



Università  
Ca' Foscari  
Venezia

**Corso di Laurea Magistrale (*ordinamento ex D.M. 270/2004*)  
in Economia e Finanza**

**Tesi di Laurea**

—

Ca' Foscari  
Dorsoduro 3246  
30123 Venezia

**IL RUOLO DEL SISTEMA BANCARIO NELL'AMBITO DELLA  
CRISI D'IMPRESA**

**Relatore**

**Prof. Mauro Pizzigati**

**Correlatore**

**Prof. Maurizio Interdonato**

**Laureanda**

**Gisella Pierobon**

**Matricola 817349**

**Anno Accademico**

**2015/ 2016**

***“Nei momenti di crisi raddoppia la vitalità negli uomini,  
o forse in soldoni: gli uomini cominciano a vivere  
appieno solo quando si trovano con le spalle al muro”***  
*Paul Auster, Il libro delle illusioni*



## INDICE

<b>INTRODUZIONE</b> .....	<b>5</b>
<b>CAPITOLO I – GLI ACCORDI CON LE BANCHE</b> .....	<b>6</b>
<b>1.1. La Crisi di impresa</b> .....	<b>6</b>
<b>1.2. Gli accordi di moratoria</b> .....	<b>11</b>
1.2.1. <i>Le obbligazioni nell'accordo di moratoria</i> .....	13
1.2.2. <i>Modalità attuative delle obbligazioni</i> .....	15
1.2.3. <i>Qualificazione degli accordi di moratoria</i> .....	17
<b>1.3. Convenzioni interbancarie</b> .....	<b>20</b>
1.3.1. <i>Le obbligazioni nelle convenzioni</i> .....	21
1.3.2. <i>Qualificazione delle convenzioni interbancarie</i> .....	22
<b>1.4. Convenzioni bancarie</b> .....	<b>25</b>
1.4.1. <i>La struttura e le caratteristiche delle obbligazioni</i> .....	26
1.4.2. <i>Le funzioni della convenzione bancaria</i> .....	28
<b>CAPITOLO II – EROGAZIONE DI “NUOVA FINANZA” NELL’AMBITO DELLE SOLUZIONI CONCORDATARIE</b> .....	<b>31</b>
<b>2.1. La Nuova Finanza</b> .....	<b>31</b>
<b>2.2. Piano di “risanamento” art.67, comma 3, lettera d, L.F.</b> .....	<b>35</b>
<b>2.3. Accordo di ristrutturazione art. 182 – bis L.F.</b> .....	<b>40</b>
2.3.1. <i>Finanziamenti in “esecuzione”</i> .....	43
2.3.2. <i>Finanziamenti in “funzione”</i> .....	46
2.3.3. <i>Finanziamenti “autorizzati” o “interinali”</i> .....	50
<b>2.4. Il Concordato preventivo</b> .....	<b>55</b>
2.4.1. <i>La finanza esterna nel concordato preventivo con continuità aziendale</i> .....	62
2.4.2. <i>La tutela dei finanziamenti e il caso factoring</i> .....	68
<b>2.5. La cessione dei crediti nell’Istituto del fallimento</b> .....	<b>71</b>
<b>CONCLUSIONI</b> .....	<b>77</b>
<b>Bibliografia citata e di riferimento</b> .....	<b>82</b>
<b>Siti internet di riferimento</b> .....	<b>88</b>

## INTRODUZIONE

La crisi di impresa è tra gli argomenti più trattati sia nell'ambito della dottrina fallimentarista sia in quella aziendalistica e bancaria; i numerosi studi condotti sul tema sono sempre stati intrapresi o solo sotto il profilo giuridico o sotto quello meramente economico aziendale, o quello bancario, con la conseguenza di separare in diversi punti di vista un problema che, nella realtà è univoco. Solo ultimamente, di fatto, è maturata la tendenza a trattare analisi volte ad elaborare un'interpretazione della crisi aziendale sotto un profilo unitario, elaborando congiuntamente sia il punto di vista giuridico - bancario che quello economico della problematica.

Nel primo capitolo di questa tesi si è voluto dare una visione complessiva e introduttiva, anche in tema normativo, del fenomeno della crisi di impresa. In tale capitolo, si analizza come le banche intervengono per il salvataggio delle imprese in crisi fino a delineare i principali profili degli accordi che ne determinano le diverse classificazioni.

Nel secondo capitolo invece, alla luce della riforma del diritto concorsuale, sono stati analizzati gli interventi normativi nell'ambito delle soluzioni concordatarie, ponendo risalto agli strumenti alternativi offerti alle banche alimentati dal comune obiettivo di consentire alle imprese in difficoltà, percorsi di risanamento e salvaguardia della continuità aziendale.

Nel terzo e ultimo capitolo si è voluto evidenziare come nel tempo, il legislatore sia intervenuto nell'istituto del fallimento, sottolineando come i ruoli degli organi della dottrina siano mutati dando un maggior rilievo alla figura del Curatore, come soggetto investito dei principali poteri e rapporti con i terzi e con le banche.

L'obiettivo di questa tesi sarà quello di analizzare il ruolo del sistema bancario nell'ambito della crisi d'impresa alla luce dell'evoluzione che ha investito la dottrina fallimentare dal 2005 fino alle ultime novità del 2015, si è cercato di evidenziare il ruolo chiave che gli istituti di credito hanno, nella conservazione dei valori aziendali ed egli effetti positivi che possono creare sul circostante tessuto economico.

## CAPITOLO I – GLI ACCORDI CON LE BANCHE

### 1.1. La Crisi di impresa

L'impresa ha un ciclo vitale che si articola in quattro diverse fasi<sup>1</sup>: l'avvio, la crescita, la maturità, il declino; a queste si può sommare una quinta fase che potenzialmente è sempre in agguato a prescindere dalle dimensioni aziendali e dal settore di riferimento, quella dell'insolvenza.

In Italia, negli ultimi anni e in particolare con l'inizio della crisi globale partita nel 2008, si sono intensificati i casi di imprese in difficoltà e in fallimento; le cause scatenanti questa crisi economica, che ha colpito in modo più o meno stringente le aziende a tutti i livelli, sono di varie tipologie: sia sistematiche che microeconomiche riconducibili a vari fattori interni ed esterni all'azienda.

Un'analisi condotta da *CERVED*<sup>2</sup> nel 2016 afferma che dal 2014 ad oggi si è registrato un calo di procedure concorsuali non fallimentari<sup>3</sup> per le imprese italiane, attribuibile alle modifiche legislative nazionali che hanno interessato la procedura del concordato preventivo.

Gli accordi stragiudiziari ebbero la loro diffusione in Italia negli anni 90' dopo la crisi valutaria del 1992, crisi che colpì soprattutto aziende di medie dimensioni<sup>4</sup>.

Gli accordi di risanamento ad oggi sono sempre più utilizzati come strumento per rilanciare le imprese, diventando una prassi ricorsiva per molteplici fattori:

- i soggetti idonei a trovare delle soluzioni per uscire dallo *status* di crisi sono proprio quelli direttamente coinvolti e non soggetti terzi;
- le soluzioni cosiddette “privatistiche” finalizzate alla soluzione della crisi d'impresa rispetto alle “pubblicistiche” permettono un “risparmio netto dei costi derivanti dall'insolvenza”<sup>5</sup>;

---

<sup>1</sup> Boccuzzi G., “Crisi d'impresa e attività bancaria” Cacucci, 2012

<sup>2</sup> Cerved Group Spa: information provider in Italia e agenzia di rating in Europa.

<sup>3</sup> Cerved Group Spa: “nell'analisi sono considerate le procedure di amministrazione controllata e straordinaria, il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art.182 LF, la liquidazione coatta amministrativa e lo stato di insolvenza.

<sup>4</sup> Faccincani, *Banche, imprese in crisi e accordi stragiudiziali. Le novità introdotte dalla riforma del diritto fallimentare.*

<sup>5</sup> Stanghellini, *La crisi di impresa fra diritto ed economi. Le procedure di insolvenza*, Mulino, Bologna, 2007.

- le procedure concorsuali risultano essere in maggior misura flessibili e veloci rispetto alla procedura di insolvenza e consentono alle parti di ricorrere a operazioni di finanza straordinaria che risultano di difficile applicabilità alle procedure concorsuali<sup>6</sup>;
- i *turnaround* stragiudiziale di un'impresa permette di “salvare i beni immateriali di un'impresa” che creano valore come brevetti, marchi etc.<sup>7</sup>
- gli Stati moderni di consentono al debitore l'utilizzo di strumenti che agevolino la ripresa dell'azienda piuttosto di colpire con sanzioni il suo stato di insolvenza.<sup>8</sup>

A prescindere dalla causa o dalle cause scatenanti, la crisi d'impresa è una condizione di squilibrio di carattere complessivo tale da pregiudicare l'assetto patrimoniale, economico, finanziario, e non da meno l'aspetto, organizzativo e di gestione. Di frequente, essa è rappresentata da segnali di tipo patologico e degenerativo. Si possono catalogare forme di squilibrio e/o inefficienza dei principali fattori della produzione (*declino*), a cui si possono aggiungere l'erosione delle risorse materiali e umane con conseguenze sulla capacità dell'azienda di creare valore (*crisi*). In assenza di tempestivi e opportuni interventi da parte degli organi gestionali dell'impresa, si può conseguire dapprima la momentanea incapacità di adempiere puntualmente agli impegni assunti, per poi successivamente approdare ad uno stato di insolvenza, fino a giungere all'incapacità irreversibile dell'impresa di far fronte agli obblighi assunti (siano essi di natura finanziaria piuttosto che di fornitura di beni e/o servizi).

