutturazione si esprime propriamente in relazione alla funzione che l'istituto è destinato ad assolvere.

Il concordato preventivo, difatti, non può in via esclusiva assolvere la mera funzione di "ristrutturazione" dei debiti: così come esplicita la congiunzione "e" figurante nel dettato della lett. a) del primo comma dell'art. 160 l.fall., il mero profilo della "ristrutturazione dei debiti" non vale ad esaurirne l'a-

(29) Ai sensi dell'art. 2479 bis, comma 3, c.c. la validità della deliberazione richiede la presenza in assemblea di tanti soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale ed il voto favorevole della maggioranza assoluta del capitale presente in assemblea.

(30) Ai sensi della disposizione testé citata l'atto costitutivo può prevedere che le decisioni dei soci siano adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto.

(31) Cfr. L. Abete, *La natura giuridica del concordato preventivo senza classi: prove minime di qualificazione*, cit.

(32) In tal senso cfr. M. Ferro, *Articolo 182 bis in La legge fallimentare*. Commentario teorico-pratico, a cura di M. Ferro, Padova, 2007, 1418 ss. Altresì P. Valensise, *Commento all'articolo 182-bis*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e di M. Sandulli, Torino, 2006, 1085 ss., secondo cui rilevano ai fini della patrocinata opzione «tanto la collocazione dell'istituto all'interno del titolo III che regola il concordato, quanto la previsione espressa di cui al comma 1 dell'art. 182-bis che disciplina le modalità di deposito dell'accordo richiamando il precedente art. 161, e cioè la disposizione che regola la presentazione della domanda di concordato». Ancora, P. Valensise, *Commento all'articolo 182-bis*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, To-

rino, 2010, 2248 ss. - cui si rinvia per l'ampia bibliografia - che «ritiene tutt'ora preferibile la configurazione dell'accordo ex art. 182-bis quale sub-concordato... come un concordato semplificato».

(33) Cfr. in tal senso G.B. Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista*, 2006, 670; C. Proto, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, in questa *Rivista*, 2007, 188. Più di recente cfr. E. Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, 86, secondo cui «molti sono gli elementi che fanno propendere per una configurazione autonoma della procedura. La norma, invero, non è chiarificatrice, ma da un'attenta lettura, sembra potersi desumere che tale impostazione è più attendibile non solo dal punto di vista esegetico, ma anche in considerazione della *ratio* legislativa»; va evidenziato che l'Autore, sebbene propenda per la piena autonomia degli accordi rispetto al concordato preventivo, ammette nondimeno la possibilità sul terreno degli accordi dell'applicazione in via analogica e non diretta di norme dettate a disciplina del concordato preventivo. In giurisprudenza cfr. Trib. Udine, 22 giugno 2007, in questa *Rivista*, 2008, 701; Trib. Milano, 23 gennaio 2007, cit.; Trib. Roma 16 ottobre 2006, in questa *Rivista*, 2007, 187; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, *ivi*, 2006, 669.

stratta funzione socio-economica, giacché, onde integrarla, ha da concorrervi, immancabilmente, la finalità della soddisfazione, *in toto o in parte*, dei crediti, finalità che può innestarsi sia sul substrato della cessazione dell'attività economica quale soggettivamente ascrivibile all'imprenditore in crisi, siccome testimoniano i sottotipi mediante "cessione dei beni", mediante «cessione dell'azienda in esercizio» ovvero mediante «conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione» (34), sia sul substrato della prosecuzione della medesima attività da parte dello stesso debitore (35).

6. La dimensione contrattuale degli "accordi di ristrutturazione" e la loro predisposizione

La dimensione contrattuale degli "accordi di ristrutturazione" si esplica nel segno dei requisiti di cui all'art. 1325 c.c.

La dimensione contrattuale dell'"accordo", degli "accordi" si esplica in primo luogo all'insegna del requisito - da recepire nei termini in precedenza enunciati - della causa.

