

I “CERCHI CONCENTRICI” DELLA CONCORSUALITÀ E LA PREDEDUZIONE DEI CREDITI (“DENTRO O FUORI” ?)

di SIDO BONFATTI

1. Una recente sentenza della Corte di Cassazione¹ riprende un orientamento in via di formazione a seguito della pubblicazione contemporanea di alcune decisioni conformi², con l'intento – se non con il risultato – di rafforzarne l'impianto motivazionale, per la verità scarsamente convincente e certamente sommario³. La conclusione comune depone per l'inserimento degli Accordi di Ristrutturazione, disciplinati dagli artt. 182-*bis* ss. 1. fall, nel novero degli “istituti concorsuali”: ma i nuovi argomenti addotti dalla più recente pronuncia della Suprema Corte non consentono di considerare il relativo problema interpretativo come definitivamente (e completamente) risolto.

2. Il principio enunciato dalla decisione in commento pare rappresentato dalla affermazione secondo la quale “*la sfera della concorsualità può essere oggi ipostaticamente rappresentata come una serie di cerchi concentrici, caratterizzati dal progressivo aumento dell'autonomia delle parti, man mano che ci si allontana dal nucleo (la procedura fallimentare) fino all'orbita più esterna (gli Accordi di Ristrutturazione dei debiti)...*”

¹ Cass., 12 aprile 2018, n. 9087.

² Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182 (in *Diritto Bancario*, gennaio 2018, con nota di S. BONFATTI, *La natura giuridica degli Accordi di Ristrutturazione*; e in *Fallimento*, 2018 (3), 285, con nota di M. FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*); Cass., 25 gennaio 2018, n. 1896 (in www.ilcaso.it, gennaio 2018, con nota di S. BONFATTI, *La natura giuridica dei “Piani Attestati di Risanamento” e degli “Accordi di Ristrutturazione”*).

³Le “dieci righe (scarse)”: cfr. S. BONFATTI, *La natura giuridica degli Accordi di Ristrutturazione*, cit.

(mentre) “restano...all'esterno di questo perimetro immaginario solo gli atti interni di autonoma ri-organizzazione dell'impresa, come i piani attestati di risanamento...”.

3. Subito dopo, peraltro la Suprema Corte individua i caratteri della “cifra della moderna concorsualità” nei seguenti “tre profili minimali”: (i) una qualsivoglia forma di interlocuzione con l'Autorità giudiziaria, con finalità quanto meno “protettive” (nella fase iniziale) e di controllo (nella fase conclusiva); (ii) *il coinvolgimento formale di tutti i creditori, quantomeno a livello informativo...*; e (iii) *una qualche forma di pubblicità...*”.

4. Sulla scorta di tali premesse la Corte di Cassazione affronta il problema “*se sia applicabile agli Accordi di Ristrutturazione dei debiti – semmai in via estensiva o analogica – la facoltà di concedere il termine di cui all'art. 162, comma 1, l.fall., pacificamente applicato al Concordato preventivo*”: e lo risolve in senso positivo.

5. Interessando in questa sede il diverso argomento della disciplina dei crediti sorti “*in occasione o in funzione*” di un Accordo *ex art. 182-bis l.fall.*, il quesito da risolvere suona nei seguenti termini: “*se sia applicabile agli Accordi di Ristrutturazione dei debiti – semmai in via estensiva o analogica – la collocazione dei crediti in prededuzione di cui all'art. 111, comma 2, seconda parte, l. fall., pacificamente applicata al Concordato preventivo*”: e la risposta non può essere positiva.

6. A). In termini generali, se consideriamo i criteri che la Suprema Corte indica come espressivi della “cifra della moderna concorsualità”, non ne possiamo trarre un significativo conforto alla tesi favorevole ad assimilare gli “Accordi” alla figura del Concordato preventivo (che è certamente qualificabile “procedura concorsuale”), piuttosto che a quella dei “Piani” *ex art. 67, co. 3, lett. d), l. fall.* (che non lo sono, neanche nella valutazione della Suprema Corte⁴).