L'impresa che punta a non far cessare la propria attività ma a restare nel mercato deve evidentemente adottare degli interventi di ristrutturazione (cosidette ‘soluzioni’ di *turnaround*)<sup>9</sup>. La maggioranza dei *turnaround* di un'impresa vengono avviati quando essa vessa già in situazione di declino o crisi finanziaria.

---

<sup>6</sup> Stanghellini, *La crisi di impresa fra diritto ed economi. Le procedure di insolvenza*, Mulino, Bologna, 2007

<sup>7</sup> Guatri, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Egea 1995.

<sup>8</sup> Le recenti riforme in materia di concorsuale hanno dimostrato che il legislatore è presso che orientato a preferire soluzioni di continuità aziendale rispetto a quelle liquidatorie: sul punto v. Bonelli, *Le insolvenze dei grandi gruppi: i casi Alitalia, Chrysler, Socotherm, Viaggi del Ventaglio, Gabetti, Risanamento e Tassara*, in *Crisi di imprese. Casi e Materiali*, Giuffrè, Milano, 2011.

<sup>9</sup> V. Guatri, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Egea 1995, 4 ss. Secondo cui “l'espressione *turnaround*, termine anglosassone non traducibile letteralmente, è stata assunta per rappresentare tutti i processi sistematici di risanamento e di rilancio delle imprese”.

Lo status dell'azienda si riflette anche sui procedimenti di *turnaround* attivati:

- a fronte dello status di declino;
- ridefinire nuovi orientamenti di gestione e di controllo,
- ammodernare gli impianti;
- migliorare il servizio può risultare sufficiente per il rilancio dell'impresa.

Questi correttivi risultano invece inevitabili, nell'ipotesi di status di crisi, dove si rendono necessari interventi più strutturali che interessano anche gli *stakeholder*.

Gli interventi più massicci sono ad esempio la ricapitalizzazione, la cessione di società controllate o partecipazioni in società, la variazione della compagine societaria, il cambio di management etc.

E' evidente che il *Turnaround* di un'impresa in declino presuppone principalmente interventi al suo interno; mentre quello di un'impresa in crisi adotta misure di negoziazione ed esecuzione più complesse prevedendo il coinvolgimento e l'intervento di attori esterni alla vita aziendale in primis dei propri creditori.

Ma qual è il ruolo delle parti interessate nelle operazioni di *Turnaround*? Tra i soggetti che intervengono in un'operazione di risanamento il ruolo principale viene svolto dall'azienda che versa in situazione di crisi e dalle banche che intervengono attivamente negli accordi per la salvaguardia del ceto creditorio.

I motivi che possono condurre un'impresa ad una situazione di crisi e rendere quindi utile un *turnaround* sono molteplici.

Innanzitutto esistono cause interne, attribuibili all'incapacità di gestire e programmare le risorse da parte del management: per esempio si ritrovano scelte errate di marketing; l'aver percorso attività che si scostavano dal core business dell'impresa e per le quali essa non godeva di sufficienti competenze e specializzazioni; l'aver intrapreso fasi di sviluppo rapide senza possedere le risorse finanziarie necessarie alla copertura di eventuali perdite non prevedibili in fase di avvio; l'acquisizione del controllo di aziende finanziariamente in difficoltà la cui situazione si sia riversata poi sull'azienda-acquirente; la mancanza di innovazione tecnologica e di sviluppo di nuove idee che immettessero nel mercato nuovi servizi/prodotti;

La conseguenza delle scelte poco oculate appena descritte è la perdita di redditività, il disequilibrio dei flussi di cassa, l'uscita di manager dalla *governance*<sup>10</sup>.

Un ruolo non marginale nelle crisi di impresa è rivestito anche da cause esterne alla singola azienda che spesso “*sfuggono al dominio degli uomini dell'impresa*”<sup>11</sup>: come ad esempio le crisi di settore che interessano interi comparti dell'economia e di conseguenza le imprese che vi operano; le diverse dinamiche concorrenziali dove l'imprenditore più forte porta ad escludere quello meno forte con il conseguente impatto sulla domanda dei beni e sui prezzi.<sup>12</sup> Questi esempi sono la dimostrazione che alle volte l'impresa versa in situazione di crisi per cause da imputare al mercato e non alla gestione soltanto interna.

Un'impresa può essere di piccole, medie e grandi dimensioni: rispetto alla sua dimensione si è in grado fin da subito di cogliere il successo o l'insuccesso di un *workout agreement*<sup>13</sup>, generalmente “*le banche attraverso un atteggiamento funzionale e collaborativo si adoperano per evitare la dissoluzione di grandi apparati aziendali nonostante, sotto un profilo economico, la liquidazione risulterebbe la scelta più idonea*”<sup>14</sup>.

Per la realizzazione di un *turnaround* di un'impresa in crisi è necessario che i soggetti diversi dai soci, quali le banche, mettano a disposizione nuova finanza sottoforma di capitale di credito e non di rischio come accade tipicamente con gli aumenti di capitale.

In altre circostanze è fondamentale che i creditori esistenti desistano dal richiedere il rientro delle posizioni debitorie per un determinato periodo, concedendo la cosiddetta moratoria o *standstill*. Vi sono così *turnaround* di un'impresa ove si richiede che le banche si privino di parte dei loro crediti in essere nei confronti dell'impresa e intervengano stralciando parte della vecchia finanza. E' chiaro come il ruolo delle

---

<sup>10</sup> Faccincani, *Banche, imprese in crisi e accordi stragiudiziali. Le novità introdotte dalla riforma del diritto fallimentare.*

<sup>11</sup> Guatri, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore, Egea 1995.*

<sup>12</sup> Faccincani, *Banche, imprese in crisi e accordi stragiudiziali. Le novità introdotte dalla riforma del diritto fallimentare.*

<sup>13</sup> Accordo di ristrutturazione.

<sup>14</sup> Faccincani, *Banche, imprese in crisi e accordi stragiudiziali. Le novità introdotte dalla riforma del diritto fallimentare.*

banche sia strategico, esse sono portatrici della maggior parte del credito di cui l'impresa è debitrice.

Nessuno degli interventi appena descritti sarebbe possibile senza l'intervento del sistema bancario e finanziario, difficilmente si riuscirebbero a trovare nuove controparti disposte a subentrare nella compagine sociale, pertanto la strada del fallimento sarebbe l'unica percorribile.

Ma quanto appena indicato non è una legge assoluta: il ruolo delle banche può essere a volte essenziale nei *turnaround*, da tempo si è osservato che i manager di aziende che versano in situazione di criticità interne sono solitamente più restii a palesare lo stato di sofferenza<sup>15</sup>. Le banche quindi sono soggetti capaci di supervisionare l'andamento dell'esposizione che hanno nei confronti delle imprese, capire se esse sono in situazione di crisi e intervenire adottando misure correttive come i piani di risanamento. Il loro monitoraggio avviene anche successivamente agli accordi di risanamento, concretamente accertano che i termini del piano siano rispettati; tutto ciò denota l'importanza del ruolo degli istituti bancari in tutta la fase di esecuzione dei contratti.

Il risanamento dunque si articola in una serie di fasi che passano dalla decisione di risanare l'impresa e all'esecuzione di accordi finanziari con le banche. Nei successivi paragrafi verrà analizzato nello specifico i contratti con le banche perciò gli accordi di moratoria, le convenzioni interbancarie e bancarie. Tali accordi si pongono all'inizio del procedimento di risanamento (*accordo di moratoria*) e alla fine (*convenzioni interbancarie e bancarie*).

---

<sup>15</sup> Pajardi, *La ristrutturazione del debito*, in *Gestione della crisi aziendale dei processi di risanamento. Prevenzione e diagnosi, terapie, casi aziendali*, a cura di Danovi e Quagli, Ipsoa, Milano, 2008; Zanotti, *Le banche e le ristrutturazioni delle imprese in crisi*, in *Corporate e investment banking*, a cura di Forestieri, Egea, Milano, 2005.

## 1.2. Gli accordi di moratoria

L'accordo di moratoria è il primo atto fondamentale al fine del risanamento dell'impresa in crisi. Con tale accordo l'impresa chiede e consegue dalle banche un periodo di tempo (cosiddetto *standstill*) utile per la redazione di un piano di risanamento. In questo frangente le 'banche' si impegnano nei confronti dell'azienda, per tutta la durata dell'accordo, ad esistere dall'avviare qualunque operazione che abbia come fine ultimo l'adempimento delle obbligazioni previste dai contratti originari di finanziamento ponendo delle clausole, come ad esempio<sup>16</sup>:

- *“ciascuna banca si impegna a non richiedere il pagamento, o dichiarare la decadenza dal beneficio del termine di qualsiasi somma dovuta nei contratti originari di finanziamento”*;
- *“ciascuna banca si impegna a consentire la normale operatività dei fidi commerciali per auto liquidante e a mantenere le linee di credito derivanti dai contratti”*;
- *“durante il periodo di moratoria, le Banche finanziatrici s'impegnano, senza vincoli di solidarietà a mantenere operative le linee di credito a breve termine, nei limiti degli affidamenti accordati ai termini e alle condizioni applicati originariamente nei contratti e a non ridurre tali affidamenti”*;
- *“ciascun Istituto si impegna a non intraprendere alcuna azione cautelare ed esecutiva e a non cedere in parte o totalmente i propri diritti derivanti dai contratti di finanziamento originari”*.