All'insegna del requisito della causa propriamente va inteso il riscontro che il tribunale competente *ratione loci* in sede e ai fini dell'omologazione ha da compiere in rapporto all'art. 182 *bis*, comma 1, seconda parte, l.fall.: l'accertamento, con giudizio prognostico, dell'"attuabilità dell'accordo... con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei... termini" di cui alle lett. a) e b) del primo comma dell'art. 182 *bis* l.fall., altro non è che il riscontro della sussistenza nel caso concreto del profilo che, sulla scorta della previsione normativa legittimante l'integrazione dei regolamenti contrattuali con gli *extranei* siglati, concorre - *ope iudicis* - ad implementare l'elemento causale - la finalità della ristrutturazione dei debiti - della complessa fenomenologia contrattuale di cui all'art. 182 *bis* l.fall. (36).

(34) Queste ultime due ipotesi sono espressamente contemplate al primo comma dell'art. 186 *bis* l.fall., rubricato «concordato con continuità aziendale».

(35) Questa eventualità è oggetto di esplicita prefigurazione al primo comma dell'art. 186 *bis* l.fall.

(36) In tema cfr. Trib. Milano 25 marzo 2010, in questa *Rivista*, 2011, 92, secondo cui non è ammissibile un piano di ristrutturazione che preveda il rimborso della quota degli obbligazionisti non aderenti, previo riscadenamento del prestito,

La dimensione contrattuale dell'"accordo", degli "accordi" si esplica in secondo luogo all'insegna del requisito della forma.

In particolare il puntuale riscontro del raggiungimento della prescritta percentuale del sessanta per cento dell'ammontare globale dell'esposizione debitoria ed, in pari tempo, l'ottemperanza all'obbligo di pubblicazione nel registro delle imprese (37) non possono che postulare l'assolvimento dell'onere della forma scritta in relazione alle intese che l'imprenditore in crisi abbia siglato con i creditori assenzienti.

Più esattamente, sia nell'evenienza in cui l'imprenditore abbia separatamente contrattato con ognuno dei creditori assenzienti sia nell'evenienza in cui si sia accordato contestualmente con i creditori esprimenti almeno il sessanta per cento delle ragioni nei suoi confronti vantate, occorre che ciascuno singolo "accordo" ovvero l'"accordo complessivo" siano documentati per iscritto.

Va condivisa, inoltre, l'indicazione giurisprudenziale secondo cui l'esigenza imprescindibile di acclarare la genuinità delle manifestazioni di volontà dei creditori e l'esigenza ulteriore della pubblicazione nel registro delle imprese, importano che le sottoscrizioni apposte in calce all'"accordo", agli "accordi" siano autenticate e certificate da soggetto investito di tale potere (38).

La dimensione contrattuale dell'"accordo", degli "accordi" si esplica in terzo luogo all'insegna del requisito dell'accordo; il che riveste precipua valenza con riferimento agli imprenditori aventi forma societaria.

È da ritenere, innanzitutto, che la proposta, destinata mercé l'accettazione dei creditori - che rappresentino almeno il sessanta per cento della complessiva esposizione debitoria - a dar vita all'"accordo", agli "accordi", afferisca, al pari del "piano attestato", alla dimensione gestoria dell'impresa, non già alla dimensione organizzativa della società.

È da ritenere, altresì, che l'autonoma natura dell'"accordo", degli "accordi" rispetto al concordato preventivo, quale segnata dalla diversa funzione socio-economica, precluda ogni forma di sovrapposizione tra i due istituti e, segnatamente, l'applicabi-

nel termine di cinque anni dall'omologazione.

(37) Anche al riguardo rileva il dettato dell'art. 2, comma 1, lett. a), d.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581.