⁴ Cass., 25 gennaio 2018, n. 1895 (in *Riv. Dir. Banc.*, 2018, I, 167 ss., con nota di S. BONFATTI, *La natura giuridica dei “Piani di Risanamento Attestati” e degli “Accordi di Ristrutturazione”*; e in *Fallimento*, 2018 (3), 285, con nota di M. FABIANI, *La nomenclatura ecc., cit.*).

Per ciò che concerne il profilo della “*interlocuzione con l’Autorità giudiziaria, con finalità... protettive... e di controllo*”, l’attitudine a giustificare l’avvicinamento dello “Accordo” al Concordato preventivo, piuttosto che al “Piano” *ex art. 67, co. 3, lett. d), l.fall.*, è soltanto apparente: perché l’interlocuzione dell’imprenditore richiedente l’omologa di un “Accordo” con l’Autorità giudiziaria, produce (i) un “*effetto protettivo*” *assai circoscritto* (60 giorni) – e inutile! ⁻⁵; e (ii) *nessun controllo* (manca qualsiasi divieto di compiere atti di straordinaria amministrazione, se non autorizzati; manca qualsiasi divieto di costituire prelazioni “preferenziali”; manca qualsiasi divieto di effettuare pagamenti di debiti pregressi trasgressivi del principio della “*par condicio*” – v. *infra* -).

Per ciò che concerne gli altri profili, un Piano Attestato di Risanamento *ben può poggiare su un accordo con i creditori* (e di norma è *esattamente così*); e ben può essere pubblicizzato (e per lo più è esattamente così: certamente lo è ogniqualvolta l’imprenditore intenda conseguire l’effetto premiante della neutralità fiscale dello “stralcio” ottenuto da uno o più creditori: cfr. art. 88, co. 4, d.P.R. n. 917/1986, che per l’appunto condiziona il beneficio fiscale alla pubblicazione del “Piano” nel Registro delle Imprese).

In altre parole: *dopo 60 giorni*, la disciplina del Piano Attestato di Risanamento che si basi su un accordo con i creditori (come è di regola), e che sia stato pubblicato nel Registro delle Imprese (come è di frequente), è **identica** a quella dell’Accordo di Ristrutturazione, sotto il profilo della presenza dei criteri indicatori della “*cifra della concorsualità*” (presenti in entrambi i procedimenti il secondo ed il terzo; assente in entrambi i procedimenti il primo – l’effetto conseguente alla “interlocuzione” con

⁵ Non hanno alcuna utilità, infatti, “*effetti protettivi*” che si producano al momento del deposito dell’“Accordo” *ex art. 182-bis* per la omologazione – come sono quelli qui considerati -, per la semplice considerazione che in questo momento l’imprenditore non ha più alcun creditore da cui proteggersi! Non i creditori aderenti, in quanto vincolati dall’adesione alla proposta di “Accordo”; e non i creditori estranei, perché in procinto di essere pagati (come l’art. 182-bis impone) subito dopo l’omologa!.

l'Autorità giudiziaria -, perché in nessuno dei due casi sussistono (più) effetti “protettivi” o forme di “controllo” sulla gestione).

La “*cifra della concorsualità*” non si rivela dunque uno strumento idoneo per conseguire una più precisa determinazione della disciplina applicabile agli Accordi di Ristrutturazione attraverso lo “apparentamento” al Concordato preventivo piuttosto che ai Piani Attestati di Risanamento.

6. B). In termini particolari, la appartenenza degli “Accordi” al perimetro dei “*cerchi concentrici della concorsualità*”; e la estraneità dei “Piani” allo stesso; non possono essere giustificate sulla base della considerazione del profilo – assunto, invece, dalla Corte di Cassazione a fondamento del principio enunciato della “concorsualità” degli Accordi (e non dei Piani) – rappresentato dal grado di “*autonomia delle parti man mano che ci si allontana dal... fallimento*”: perché l'intensità dell'autonomia dell'imprenditore è **identica** nell'Accordo e nel Piano: ed è – soprattutto – **irriducibile** (non solo allo “spossessamento totale” conseguente al fallimento, ma anche) allo “spossessamento attenuato” conseguente alla presentazione di una domanda di Concordato preventivo (ed alla successiva ammissione alla procedura).