L'impresa, come contropartita, si impegna a non eseguire atti di straordinaria amministrazione per l'intera durata della moratoria come ad esempio<sup>17</sup>:

- *“prestare o costituire garanzie reali a favore di qualsiasi creditore o istituto bancario (cosiddetto negative pledge) ”*;
- *“concedere garanzie personali e/o manleve o impegni di indennizzo, ad esclusione di quelle previste da contratto”*;

---

<sup>16</sup> T. M. Ubertazzi, *Gli accordi per i risanamenti delle imprese in Crisi, profili civilistici*, JOVINE EDITORE 2014.

<sup>17</sup> T. M. Ubertazzi, *Gli accordi per i risanamenti delle imprese in Crisi, profili civilistici*, JOVINE EDIOTRE 2014.

- “si obbliga nei confronti delle banche a non stipulare altri finanziamenti e/o assumere direttamente o indirettamente, qualsiasi forma di indebitamento rispetto a quello in essere alla data di conclusione dell’accordo”;
- “acquisire o finanziare società terze, controllate o correlate”;
- “costituire nuove società, cedere marchi e brevetti dell’impresa o di sue controllate”;
- “distribuire utili, riserve di qualsiasi natura o dividendi”;
- “compiere azioni od omettere informazioni che possano pregiudicare il buon fine ed esito della moratoria”.

L’accordo di moratoria è definito dall’impresa e dalle banche e quindi da una pluralità di controparti. Nei casi di operazioni di risanamento di imprese di medie dimensioni il numero delle banche finanziatrici può essere elevato. E’ rilevante quindi individuare lo schema dei rapporti obbligatori che derivano dall’accordo per qualificarlo come contratto tipico o atipico.

La Dottrina maggioritaria che ha analizzato gli “accordi di *turnaround*” li ha reputati rientranti nel “*negozio plurilaterale*”, non precisando se tale concetto sia volto anche agli accordi di moratoria<sup>18</sup>.

Gli accordi di moratoria però fanno parte di quelle azioni necessarie per un risanamento e rappresentano un passaggio obbligatorio per la buona riuscita dello stesso, dunque quando si parla di “plurilateralità” degli accordi di risanamento la dottrina sembrerebbe accorpasse anche gli accordi di moratoria.

La disciplina italiana propone due diverse opinioni del termine controparte contrattuale<sup>19</sup>:

1. Con controparte o parte si intende “*un centro unitario di interessi in tale centro possono ruotare un solo soggetto giuridico (semplice) o più soggetti da ricondurre a unità di parte contrattuale complessa*”<sup>20</sup>;
2. l’espressione “*centro unitario di interesse*” può significare anche che “gli interessi delle controparti siano talvolta convergenti ad un risultato comune ma

<sup>18</sup> Boggio, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Giuffrè, Milano.

<sup>19</sup> S. D’Andrea, *La parte soggettivamente complessa. Profili di disciplina*. Giuffrè, Milano, 2002.

<sup>20</sup> S. D’Andrea, *La parte soggettivamente complessa. Profili di disciplina*. Giuffrè, Milano, 2002.

non si esclude che essendo soggetti diversi agiscano per soddisfare un interesse proprio<sup>21</sup>”.

Non è obiettivo di questo lavoro prendere posizioni a favore di una o l'altra idea ma piuttosto porre l'attenzione sul fine ultimo che l'accordo di moratoria ha: permettere all'impresa di risanarsi e continuare con la propria attività. Gli accordi di moratoria sono siglati dall'impresa e dalle banche finanziatrici, siamo quindi di fronte ad uno stesso intento che ha una duplice sfaccettatura: l'interesse dell'impresa nel richiedere una proroga delle scadenze e quindi il rispetto degli impegni presi e l'interesse delle banche nel concedere del tempo per permettere all'impresa di risanare e quindi di favorire l'adempimento delle obbligazioni.

Alla luce di quanto detto l'accordo di moratoria può essere qualificato come contratto atipico **art. 1322 c.c.** che cita: *“Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”*, in generale il codice civile non detta nessuna regola di procedimento in ordine alla conclusione di tali accordi a conferma di ciò in essi sono contenute le definizioni iniziali da attribuire alle parole utilizzate per esempio: per “parti” si deve intendere “la società” e “le banche”.

### *1.2.1. Le obbligazioni nell'accordo di moratoria*

L'accordo di moratoria comporta l'assunzione di impegni e la nascita di rapporti obbligatori: il primo da parte dell'impresa che si impegna ad astenersi dal compiere nuove azioni e il secondo delle banche a favore delle imprese a non esigere l'adempimento delle obbligazioni. L'accordo inoltre dà vita anche ad un terzo tipo di impegno: tra banche, infatti esse reciprocamente si obbligano ad astenersi dal compiere atti che potrebbero pregiudicare la moratoria<sup>22</sup>. Ciò fa sì che gli impegni delle banche assumano carattere vincolante e abbiano le caratteristiche di un'obbligazione.

Chiedendo e accettando un accordo di moratoria l'azienda si impegna a mantenere un determinato comportamento non più libero ma vincolato, non compiendo

---

<sup>21</sup> S. D'Andrea, La parte soggettivamente complessa. Profili di disciplina. Giuffrè, Milano, 2002.

<sup>22</sup> M. Arato, Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi, Il fallimento, Ipsoa, 2008.

tutti quegli atti sopra descritti di straordinaria amministrazione. L'obiettivo quindi non è esclusivamente quello di soddisfare un proprio interesse ma bensì di ottenere un periodo di tempo per redigere un piano di risanamento idoneo per il suo rilancio cosiddetto di *forbearance*<sup>23</sup>; tale periodo è necessario anche a tutelare l'interesse delle banche confidando che codesta concessione non permetta una riduzione del patrimonio dell'impresa e non intacchi le garanzie *ex art. 2740 c.c.*<sup>24</sup> nel periodo di moratoria.

L'impresa nel periodo di moratoria consolida un piano di risanamento idoneo che, in caso di esito favorevole, permette ad essa di adempiere al pagamento dei crediti vantati dalle banche evitando una procedura concorsuale; l'impresa quindi viene investita di un'auto-responsabilità tale che il venir meno degli impegni assunti comporterebbe la risoluzione del contratto e/o accordo causando un "effetto svantaggioso" sia in termine di risarcimento del danno *ex art. 1218 c.c.*<sup>25</sup> sia che l'impresa non potrà mai più beneficiare di un periodo di moratoria.

Le obbligazioni che sorgono da questo accordo hanno le caratteristiche dell'obbligazione cosiddetta soggettivamente complessa:

- coinvolgono una pluralità di creditori e debitori sia dal lato attivo per le banche che assumono un credito verso l'impresa (essa si asterrà da compiere atti di straordinaria amministrazione) e nei confronti di ognuno degli altri *competitors* (essi si asterranno da ogni azione che possa compromettere il fine della moratoria); sia dal lato passivo la banca non pretende il rientro delle linee di credito per l'intero periodo di moratoria.
- esse hanno il medesimo titolo scaturito dall'accordo;
- hanno carattere di unitarietà complessiva in quanto con l'accordo di moratoria vengono definiti chiaramente gli impegni delle parti.
- Inoltre hanno un carattere divisibile dedotto dall'**art. 1316 c.c.** che esprime il concetto di divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione, precisamente parla dell'indivisibilità della cosa o fatto oggetto della prestazione, ergo

---

<sup>23</sup> Forbearance: tolleranza

<sup>24</sup> **Art. 2740 codice civile:** "Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge (490, 2313; 514 c.p.c., 515 c.p.c., 545 c.p.c.; l.f. 46)".

<sup>25</sup> **Articolo 1218 del codice civile:** "Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile."

l'obbligazione è divisibile tutte le volte in cui può essere frazionata in parti eque a mantenere proporzionalmente lo stesso scopo economico dell'intera prestazione;

- Inoltre hanno un carattere negativo in quanto le obbligazioni dell'impresa sono dirette appunto a non realizzare atti di straordinaria amministrazione: come contrarre finanziamenti, cedere la proprietà di diritti intellettuali etc.; d'altro canto le banche congelano per un determinato periodo le richieste di adempimento di tali prestazioni per non pregiudicare l'accordo. In ambedue i casi il "non fatto" oggetto dell'obbligazione sembra dunque avere carattere negativo e divisibile (per l'impresa attività vietate che rendono l'oggetto divisibile e per la banca obbligazioni pecuniarie<sup>26</sup> non rimosse notoriamente divisibili).
- Infine gli accordi di moratoria prevedono inoltre obbligazioni positive le banche continuano ad erogare finanza e come già detto tali somme sono divisibili.

### 1.2.2. Modalità attuative delle obbligazioni

Il nostro ordinamento considera almeno tre diverse modalità di attuazione:

- **PARZIARIA** sancita dall'**art. 1314 del c.c.** "*ciascuno dei creditori non può domandare il soddisfacimento del credito che per la sua parte, e ciascuno dei debitori non è tenuto a pagare il debito che per la sua parte*"<sup>27</sup>
- **SOLIDALE** sancita dall'**art. 1292 del c.c.** "*quando tra più creditori ognuno ha diritto di chiedere l'intera obbligazione e l'adempimento conseguito da uno di essi libera il debitore verso tutti i creditori*" ovvero "*quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento di uno libera gli altri*"<sup>28</sup>.
- **CONGIUNTA** è una modalità di attuazione non disciplinata puntualmente dalle norme del codice civile ma si ricava implicitamente dall'**art. 1317 c.c.** secondo cui "*le obbligazioni indivisibili sono regolate dalle norme relative alle*

---

<sup>26</sup> Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *Diritto civile, Obbligazioni e contratti*. Giuffrè, Milano, 2000.