(38) Cfr., in tal senso, Trib. Bari, 21 novembre 2005, in questa *Rivista*, 2006, 169. Si veda però Trib. Reggio Calabria 24 gennaio 2012, *ivi*, 2012, 881, secondo cui con riguardo alla forma dell'accordo di ristrutturazione dei debiti non è necessario che la sottoscrizione degli aderenti venga autenticata da un pubblico ufficiale.

lità analogica sul terreno dell'accordo, degli accordi di ristrutturazione delle disposizioni di cui al secondo e terzo comma dell'art. 152 l.fall., scritte in tema di concordato fallimentare, ma operanti sul terreno del concordato preventivo giusta l'esplicito richiamo di cui all'art. 161, comma 4, l.fall.

Da tal ultimo rilievo discende non solo che la determinazione gestoria, che dà vita alla proposta contrattuale se del caso destinata a perfezionarsi nell'"accordo", negli "accordi", è concepita e veicolata all'esterno, e per le società personali e per le società per azioni e per le società a responsabilità limitata, nelle medesime forme - in precedenza enunciate - del "piano", ma, inoltre, che non vi è necessità alcuna, segnatamente nelle S.p.a. e nelle S.r.l., ché la decisione dell'organo societario che sostanzia la proposta sottesa all'"accordo", agli "accordi", sia redatta da un notaio, abbia forma pubblica e sia depositata ed iscritta nel registro dell'imprese ai sensi dell'art. 2436 c.c.

La dimensione contrattuale dell'"accordo", degli "accordi" si esplica in quarto luogo all'insegna del requisito dell'oggetto.

È fuor di dubbio che il contenuto dell'"accordo", degli "accordi" è, per sua stessa natura, destinato a connotarsi nelle forme più disparate, nel rispetto, ben vero, dei limiti imposti dalla legge giusta l'affermazione di generale portata di cui all'art. 1322, comma 1, c.c. (39).

In ogni caso - fermo il rilievo in precedenza operato, alla cui stregua all'oggettiva proiezione causale dell'"accordo", degli "accordi" non sono coessenziali né la finalità della soddisfazione seppur *pro parte* dei crediti "ristrutturati" né la finalità del riequilibrio finanziario dell'attività economica - l'enunciazione dei possibili profili contenutistici può essere in linea di massima operata, tenendo conto che la "ristrutturazione" può consistere nella novazione degli originari rapporti obbligatori mercé l'assunzione di obbligazioni aventi diverso oggetto ovvero diverso titolo (40), nella diversificazione delle originarie modalità temporali delle prestazioni dovute, sì che sia assicurata all'imprenditore un'adeguata "moratoria" (41), nella parziale remissione dei debiti, accordando, in via esemplificativa (42), al debitore la rinuncia agli interessi ovvero a parte del credito.

Allorquando la "ristrutturazione" ha contenuto e valenza satisfattiva può risolversi in *dationes in solutum*, ossia nella esecuzione di prestazioni diverse in sostituzione di quelle originariamente dovute - in via esemplificativa ad un "dare" si sostituisce un "facere", al danaro si sostituisce una *res* (43) - in una dazione in conto pagamento, ossia nell'attribuzione in special modo di un diritto di credito e, più in generale, di una potestà autorizzatoria (44), da computare o da utilizzare ai fini del pagamento nei limiti del risultato economico che il creditore ovvero l'autorizzato realizzeranno (45).

(39) Al riguardo cfr. App. Ancona 23 luglio 2012, in questa *Rivista*, 2012, 1257, secondo cui nel procedimento di cui all'art. 182 *bis*, comma 6, l.fall. il tribunale deve limitarsi a verificare la regolarità e la completezza della documentazione allegata alla domanda, l'idoneità della relazione del professionista alla funzione che le è propria di fornire elementi di valutazione per i creditori e l'idoneità della proposta ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei, senza che possa essere svolta una valutazione sotto il profilo del merito dell'accordo.

(40) «La novazione... non ha carattere satisfattivo in quanto non comporta il soddisfacimento dell'interesse creditorio originario né di un interesse succedaneo ma la trasformazione del rapporto obbligatorio in un nuovo rapporto»: così C.M. Bianca, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, Milano, 1990, 453 s.