L'imprenditore che (i) predispone; che (ii) deposita per la omologazione; e che (iii) dà esecuzione ad un Accordo di Ristrutturazione *ex art. 182-bis l.fall.*, soffre di **nessun** limite di “autonomia” nel compimento di atti dispositivi del proprio patrimonio, **né più né meno di quanto non ne soffra l'imprenditore che ha predisposto un Piano Attestato** *ex art. 67, co. 3, lett. d), l. fall.* Non si capisce, pertanto, come sotto questo profilo – che è peraltro quello considerato qualificante dalla Corte di Cassazione – il primo imprenditore possa essere considerato all'interno dei “*cerchi concentrici della concorsualità*”; ed il secondo – invece – all'esterno.

Più in particolare, poi, non si capisce come gli atti di disposizione dell'uno e dell'altro, produttivi di obbligazioni nei confronti dei terzi, dovrebbero comportare **effetti radicalmente contrapposti**, come sono l'attitudine a garantire un

collocamento in prededuzione e la mancanza di attitudine a conseguire tale risultato.

7. L'affermazione, secondo la quale l'imprenditore che sia in procinto di concludere; ovvero di fare omologare; ovvero di eseguire un Accordo di Ristrutturazione, *non soffre di alcun limite alla propria autonomia di disposizione del patrimonio*, per cui il procedimento intrapreso non può essere considerato rientrante nei "cerchi concentrici" della concorsualità, più di quanto non lo sarebbe l'imprenditore che avesse predisposto un "Piano" *ex art. 67, co. 3, lett. d), 1. fall.* (fondato, come lo sono tutti, su un accordo con i propri creditori, ovvero con una parte di essi), è ricavabile (non solo, ma principalmente) da:

(i) legittimità ed opponibilità degli atti di straordinaria amministrazione (nessuna norma li vieta; nessuna norma li assoggetta a qualche regime autorizzatorio);

(ii) legittimità ed opponibilità della costituzione di prelazioni anche preferenziali (nessuna norma le vieta: né mentre l'imprenditore predispone lo Accordo, né nel corso del procedimento di omologazione – dove è vietata l'acquisizione dei soli titoli di prelazione "non concordati" (art. 182-bis, co. 3), con l'ovvia ammissibilità, per conseguenza, di quelli "concordati", cioè liberamente costituiti dall'imprenditore d'accordo con il creditore favorito -); né nel caso del procedimento conseguente alla "istanza di sospensione" (art. 182-bis, co. 6, 1.fall.), dove vale l'identica regola; né in sede di esecuzione dello "Accordo";

(iii) legittimità e opponibilità dei pagamenti di debiti pregressi, anche produttivi della violazione della *par condicio* (nessuna norma li vieta; l'art. 182-quinquies, co. 6, 1.fall. **li contrappone** ai pagamenti di crediti pregressi effettuati in corso di Concordato preventivo, perché mentre assoggetta questi ultimi all'autorizzazione del tribunale in funzione del *superamento del divieto di pagamento di passività pregresse* caratterizzante tale procedura, ne interessa i pagamenti di debiti pregressi effettuati in sede di "Accordo" *ex art. 182-bis 1. fall.* al diverso scopo di *assicurare loro un "effetto esentativo"* dall'azione revocatoria fallimentare ("*In tale caso i pagamenti effettuati [dall'imprenditore impegnato in un "Accordo"] non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'articolo 67*"): ciò che rappresenta la migliore dimostrazione della circostanza che detti pagamenti sono

perfettamente validi ed opponibili, e proprio per questo soggetti, come tutti i pagamenti, al (solo) rischio revocatorio, eventualmente eludibile facendo ricorso all'autorizzazione *de qua* - laddove per l'imprenditore in Concordato, come detto, l'autorizzazione è funzionale a porre in essere un atto che, senza di essa, sarebbe privo di effetti *tout court*, perché inopponibile alla procedura ed ai creditori dalla stessa "rappresentati"⁶ -;

(iv) mancanza di controlli dell'Autorità giudiziaria: non c'è un Giudice Delegato (come invece c'è nel Concordato);

(v) mancanza di controlli da parte di "Organi" (non c'è un Commissario Giudiziale);

(vi) mancanza di controlli dei creditori (non c'è un Comitato dei Creditori).