<sup>27</sup> **Codice civile art. 1314**

<sup>28</sup> **Codice civile art. 1292**

*obbligazioni solidali in quanto applicabili*”<sup>29</sup> infatti questa terza modalità prevede che i creditori abbiano il diritto di ottenere dal debitore la prestazione congiuntamente invece i debitori devono adempiere contestualmente la loro prestazione nei confronti del creditore.

Nell'accordo di moratoria ci troviamo a considerare l'obbligazione dell'impresa come soggettivamente complessa dal lato attivo cioè un solo debitore a fronte di più creditori: tale prestazione quindi non ha carattere solidale in quanto una banca non può chiedere all'impresa di corrispondere esclusivamente nei suoi confronti il debito liberando anche gli altri istituti; l'obbligazione non ha carattere parziario perché l'impresa non è obbligata *pro quota* solo a favore di taluna banca, ma deve adempiere al debito contestualmente nei riguardi di tutti i creditori. Quindi l'obbligazione dell'impresa è da considerarsi un'attuazione congiunta tra le parti.

Ragionamento analogo può essere fatto per le obbligazioni delle banche nei confronti dell'impresa e nei rapporti reciproci tra creditori dove si configura una prestazione soggettivamente complessa dal lato passivo. Infatti negli accordi di moratoria è esclusa la presunzione di solidarietà **ex art. 1294 c.c.**<sup>30</sup> per esempio dicendo esplicitamente: “ogni impegno assunto dalle banche finanziatrici è riferito a ciascuna di esse e deve intendersi assunto senza vincolo di solidarietà tra le stesse” oppure possono essere inserite clausole con cui si stabilisce che “tutte le obbligazioni previste dall'accordo vengono assunte singolarmente e pro quota a carico delle banche senza vincoli di solidarietà, per quanto di loro spettanza e nei limiti del proprio credito”<sup>31</sup>. Rimane quindi da considerare l'obbligazione assunta dalle banche sia sotto un profilo di attuazione congiunta sia di attuazione parziaria.

Nella prassi di attuazione congiunta:

- a. se una sola banca risultasse inadempiente, le altre banche non sono tenute a mantenere l'impegno di non intervenire ai fini dell'adempimento dei crediti vantati nei confronti dell'impresa; infatti l'accordo di moratoria è fondato su clausole risolutive espresse e prevede lo scioglimento dello stesso<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> **Codice civile art. 1317**

<sup>30</sup> **Articolo 1294 codice civile:** “I condebitori sono tenuti in solido, se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente”.

<sup>31</sup> Così RUBINO, *Delle obbligazioni alternative, solidali, divisibili ed indivisibili*; cit. 192

<sup>32</sup> CAREDDA, *Le obbligazioni ad attuazione congiunta*, cit., 473: “coinvolge necessariamente tutti i debitori”

- b. L'inadempienza di una delle controparti rende le altre responsabili di un'obbligazione risarcitoria in solido nei confronti dell'impresa<sup>33</sup>.

Nel caso di attuazione parziaria:

- a. se una banca risultasse inadempiente le altre sono obbligate ad eseguire la loro prestazione;
- b. le altre banche non sono ritenute responsabili in solido, la banca inadempiente risponderà per se stessa.

È opinione comune che l'unico meccanismo che più si conviene è quello dell'attuazione congiunta, infatti per far sì che l'interesse del creditore sia soddisfatto e il risultato venga raggiunto è necessario che tutti i condebitori si comportino allo stesso modo. L'impresa pretende che le banche tengano un atteggiamento congiunto e se così non fosse la stessa dovrebbe definire i diversi rapporti separatamente, disperderebbe così molte risorse e si allontanerebbe dalla predisposizione di un piano di risanamento compromettendo la possibilità di *turnaround* dell'impresa.

Rimangono infine da considerare le obbligazioni che ciascuna banca assume nei confronti degli altri istituti, di astensione a compiere attività che possano compromettere la moratoria. Lo schema della solidarietà non si addice in quanto un istituto di credito non può chiedere la prestazione per intero ad una sola banca. La singola prestazione della banca non deve essere rivolta ad ogni istituto pro quota ma deve avvenire contestualmente a favore di tutte. Tale prestazione assume la caratteristica dell'attuazione congiunta.

### 1.2.3. Qualificazione degli accordi di moratoria

Va ora analizzato l'accordo di moratoria sotto il profilo della sua qualificazione: i caratteri emersi dalla dottrina relativa agli accordi di risanamento portano a definirlo

---

<sup>33</sup> CAREDDA, *Le obbligazioni ad attuazione congiunta*, cit., 477.

*pactum de non petendo* e quindi un contratto atipico non normato dal codice civile, ma esistente nel nostro diritto romano classico<sup>34</sup>. Possiamo distinguere il *pactum de non petendo in perpetuum* e il *pactum de non petendo ad tempus*: il primo prevede l'impegno del creditore a non esigere la prestazione, il secondo invece a non esigerla per un indicato periodo di tempo. La moratoria potrebbe configurarsi ne il *pactum de non petendo ad tempus* anche se un'altra dottrina, ritiene l'accordo di moratoria autonomo e il rapporto obbligatorio sottostante subisce inevitabili modifiche<sup>35</sup>.

Risulta quindi complicato qualificare in modo netto gli accordi di moratoria in una fattispecie o in un'altra. Il *pactum de non petendo* è mutato già in epoca romana, era un accordo non formale tra creditore e debitore per il quale il creditore non richiedeva la prestazione a quest'ultimo; l'accordo non era quindi riconosciuto dallo *ius civile*<sup>36</sup> come obbligazione e il debitore poteva esclusivamente sollevare un'*exceptio pacti conventi*.<sup>37</sup> Già all'epoca romana lo stesso *pactum* presentava un perimetro non del tutto delineato e i suoi labili confini non permettevano all'accordo di moratoria di vestire perfettamente tale figura giuridica. La mancanza di regole del nostro codice civile fanno sì che il *pactum de non petendo* risulti dunque un negozio atipico, non sono presenti definizioni nette che lo configurino in un *genus*<sup>38</sup> unitario. Emerge quindi la difficoltà di raffrontare il *pactum de non petendo* con l'accordo di moratoria, anche quest'ultimo non è regolato dalla legge ma solo menzionato nell'**articolo 1244 del c.c.** secondo cui: "*la dilazione concessa gratuitamente dal creditore non è di ostacolo alla compensazione*". In sintesi ci si trova dunque a non riuscire a delineare in modo netto le differenze che riconducano gli accordi di moratoria ad essere classificati come *pactum de non petendo* o ad altre figure contrattuali.

Come già detto in precedenza, con gli accordi di moratoria, le banche si impegnano a non esigere le prestazioni dall'impresa per un periodo di tempo. Tale accordo quindi incide e/o modifica il negozio obbligatorio originario derivante dai contratti di finanziamento. Un primo parere ritiene l'accordo adatto a modificare i termini pattuiti originariamente, invece un altro ritiene che esso non apporti

---

<sup>34</sup> Natura atipica del *pactum de non petendo* v. ex multis G. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sul pactum de non petendo alla luce di un rimediato concetto del patto nell'ordinamento attuale*, cit., 606 ss.

<sup>35</sup> DE CRISTOFARO, *il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche italiane e tedesche*.

<sup>36</sup> indicava il complesso delle norme che regolamentava i rapporti tra cittadini romani.

<sup>37</sup> Paralizzare il debito.

<sup>38</sup> Caratteristiche comuni. RECITO V., *I patti di inesigibilità del credito*, cit. 25 secondo cui: "è impossibile ridurre a una sola definizione le diverse tipologie di *pactum de non petendo*".

modificazioni al termine ma sia puramente una mera tolleranza del creditore<sup>39</sup>. Con questa tesi non si vuole appoggiare un'opinione rispetto ad un'altra ma rilevare che la prima opinione rispecchia gli accordi di moratoria per i quali vengano previste delle clausole dove le banche: *“accettano di riscadenzare i piani di ammortamento relativi ai finanziamenti”* e *“rinunciare ad azionare qualsiasi diritto legato alle esposizioni fino alla scadenza della moratoria”*. In questo modo le controparti rendono i crediti dei contratti originari inesigibili, l'effetto che si evince da tale accordo è quindi quello della proroga dei termini e della modifica del contratto originario di finanziamento. Di fatto la mera tolleranza non convince in quanto è stabilito contrattualmente che la banca si impegni a non chiedere l'adempimento delle obbligazioni.

---

<sup>39</sup> Patti S., *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovine, Napoli, 1978.

### 1.3. Convenzioni interbancarie

L'atto finale e necessario al risanamento dell'impresa in crisi è la cosiddetta "convenzione bancaria". Con tale termine si ricomprendono due fattispecie distinte:

- l'accordo tra banche, chiamata anche "convenzione interbancaria"
- l'accordo tra quest'ultime con l'impresa, la cosiddetta "convenzione bancaria".