(41) Ai sensi dell'art. 1231 c.c., tra l'altro, l'apposizione o l'eliminazione di un termine e ogni altra modificazione accessoria dell'obbligazione non producono novazione.

(42) A rigore «il negozio di remissione ha struttura unilaterale in quanto si perfeziona con la sola volontà del creditore»: così C.M. Bianca, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, cit., 463. Conseguentemente, pur se il debitore dovesse sollecitarla, la sua volontà costituisce un elemento non necessario della fattispecie remissiva.

(43) «La sostituzione della prestazione dovuta con altra prestazione implica la volontà negoziale sia del creditore che del debitore, cioè l'accordo contrattuale di questi soggetti. La dazione in pagamento può allora significare sia la prestazione sostitutiva (volta a tacitare il diritto di credito) sia il contratto che ha per oggetto tale prestazione, cioè il contratto solutorio me-

dante il quale il creditore acconsente a ricevere una diversa prestazione a tacitazione del suo credito... L'effetto solutorio si determina in ogni caso quando la diversa prestazione è eseguita»: così C.M. Bianca, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, cit., 431 s.

(44) «Accanto alla procura può poi distinguersi l'autorizzazione ad agire *in nome proprio*, cioè a compiere atti giuridici in nome dell'autorizzato con effetto sulla sfera giuridica dell'autorizzante (...). L'autorizzazione ad agire in nome proprio ma nell'interesse esclusivo o concorrente dell'autorizzante è riscontrabile in diversi istituti tipici: commissione (...), cessione dei beni ai creditori (...):» così C.M. Bianca, *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 2000, 67 s.

(45) «A differenza della dazione in pagamento che consiste in una prestazione direttamente estintiva dell'obbligazione, la dazione in conto pagamento subordina quindi la liberazione del debitore al risultato utile dell'attribuzione... Allo schema della dazione in conto pagamento si riconducono figure tipiche come la cessione del credito in pagamento (normalmente intesa come cessione *pro solvendo*) e la cessione dei beni ai creditori»: così C.M. Bianca, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, cit., 433 s. Ovviamente nulla osta a che le parti, a tanto abilitate dal primo comma, ultima parte, dell'art. 1198 c.c., connotino la cessione del credito in pagamento in guisa liberatoria (cessione comunemente detta *pro soluto*), sì che si determini l'immediata liberazione del debitore in dipendenza del mero fatto del trasferimento del diritto. La definizione del contratto di cessione dei beni ai creditori si rinviene all'art. 1977 c.c.: la cessione è diretta ad estinguere satisfattivamente i debiti del cedente»

La "ristrutturazione", pertanto, può avere contenuto e valenza novativa, dilatoria, parzialmente remissoria ed, eventualmente, solutoria.

Le attribuzioni ai creditori ovvero a società da costoro partecipate di azioni, di quote, di obbligazioni convertibili in azioni, di obbligazioni *tout court*, di titoli di debito (46) ed, in genere, di strumenti finanziari (47) integrano ipotesi di dazioni in pagamento ovvero di dazioni, *recte* cessioni in conto pagamento.

Nulla osta, in conformità e nei limiti dell'accordo all'uopo siglato, a che la "ristrutturazione" si risolva nel pagamento in percentuale pur dei crediti assistiti da causa legittima di prelazione.

La "ristrutturazione" poi, dal punto di vista soggettivo, può connotarsi quale rideterminazione del versante soggettivo passivo del carico obbligatorio mercé l'ingresso in ciascuno dei preesistenti rapporti di un terzo, che diviene obbligato verso i creditori in sostituzione o in aggiunta al debitore originario (48).

A tale quadro va ricondotta la possibilità che un terzo garantisca personalmente, in veste di fideiussore, l'adempimento dei pregressi impegni dell'imprenditore, in tal guisa, con costui, *ex art.* 1944, comma 1, c.c., obbligandosi in solido.