8. Partendo dunque dall'approccio privilegiato dalla più recente decisione, in argomento, della Corte di Cassazione, la quale si domanda se una previsione dettata per il Concordato preventivo (nel caso: la concedibilità del termine di cui all'art. 162, co. 1, l.fall.) "*sia applicabile agli Accordi di Ristrutturazione dei debiti, semmai in via estensiva o analogica*"; e sostituendo a tale quesito quello concernente la collocabilità in prededuzione dei crediti sorti "*in occasione od in funzione*" di un Accordo di Ristrutturazione; la considerazione del grado di "*autonomia della parte*" (e di libertà da "controlli") di cui gode l'imprenditore che predispose ed esegue un "Accordo" *ex art. 182-bis l.fall.*, rispetto alla "*autonomia*" (ed all'assoggettamento a "controlli") che caratterizzano l'attività dell'imprenditore (che domanda e che ottiene di essere) ammesso al Concordato preventivo, evidenzia una tale contrapposizione, che impone di **escludere** la possibilità di ricomprendere queste due figure in uno stesso perimetro (quello di applicabilità dell'art. 111, co. 2, ult. parte, l. fall.).

⁶ L'autorizzazione invece non è funzionale a conseguire una qualche forma di "esenzione" dalla revocatoria (in effetti non prevista), in quanto gli atti posti in essere dopo l'ammissione al Concordato o sono opponibili; o sono inopponibili. Non possono essere revocabili, neppure in astratto, visto che tali sono, a seguito dell'eventuale fallimento successivo, gli atti compiuti *prima* dell'apertura del Concordato (art. 69-bis, co. 2, l. fall.), non quelli compiuti *dopo*.

La conclusione contraria produrrebbe questo risultato: che un imprenditore “in crisi”, libero di compiere qualsiasi atto dispositivo, e sottratto a qualsiasi controllo⁷, potrebbe produrre, nel corso del procedimento di “Accordo” *ex art. 182-bis* – e della sua esecuzione –, **una mole di indebitamento “in prededuzione” senza confini⁸**: il ch  rappresenta non soltanto una conclusione inaccettabile da un punto di vista logico-giuridico, ma costituirebbe la migliore ragione per i creditori professionali – le banche – di rifiutarsi di sostenere dei tentativi di risanamento dell’impresa che esporrebbe al rischio dell’azzeramento dei propri crediti pregressi.

⁷ A nulla varrebbe reclamare il “controllo” affidato alla necessaria osservanza delle clausole contrattuali dello “Accordo”. Anche se un atto dispositivo del patrimonio del debitore costituisse una violazione dello “Accordo”, in primo luogo ci  non avrebbe minimamente l’attitudine a mettere in discussione la validit  giuridica e l’opponibilit  degli atti (pur eventualmente “vietati” dall’Accordo) cos  compiuti; in secondo luogo, ancora una volta, il fenomeno risulterebbe identico a quello che si produrrebbe nell’ambito di un “Piano” *ex art. 67, co. 3, lett. d) l. fall.*, fondato (anch’esso: e come   di norma) su un patto con i creditori, o parte di essi.

⁸ Nella procedura di liquidazione coatta amministrativa, seguita all’insuccesso di un Accordo di Ristrutturazione, che ha rappresentato l’occasione per la pronuncia di diverse decisioni di merito *contrarie* al recente orientamento della Corte di Cassazione (cfr. di S. BONFATTI, *Ancora sulla natura giuridica degli Accordi di Ristrutturazione*, in www.ilcaso.it, febbraio 2018), la protrazione dell’attivit  d’impresa in esecuzione dello “Accordo” ha prodotto un aumento dell’indebitamento di quasi 180 milioni di euro - al netto dei debiti infragruppo –, su un patrimonio attivo liquidabile stimato complessivamente in euro 150 milioni di euro: con il risultato che l’adesione alla tesi, secondo la quale tutti i crediti sorti “*in occasione o in funzione*” (art. 111, co. 2, l. fall) dello “Accordo” confluito nella L.C.A. dovrebbero essere collocati in prededuzione, comporterebbe *la totale incapienza sul ricavato dalla L.C.A. dei crediti pregressi*, a partire da quelli rappresentati dagli arretrati dovuti ai lavoratori dipendenti