Queste due intese possono essere separate o ricomprese in un unico contratto. Consideriamole separatamente per spiegare il processo in modo più dettagliato. Per prassi, comunque, i due accordi vengono redatti sempre separatamente presentano al loro interno informazioni riservate, che le banche, preferiscono non divulgare verso l'esterno soprattutto all'impresa oggetto del piano di risanamento.

Premesso ciò, con la convenzione interbancaria le banche creditrici nominano con procedimento assembleare un rappresentante interno cosiddetto "Banca-Agente", ad esso viene conferito l'incarico di esercitare ogni attività utile al fine di compiere la totale esecuzione della convenzione bancaria. Le banche si impegnano a tenere l'agente integro *pro quota* da ogni spesa che sorge in virtù dell'accordo. Inoltre, tra banche sorge un obbligo reciproco ad astenersi dalle contrattazioni dirette con l'impresa per tutta la durata della convenzione bancaria, impartire istruzioni e regole alla banca-agente sul rapporto da mantenere con l'impresa oltre ad informare la stessa su ogni fatto o notizia rilevante. La banca-agente rappresenta ed esercita i diritti delle banche finanziatrici che rappresenta, esegue le istruzioni che riceve in qualità di mandatario **ex art. 1710 c.c.**<sup>40</sup> durante il procedimento assembleare interno, è inoltre tenuta ad informare e aggiornare taluna banca su ogni comunicazione che riceverà in qualità di "mandatario".

La convenzione interbancaria è un accordo concluso solamente tra istituti di credito e vi è pertanto una pluralità di soggetti, come nell'accordo di moratoria, ma la differenza è che ciascuna banca è portatrice di un proprio interesse specifico: *iure proprio* e procede perciò da un proprio lato del contratto ovviamente separato rispetto alle altre.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> **Articolo 1704 del Codice civile** "Mandato con rappresentanza: Se al mandatario è stato conferito il potere di agire in nome del mandante, si applicano anche le norme del capo VI del titolo II".

<sup>41</sup> Da prassi l'accordo ha una struttura plurilaterale e convenzionalmente attribuiscono significati specifici ai termini come per esempio la parola "parte" viene usata nel senso di "ciascuna banca presa singolarmente all'interno dell'accordo". Ubertazzi, M. T. *Gli accordi per i risanamenti delle imprese in crisi*.

### 1.3.1. Le obbligazioni nelle convenzioni

Come nella moratoria anche dalle convenzioni interbancarie scaturiscono diverse obbligazioni:

- ogni banca si impegna nei confronti delle altre parti ad informare, adottare e osservare una linea comune di decisioni da attribuire alla banca agente per il corretto rapporto con l'impresa;
- la banca agente si impegna ad eseguire le obbligazioni nei confronti delle banche in virtù del mandato;
- infine ciascuna banca si assume l'obbligazione di tenere la banca agente indenne da ogni spesa sorta in virtù dell'esecuzione del mandato.

Queste obbligazioni sono definite “soggettivamente complesse”, se non altro con riferimento alle prestazioni che la banca agente deve compiere in veste di ‘mandataria’ nei riguardi delle banche; a loro volta quest’ultime assumono reciproche obbligazioni nei confronti della banca agente. Le prime lo sono in virtù del rapporto tra ‘mandante’ e ‘mandatario’, tale rapporto obbligatorio deriva dal mandato collettivo, definito dalla dottrina<sup>42</sup> soggettivamente complesso, arricchito dalla convenzione interbancaria che riveste la banca agente non solo del ruolo di ‘mandataria’ ma anche di ‘mandante’ in quanto facente parte del ceto creditorio. Le seconde sono definite comunque soggettivamente complesse, nonostante ciascun contraente abbia un ruolo autonomo, ciascuna banca si assume un impegno nei confronti non di un singolo Istituto ma bensì di un pool di banche che compongono la convenzione interbancaria.

Nella convenzione interbancaria tutte le obbligazioni sono divisibili.

Infatti le obbligazioni reciproche delle banche sono divisibili perché hanno come oggetto:

- più atti di astensione nei rapporti che si instaurano con l'impresa ad esempio si pensi al recesso, alla risoluzione al risarcimento del danno etc. ;
- più indicazioni ed informazioni;
- più espressioni di voti all'interno dei procedimenti deliberativi previsti dalla convenzione.

---

<sup>42</sup> Luminoso, diretto da CICU, MESSINEO, MENGONI, *Mandato, commissione, spedizione*, in *trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1984.

Come già detto, la banca agente è indenne dal sostenere spese in esecuzione del'incarico, tale obbligazione assunta dalle banche del pool ha come oggetto somme di denaro e pertanto è da considerarsi divisibile come tutte le obbligazioni pecuniarie.

Infine, è da considerarsi principalmente divisibile anche l'obbligazione che la banca agente ha nei confronti delle altre banche, perché riguarda tutte le azioni che essa compie in forza del mandato, tutti gli atti che saranno richiesti dai mandanti, tutte le informazioni che verranno divulgate e raccolte in esecuzione della convenzione.

La convenzione interbancaria ha carattere patrimoniale **art.1321 c.c.**<sup>43</sup> perché regola rapporti tra le parti di natura giuridica e patrimoniale, le obbligazioni che nascono da tale accordo hanno un carattere vincolante. L'agente gestisce i rapporti con l'impresa e quindi svolge un'attività economica finalizzata all'adempimento delle obbligazioni consolidate nelle convenzioni ed ha quindi carattere patrimoniale. Anche la natura pecuniaria dell'incarico dell'agente la configura come tale.

Le banche, attraverso la convenzione interbancaria compattano un interesse comune: adottare un'unica posizione nei confronti dell'impresa. Guardando l'intera operazione di *turnaround* l'accordo risulta essere una tappa indispensabile per la buona riuscita del procedimento di risanamento, ricopre inoltre la funzione di stabilizzatore degli assetti tra banche e impresa.

### *1.3.2. Qualificazione delle convenzioni interbancarie*

La convenzione interbancaria presenta dei tratti caratteristici che la collocano all'interno dei contratti plurilaterali con comunione di scopo. Va quindi chiesto se sia o meno un contratto atipico come analizzato per l'accordo di moratoria.

I contratti plurilaterali con comunione di scopo sono regolati dalla nostra dottrina sotto i profili di:

- Nullità **art. 1420 c.c.**<sup>44</sup>
- Annullabilità **art.1446 c.c.**<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> **Articolo 1321 codice civile:** "Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale".

<sup>44</sup> **Articolo 1420 codice civile :** "Nei contratti con piu' di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale.

- Risoluzione **art. 1456 c.c.**<sup>46</sup>
- Impossibilità sopravvenuta **art. 1466 c.c.**<sup>47</sup>

Tali norme non identificano una fattispecie contrattuale ma dettano una mera disciplina comune per gli accordi fra più parti.<sup>48</sup>

Tra i contratti plurilaterali tipici con comunione di scopo sono ricompresi quelli cosiddetti “associativi”, agrari di divisione o comunione di un bene e alcuni sindacati di voto<sup>49</sup>, è chiaro che la convenzione interbancaria non si collochi perfettamente in questi schemi. Sotto il profilo organizzativo la convenzione ha lo scopo di impartire linee guida alla banca agente, quest’ultima gestisce i rapporti con l’esterno e l’impresa, questo fa sì che tale accordo sia inquadrabile tra gli accordi cosiddetti di organizzazione, tra cui spicca il contratto di mandato. Come si è detto nel paragrafo precedente, nella convenzione le banche incaricano la banca agente di eseguire vari atti giuridici, con questo esse stabiliscono che l’accordo si configuri nel mandato *ex art. 1703 c.c.* o nel mandato collettivo *ex art. 1726 c.c.*<sup>50</sup>, inoltre tale qualificazione pare confermata anche da un provvedimento giudiziario che ha ritenuto la convenzione interbancaria come un finanziamento in pool rientrante nell’istituto del mandato<sup>51</sup>. Nella convenzione l’agente agisce per proprio conto, essendo una banca mandante, ma anche per conto altrui in virtù dell’incarico che riveste, seguendo esclusivamente le istruzioni ricevute dalle altre banche in base alle regole deliberate in convenzione. Le banche quindi contrattualizzano attraverso la convenzione tutti i rapporti interni: stabiliscono regole votate per maggioranza, impartiscono istruzioni all’agente e nel periodo di esecuzione ciascuna di queste avrà obblighi di informativa. La violazione di regole contrattuali dà luogo ad una

---

<sup>45</sup> **Articolo 1446 codice civile:** *“Nei contratti indicati dall’articolo 1420 l’annullabilità che riguarda il vincolo di una sola delle parti non importa annullamento del contratto, salvo che la partecipazione di questa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale.”*

<sup>46</sup> **Articolo 1456 codice civile:** *“I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all’altra che intende valersi della clausola risolutiva”.*

<sup>47</sup> **Articolo 1466 codice civile:** *“Nei contratti indicati dall’articolo 1420 l’impossibilità della prestazione di una delle parti non importa scioglimento del contratto rispetto alle altre, salvo che la prestazione mancata debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale.”*

<sup>48</sup> V. Maiorca, *Contratto plurilaterale*, Giuffrè, Milano.

<sup>49</sup> V. Belvedere, *La categoria contrattuale*.