La dimensione contrattuale dell'"accordo", degli "accordi" postula una finale puntualizzazione, afferente al profilo strutturale, ossia alle modalità in cui può articolarsi l'operazione negoziale di cui all'art. 182 *bis* l.fall.

Propriamente, nel silenzio della legge, l'operazione *de qua* può risolversi sia in una pluralità di singoli, bilaterali accordi, racchiusi, ognuno, in un apposito documento, siglato dall'imprenditore in crisi con ciascuno dei suoi creditori sino al raggiungi-

mento, quanto meno, della prescritta percentuale del sessanta per cento, sia in un unico complesso accordo calato in un unico contesto documentale.

Allorquando l'intesa sia stata siglata contestualmente con i creditori rappresentanti, quanto meno, il sessanta per cento dei crediti e sia stata riprodotta in un unico contesto documentale, una duplice specificazione, tuttavia, si impone.

Per un verso, il contratto ha certamente carattere plurilaterale: vero è che la nozione di parte contrattuale, intesa quale centro di interessi, prescinde dai soggetti, sicché la parte contrattuale può rimanere unica anche quando comprende più persone, nondimeno è difficile negare che ciascun creditore costituisca una parte a sé stante in quanto portatore di un interesse suo proprio.

Per altro verso, ci si trova al cospetto di un contratto plurilaterale senza comunione di scopo: in special modo nell'evenienza della crisi d'impresa ciascun creditore è portatore di interessi antitetici rispetto a quelli agli altri facenti capo, sicché il risultato giuridico che dall'"accordo" scaturisce, si connota diversamente per ciascun creditore.

Da tal ultimo rilievo deriva che non vi è margine per applicare la salvezza che l'ultima parte dell'art. 1420 c.c. contempla, sicché la nullità che abbia eventualmente inficiato l'intesa siglata con un dato creditore non importa nullità della complessiva operazione negoziale.

È indubitabile, comunque, che il computo della percentuale del sessanta per cento sia da operare in rapporto alla complessiva esposizione debitoria dell'imprenditore istante, sicché in nessun modo rileva la distinzione tra creditori chirografari e creditori assistiti da causa legittima di prelazione (49).

te; tuttavia, salvo patto contrario, il debitore è liberato solo a seguito della ripartizione del ricavato della liquidazione dei beni e nella misura in cui i creditori sono soddisfatti (art. 1984 c.c.). Assimilabile alla *cessio bonorum* è il mandato a riscuotere ovvero il contratto in virtù del quale il creditore è autorizzato a riscuotere uno o più crediti che il debitore vanta verso terzi ed a soddisfare le proprie ragioni sulle somme incassate.

(46) Per i titoli di debito il riferimento è l'art. 2483 c.c.

(47) Gli strumenti finanziari sono individuati ed elencati all'art. 1, comma 2, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

(48) «L'ingresso del terzo nel rapporto obbligatorio può avere la sua fonte in titoli diversi, legali e negoziali, a causa di morte o per atto tra vivi: schemi tipici negoziali sono la delega-

zione, l'espromissione e l'accollo. Pur nella varietà di questi titoli dovrà sempre distinguersi secondo che il terzo subentri nella posizione debitoria originaria oppure assuma un debito autonomo rispetto a quello originario, cioè secondo che si abbia una vicenda successiva o novativa»: così C.M. Bianca, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, cit., 621 s.

(49) Cfr. Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, cit. Cfr., inoltre, Trib. Milano, 10 novembre 2009, in questa *Rivista*, 2010, 195, secondo cui nel computo delle adesioni, che nel complesso debbono rappresentare almeno il sessanta per cento dei crediti, possono essere conteggiate anche quelle provenienti da società appartenenti al medesimo "gruppo" della società ricorrente, pur se i crediti siano fra loro contrapposti ed esigibili.