<sup>50</sup> **Articolo 1726 codice civile:** *“Se il mandato è stato conferito da più persone con unico atto e per un affare d’interesse comune, la revoca non ha effetto qualora non sia fatta da tutti i mandanti, salvo che ricorra una giusta causa.”*

<sup>51</sup> App. Milano, 14 luglio 2007, in Gius., 2001, n. 2422.

responsabilità **ex art. 1218 c.c.**<sup>52</sup>. L'autonomia contrattuale è qui bene espressa, le banche sono solite stabilire anche *ex contractu* le modalità e le quote necessarie per richiedere la risoluzione della convenzione, l'obiettivo principale è trovare un punto di equilibrio tra l'interesse della singola banca, del *pool* di banche e dell'impresa: le decisioni sono prese con procedimento assembleare interno che necessita dell'approvazione delle banche che detengono i 2/3 dell'esposizione debitoria nei confronti dell'impresa, l'agente è legittimato a richiedere la risoluzione solo dopo il procedimento assembleare. La convenzione bancaria dunque è meritevole di tutela **ex art. 1322 c.c.**<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> **Articolo 1218 codice civile:** *"Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta [1176, 1181] è tenuto al risarcimento del danno [1223 ss.], se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"*

<sup>53</sup> **Articolo 1322 codice civile:** *"Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge 41 Cost. e alle norme corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare [1323], purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico"*.

#### 1.4. Convenzioni bancarie

La convenzione bancaria viene stipulata contestualmente alla convenzione interbancaria, i protagonisti dell'accordo sono le banche e l'impresa che versa in uno stato di crisi, normalmente tale accordo dura da 5 a 10 anni.

Da un lato, le banche si impegnano a:

- non esigere l'adempimento dei crediti dati dai finanziamenti originari ma bensì consolidarli con uniche posizioni;
- rifinanziare le imprese erogando nuova finanza;
- eventualmente, a 'stralciare'<sup>54</sup> parte dei crediti vantati dall'impresa.

Dall'altro lato l'impresa si impegna a:

- rimborsare i debiti consolidati dalla convenzione;
- collaborare con la banca agente fornendo tutte le informazioni sul suo status, comunicare tempestivamente qualsiasi variazione di compagine o altre modifiche;
- presentare una situazione economica finanziaria della società con cadenza trimestrale;
- consegnare i bilanci della società approvati annualmente entro 15gg dal deposito;
- presentare alla banca agente un report semestrale riguardante lo stato di avanzamento del Piano di risanamento;
- far sì che il patrimonio netto e l'indebitamento non subiscano variazioni in aumento rispetto all'ammontare predeterminato;
- non compiere atti di straordinaria amministrazione;
- preservare valide e efficaci tutte le licenze e i permessi per lo svolgimento dell'attività;
- non modificare o cessare rami di attività se da questo scaturisca un effetto negativo nei confronti del ceto bancario;
- non concedere garanzie a terzi.

---

<sup>54</sup> Gergo bancario Stralcio: Remissione dei crediti originari.

Tali impegni sono da considerarsi come clausole risolutive espresse, vengono inserite all'interno della convenzione e specificano in maniera puntale e circoscritta l'obbligazione che in caso di inadempimento porterà alla risoluzione del contratto come previsto dall'**art. 1456 c.c.**<sup>55</sup>

La convenzione bancaria dunque è chiusa tra le banche e l'impresa, esse creano una parte soggettivamente complessa. Contemporaneamente alla convenzione bancaria, vengono accorpati in un'unica posizione gli interessi del pool di banche attraverso l'accordo interbancario, viene designata la banca agente che in virtù del mandato gestisce il rapporto con l'impresa, tutto questo rende l'accordo bilaterale.

#### *1.4.1. La struttura e le caratteristiche delle obbligazioni*

In questo accordo la struttura delle obbligazioni varia a seconda che le prestazioni siano di natura principale o accessoria.

Le obbligazioni principali sono:

- A. soggettivamente complesse dal punto di vista passivo, abbiamo infatti che la banca non richieda il pagamento dei crediti vantati dai finanziamenti di origine, rinunci a parte di questi crediti ed eroghi nuova finanza, una medesima prestazione derivante da un unico contratto, più debitori (le banche) nei confronti di una sola impresa.
- B. Soggettivamente complessa dal punto di vista attivo, è l'obbligazione che si consolida con la convenzione bancaria, l'impresa deve adempiere a favore di ciascuna banca *pro quota*, unica ed è a favore di più creditori (le banche che partecipano all'accordo).

Nella convenzione bancaria le obbligazioni hanno carattere divisibile per le stesse ragioni dell'accordo di moratoria, quando appunto non viene richiesto di adempiere ai pagamenti dei finanziamenti originari. Inoltre lo sono ancora quando è prevista da parte delle banche l'erogazione di nuova finanza o lo stralcio dei crediti precedenti: l'oggetto di queste obbligazioni è appunto la somma di denaro che è per

---

<sup>55</sup> **Articolo 1456 del codice civile:** *"I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva"*

natura divisibile<sup>56</sup>. La stessa identificazione è possibile applicarla anche per l'obbligazione dell'impresa nei confronti delle banche, infatti nel rimborso del finanziamento l'oggetto è comunque la somma di denaro, che come tale può essere divisa in parti.

Altra analogia con la moratoria è considerare l'obbligazione delle banche congiunta quando si configura in un non *facere*. Inoltre l'obbligazione non è solidale quando è prevista l'erogazione di nuova finanza o in presenza di stralcio: le banche non si assumono l'impegno interamente ma per lo quota parte loro spettante, laddove assunto per intero, è da intendersi senza vincolo di solidarietà tra le stesse.

Contestualmente alla stipula della convenzione bancaria avviene *ex contractu* lo stralcio o l'emissione di nuova finanza, congiuntamente e subito dopo la definizione dell'accordo. Questo per dar modo all'impresa di ottenere i mezzi necessari a proseguire con il risanamento. Riassumendo quindi l'obbligazione non ha i caratteri della solidarietà in quanto le banche non possono chiedere la restituzione del debito consolidato, ma può avere carattere parziario in quanto l'impresa si impegna pro quota a rimborsare ciascuna di essa. L'accordo prevede che l'impresa paghi le somme stabilite a ciascuna banca contestualmente e in giorni predeterminati, per evitare disparità nei trattamenti, questo rende la natura dell'obbligazione congiunta.

Possiamo ora considerare le obbligazione anche sotto il profilo temporaneo: nella convenzione di durata quinquennale o decennale non conviene una modalità istantanea o continuativa perché l'adempimento dovrebbe avvenire in un'unica soluzione o senza interruzione di tempo tra un erogazione e un'altra, ciò risulterebbe non finanziariamente sostenibile per l'impresa. Si stabilisce in accordo che le modalità delle obbligazione siano periodiche o rateali; nel primo caso si hanno più adempimenti nel tempo<sup>57</sup> e nel secondo caso l'adempimento viene differito in modo progressivo<sup>58</sup>, entrambe comunque dilazionano la prestazione nel tempo ma dando delle scadenze prefissate dalle parti. Lo schema quindi della convenzione prevede il pagamento rateale crescente dell'intero debito consolidato.

---

<sup>56</sup> Articolo 1316 del codice civile: "L'obbligazione è indivisibile, quando la prestazione ha per oggetto una cosa o un fatto che non è suscettibile di divisione per sua natura o per il modo in cui è stato considerato dalle parti contraenti"

<sup>57</sup> Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *Diritto Civile, Obbligazioni e contratti*, Giuffrè, Milano, 2000

<sup>58</sup> Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *Diritto Civile, Obbligazioni e contratti*, Giuffrè, Milano, 2000

Consideriamo ora le obbligazioni accessorie. L'impresa è tenuta a condividere informazione sul proprio status alla banca agente, tali informazioni sono numerose e dirette ad un solo soggetto dunque divisibili. Differente analisi per le obbligazioni che riguardano la *performance* dei risultati economici e le obbligazioni di *standstill*, sono divisibili in quanto il loro oggetto riguarda molteplici atti di straordinaria amministrazione e obiettivi economici da raggiungere ma sono assunte dall'impresa nei confronti non della banca agente ma di tutto il ceto bancario. L'adempimento da parte dell'impresa non può essere chiesto da ciascuna banca e non libera la stessa dal debito in quanto la prestazione deve avvenire contestualmente a favore di tutte le banche sotto tale profilo le obbligazioni accessorie appena citate sono ad attuazione congiunta e non parziaria e non solidale.

E' scontato evidenziare il carattere patrimoniale delle convenzioni bancarie che hanno come oggetto un adempimento di crediti pecuniari, infine per quanto concerne le obbligazioni accessorie le stesse agiscono limitando l'agire dell'attività economica dell'impresa ma l'oggetto ha comunque carattere patrimoniale.

#### *1.4.2. Le funzioni della convenzione bancaria*

La funzione della convenzione bancaria è di consentire all'impresa di dilazionare l'esposizione debitoria e permettere alla banca di rientrare progressivamente del credito con l'obiettivo di agevolare un risanamento aziendale.

Prima dell'introduzione dell'**art. 67 comma 3 lettera f** della legge fallimentare i giuristi ritenevano che le convenzioni bancarie fossero in contrasto con il principio della *par condicio creditorum*<sup>59</sup> e come tali anche i concordati stragiudiziali erano da ritenersi illeciti; differente tesi è emersa dopo l'avvento di tale arricchimento normativo che considera gli accordi di risanamento e le convenzioni sempre meritevoli di tutela<sup>60</sup>.

È corretto precisare che il principio della *par condicio* si applica quando il patrimonio dell'impresa in crisi è ritenuto non adeguato a soddisfare i creditori, l'impresa quindi, si trova ad essere in uno stato di crisi irreversibile tale, da costringerla

---

<sup>59</sup> **Articolo 2741 codice civile:** "I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione. Sono cause legittime di prelazione i privilegi, il pegno e le ipoteche."

<sup>60</sup> Boggio L., *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Giuffrè, 2007

ad avviare una procedura concorsuale, perciò nel caso di risanamento citare la non *par condicio* risulta essere improprio.

Sembra essere troppo netta anche la seconda tesi, in quanto il legislatore con l'**art. 67 comma 3 lettera f** non ha introdotto un nuovo tipo di contratto ma ha altresì previsto che alcuni accordi, in esecuzione di un piano di attestato, siano esenti da revocatoria: quindi la natura atipica delle convenzioni bancarie richiede il filtro dell'**art. 1322 c.c.**<sup>61</sup>.

Le convenzioni bancarie hanno inoltre lo scopo di evitare l'attivazione di procedure concorsuali, permettere all'impresa di continuare la strada del *turnround* e sostenere i livelli occupazionali: tutto questo definisce la causa dell'accordo, meritevole di essere tutelata **ex art. 1322 c.c.** e soprattutto lecita. Non sempre però la convenzione bancaria persegue nobili cause: quando ad esempio non cerca il risanamento dell'impresa ma bensì punta al potenziamento delle posizioni di alcune banche forti a svantaggio di altri creditori non compresi nella convenzione. In queste fattispecie l'accordo può essere dichiarato nullo per causa illecita<sup>62</sup>.

Talvolta la convenzione bancaria si limita semplicemente a consolidare il credito che le banche vantano verso l'impresa, in essa è prevista una condizione risolutiva tale per cui, l'adempimento del debito consolidato risolve i contratti di finanziamento originari *pactum de non petendo*.

Non è possibile inquadrare la convenzione bancaria in una figura precisa nel nostro ordinamento anche se, una dottrina in particolare, ha studiato gli accordi modificativi dei rapporti obbligatori evidenziando come affianco a figure peculiari come la novazione, transazione, *pactum de in solutum dando* troviamo una lettura al contrario del **articolo 1198 del c.c.** che dice: "*Quando in luogo dell'adempimento è ceduto un credito, l'obbligazione si estingue con la riscossione del credito, se non risulta una diversa volontà delle parti*", più precisamente si tratta di un'assunzione di debito *pro-solvendo*: (anziché cessione crediti *pro-solvendo*) ogni volta che un debitore si obbliga a contrarre un nuovo debito che sostituisce il debito originario, l'adempimento del

---

<sup>61</sup> **Articolo 1322 del codice civile:** "*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*".

<sup>62</sup> Capobianco E., Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore,

nuovo debito determinerà contestualmente l'estinzione di quello preesistente. Tale accordo è presente in altri ordinamenti europei come in quello tedesco.

Con questo accordo l'impresa perfeziona una nuova obbligazione con le banche che gli consente di ottenere un rientro dilazionato; conseguentemente si determinano due distinti rapporti obbligatori:

- ✓ l'obbligazione di origine che nasce dai diversi contratti di finanziamento con le banche;
- ✓ Il debito consolidato che scaturisce dalla convenzione bancaria.

E' con questa analisi che la convenzione bancaria si configura negli accordi con cui il debitore si assume un debito *pro solvendo* e costituisce dunque un contratto atipico.

## **CAPITOLO II – EROGAZIONE DI “NUOVA FINANZA” NELL’AMBITO DELLE SOLUZIONI CONCORDATARIE**

### **2.1. La Nuova Finanza**

Il perno su cui poggiava la legge fallimentare del 1942 era la tutela dei creditori. La preservazione del patrimonio dell’impresa non risultava essere la finalità principale delle procedure di amministrazione e di concordato preventivo bensì erano strumenti meramente intrapresi con il fine ultimo del soddisfacimento dei creditori. Le finalità di tali procedure infatti non producevano risultati positivi per la riorganizzazione dell’impresa o del suo rilancio nel mercato bensì costituivano dei passaggi che inevitabilmente portavano al fallimento, attestando gravi perdite per i creditori.<sup>63</sup>

Gli operatori erano sfavorevoli alle procedure giudiziali, in quanto le ritenevano non soddisfacenti, i creditori ma soprattutto le banche, consideravano queste procedure di risanamento piuttosto costose, sia in termini di adempimenti burocratici sia in termini di tempo, anche nei casi di convenienza del fallimento il valore di realizzo finale era piuttosto esiguo. Conseguentemente si intraprendevano procedure negoziali tra banca e debitore con il fine ultimo di ristrutturare il debito e recuperare l’attività aziendale. Di fatto, nella prassi era sempre più diffusa la scelta seguita dalle controparti, di ricorrere a soluzioni alternative per sanare in modo rapido e autonomo situazioni di crisi piuttosto complesse. C’è stato quindi uno “scollamento” tra il diritto concorsuale e le iniziative di tipo “privatistico” che uscivano al di fuori dei controlli e dalle regolamentazioni, si prediligevano perciò, meccanismi negoziali meno rigidi e privi di vincoli.

Si svilupparono casistiche diversificate in materia di accordi stragiudiziali: dalle semplici ristrutturazioni del debito fino alla nascita di meccanismi più articolati come la costituzione di organismi rappresentativi dei creditori con funzioni di supervisione e monitoraggio della gestione dell’impresa e con poteri decisionali sulle operazioni societarie più importanti, in grado perfino di cambiare il management se non lo ritenessero adeguato alla realizzazione del piano di risanamento. Pertanto le soluzioni stragiudiziali, non solo rispondevano agli interessi del ceto creditorio ma erano capaci di soddisfare le esigenze delle imprese debentrici, così da rendere il ruolo dell’imprenditore

---

<sup>63</sup> Boccuzzi G., *Crisi d’impresa e attività bancaria: analisi del rapporto tra diritto fallimentare disciplina speciale delle banche*, Cacucci, 2012.

non più marginale ma altresì risultare parte attiva e collaborativa; inoltre attraverso l'accordo le banche permettevano all'impresa di ottenere la dilazione nei termini di pagamento e l'erogazione di nuova finanza utile al rilancio dell'azienda.

La flessibilità operativa delle soluzioni stragiudiziali fece registrare ottime performance e ciò dipendeva dal fatto che esse non fossero vincolate ad un modello standard e ad un sistema di regole chiuso e predefinito<sup>64</sup>.

Ciononostante gli aspetti positivi sopraccitati ponevano dei rischi e delle limitazioni alle soluzioni stragiudiziali dovute dall'assenza di regole trasparenti note in anticipo e dagli obblighi non espressi puntualmente.

In primis, non c'era nessuna conferma circa la realizzazione del piano di ristrutturazione: da un lato non c'erano vincoli espressi e dall'altro una pluralità di interessi all'interno del ceto creditorio faceva aumentare il rischio che il piano negoziato, nonostante sotto il profilo industriale e finanziario fosse valido, venisse compromesso a causa del comportamento dei singoli creditori. In secundis gli accordi stragiudiziali avevano il limite di non dare protezione alle controparti aderenti al piano, soprattutto quando lo stato di crisi era tale da condurre l'impresa al fallimento. Le conseguenze e i rischi quindi si riversavano proprio su quei soggetti che maggiormente credevano nel recupero dell'impresa.

A tutto ciò si sommava la mancanza di qualsiasi forma di tutela per la nuova finanza erogata in virtù del piano di risanamento, oltre a tutti i problemi gestionali e organizzativi che le banche si accollavano essendo responsabili del controllo o addirittura dell'amministrazione dell'impresa in crisi.<sup>65</sup>

In questo scenario, il sistema bancario italiano intervenne esplicitamente e nel 2000 l'ABI – Associazione Bancaria Italiana - emanò un vero e proprio codice di autodisciplina sancendo il codice di comportamento delle banche e delle imprese. Al proprio interno venivano stabiliti dei principi volti a favorire la collaborazione tra banca e impresa in crisi. Il codice rappresentò la procedura che le banche dovevano adottare in vista della riorganizzazione dell'impresa a seguito dell'accordo di ristrutturazione del

---

<sup>64</sup> Mazzei R., Spisni M., *Valutazioni operative e scelte finanziarie nella definizione dei piani di riorganizzazione dell'impresa, in Banche e risanamento dell'impresa*, Egea, Milano 1995.

<sup>65</sup> Forestieri G., *Le banche e il risanamento delle imprese*, Egea, Milano, 1995.

debito<sup>66</sup>. In un quadro di collaborazione con l'imprenditore, la banca avrebbe potuto concedere moratorie, erogare nuova finanza e scambiare informazioni per consentire di minimizzare il costo della crisi. Attraverso la sottoscrizione di un protocollo di intesa le banche si impegnavano ad accettare e rispettare il codice di comportamento, in esso venivano stabiliti i tempi, le modalità e gli obiettivi dell'azione di consultazione dell'imprenditore per la formulazione dei piani. Il codice era utile ad individuare in modo precoce le avvisaglie della crisi, le banche dunque erano in grado di attivare interventi correttivi al palesarsi delle prime manifestazioni. La procedura girava attorno al concetto che la banca era autorizzata ad aprire il processo di concertazione, d'altro canto l'impresa era consapevole di poter incontrare la collaborazione delle banche per raggiungere una soluzione concordata.

L'epilogo però del codice non fu positivo, l'accordo sottoscritto dalle banche non vedette mai applicazione, ciò fu da imputare al fatto che i rischi e i limiti degli accordi stragiudiziali rimasero e gli strumenti di tutela normativi non erano adeguati a proteggere gli accordi instaurati tra banca e impresa.

In questo quadro emergeva sempre più netta l'idea che fosse necessario un intervento da parte dell'ordinamento; lo stesso doveva offrire nuovi strumenti, nuove opportunità per l'impresa per risollevarsi da situazioni di crisi, ma non solo, incoraggiare l'iniziativa dell'imprenditore attraverso adeguati incentivi, sensibilizzare quest'ultimo a denunciare le situazioni di difficoltà e attivare in modo tempestivo tutti quegli interventi per il superamento della crisi.

Fondamentale era la predisposizione di un adeguato sistema giuridico che avesse lo scopo di far funzionare efficacemente i meccanismi stragiudiziali di risanamento. Nel nostro ordinamento giuridico ha un peso fondamentale l'autonomia negoziale, era quindi essenziale che tale principio venisse applicato anche nell'ambito della risoluzione della crisi, nel presupposto della trasparenza, nella correttezza dei comportamenti, la legge infine doveva definire i profili sanzionatori a tutela delle azioni fraudolente. In questo contesto normativo il ruolo del giudice doveva senza dubbio essere ridisegnato. La sua figura non doveva per forza di cose colpire tutti i principali momenti decisionali della gestione delle procedure e delle modalità di definizione della

---

<sup>66</sup> ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, *Codice di comportamento Banche –Imprese in crisi*, giugno 2000, Circolare ABI Serie Legale n. 9/2000. Maimeri F., *Sistemazioni stragiudiziali delle crisi e codice di comportamento bancario*, in BBTC, 2000.

crisi, ma bensì garantire la regolarità dei processi e arbitrare eventuali conflitti che scaturiscono dallo svolgimento della controversa situazione di crisi. La dottrina ha delineato un quadro normativo organico, osservato le prassi negoziali consolidate tra banche e imprese in crisi con lo scopo di assicurare un'adeguata tutela non esclusivamente agli atti e ai contratti ma bensì regolando i comportamenti delle controparti interessate a raggiungere gli obiettivi di risanamento.

La riforma della legge fallimentare ha consolidato la lunga esperienza degli accordi stragiudiziali sorti tra le banche e le imprese negli ultimi decenni. L'intervento ha avuto il fine ultimo di eliminare le rigidità e le inefficienze del precedente impianto fallimentare, ha ridisegnato un nuovo rapporto basato sul dialogo e sulla negoziazione tra impresa e banca, con la riforma si è voluto dare dignità agli accordi stragiudiziali, facendo emergere come obiettivo comune il risanamento e la valorizzazione dell'impresa. Sono stati inseriti nuovi e più strutturati istituti, che riconducono nuovamente al principio dell'autonomia negoziale nella risoluzione concordata della crisi. Anche l'istituto del fallimento ha sbiadito gli originari caratteri sanzionatori, per mutare in un mezzo capace di valorizzare le componenti vive dell'impresa, creare nuove forme di concordato e realizzare operazioni innovative.

Il ruolo degli istituti bancari nella gestione della crisi d'impresa è mutato con il nuovo ordinamento, sono aumentati gli strumenti da utilizzare per il risanamento e per la ristrutturazione aziendale, sono stati calibrati a seconda delle situazioni di gravità e rimodulati per i diversi contesti istituzionali, organizzativi e operativi dell'impresa. L'impianto normativo della riforma si fa spazio tra le fragili strutture finanziarie dell'impresa del nostro territorio e il sistema bancario che eroga nuova finanza; da qui la necessità di avere una normativa adeguata a realizzare un confronto costruttivo tra le controparti, in un'ottica di tutela degli interessi degli *stakeholders*.

Il ruolo guida delle trattative con l'impresa è detenuto dalle banche come creditori principali di quest'ultimo, esse con l'imprenditore perfezionano i piani di risanamento, le ristrutturazioni e offrono se necessaria l'assistenza finanziaria utile per trovare una soluzione alla crisi. La disciplina delle crisi di impresa emersa dalla riforma, pone alle banche la veste di attore principale, dandogli maggiori responsabilità per il corretto ed efficace funzionamento dei nuovi istituti di risanamento e attenuando di molto l'effetto sanzionatorio che caratterizzava il precedente regime fallimentare.

L'aspetto innovativo della riforma consiste nell'aver introdotto nuovi strumenti di risoluzione stragiudiziale ispirati alle esperienze maturate dal sistema bancario nella progettazione e realizzazione dei piani interbancari di ristrutturazione del debito. Ispirati alla valorizzazione dell'autonomia privata nella negoziazione del piano di risanamento sono anche l'accordo di ristrutturazione dei debiti, caratterizzato da limitati momenti di controllo giudiziario, e il concordato preventivo, nel quale il controllo giudiziario è più intenso.<sup>67</sup>

## **2.2. Piano di “risanamento” art.67, comma 3, lettera d, L.F.**

Per la prima volta nel nostro ordinamento viene riconosciuto il piano stragiudiziale di risanamento. Questo istituto non presenta un'articolata disciplina, infatti è costituito da una sola norma in materia di azioni revocatorie, la quale prevede che: *“non sono soggetti ad azione revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti per la nomina a curatore fallimentare e nei suoi confronti non deve sussistere alcuna delle cause di illegittimità e di decadenza della carica di sindaco di Spa. Il medesimo inoltre deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano”*<sup>68</sup>. Le nuove disposizioni sottolineano i requisiti di indipendenza del piano. Esso non rappresenta una vera e propria procedura concorsuale, in quanto non si muove all'interno di un perimetro disciplinato dalla legge, si tratta piuttosto di un piano disposto dall'imprenditore, con determinati requisiti e al quale la normativa imputa particolari effetti<sup>69</sup>. Per attivare tale procedura senza dubbio l'imprenditore si deve trovare di fronte ad una situazione di crisi, da intendersi in senso lato quanto a fattori causali e forme di manifestazione. Per individuare le condizioni che hanno portato alla crisi d'impresa è essenziale prendere spunto dagli obiettivi del piano, ovvero la

---

<sup>67</sup> Giannelli G., *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*. 2005

<sup>68</sup> Legge Fallimentare Articolo 67 comma 3 lettera d

<sup>69</sup> De Sensi V., *La concorsualità nella gestione della crisi d'impresa*, Luiss University Press, 2009.

riduzione dell'esposizione debitoria dell'impresa e il riequilibrio della sua situazione finanziaria.

Il piano di risanamento ha come presupposto soggettivo la qualificazione di imprenditore commerciale assoggettato a fallimento, invece per quanto concerne l'elemento oggettivo viene rappresentato dalle locuzioni citate anche sopra: "risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa" e "riequilibrio della situazione finanziaria". La dottrina non precisa e non dà suggerimenti circa il contenuto del piano, lasciando all'autonomia delle parti l'identificazione delle modalità e dei termini per l'elaborazione di soluzioni orientate al risanamento, richiede soltanto che la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità del piano siano attestati da un professionista indipendente proposto dal debitore, iscritto al registro dei revisori legali, in possesso dei requisiti **dell'art. 28 lettere a e b L.F.**<sup>70</sup> e che possieda determinati requisiti di indipendenza. Per indipendenza intendiamo: l'assenza di legami personali e professionali con l'impresa o coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento, assenza negli ultimi 5 anni di attività di lavoro autonomo o subordinato in favore del debitore, assenza negli ultimi 5 anni di partecipazione agli organi di amministrazione o di controllo del debitore. Le Linee Guida suggeriscono che esso venga nominato nella fase iniziale della redazione del piano, allo scopo di avere una visione completa e precisa delle informazioni in modo da adattare le attestazioni preliminari in ragione dello strumento che è stato prescelto dall'imprenditore. Inoltre le Linee Guida consigliano all'imprenditore di attivare un processo di monitoraggio costante sull'andamento del piano o dell'accordo; è possibile costituire un comitato tecnico costituito *ad hoc* interno all'impresa, oppure nominare una controparte terza in grado di informare costantemente i creditori che fossero interessati a conoscere lo stato di avanzamento del risanamento. Qualora dal monitoraggio dovessero emergere situazioni di criticità e l'accordo dovesse risultare non più idoneo, si profilano delle fonti di responsabilità della società e degli amministratori verso i terzi. A fronte

---

<sup>70</sup> **Articolo 28 a) – b) Legge Fallimentare:** *“Possono essere chiamati a svolgere le funzioni di curatore: a) avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti; b) studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lettera a). In tale caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura “*

dell'adempimento di vigilanza dettato dal **ex art. 2407 c.c.**<sup>71</sup> è necessario che gli amministratori siano direttamente coinvolti sulla corretta esecuzione del piano partecipando attivamente al monitoraggio.

Misura aggiuntiva che è necessario prevedere e disciplinare nel piano di risanamento, consiste nell'emissione di nuova finanza, quindi: ulteriore apporto chiesto alle banche a supporto dell'impresa debitrice. Senza dubbio l'erogazione di nuova finanza è il principale pilastro che permette all'impresa di riprendersi, il piano di risanamento non è solo un appianare i debiti pregressi ma bensì è fondamentale che avvenga il rilancio dell'azienda, e senza nuova finanza tale rilancio non può avvenire.

L'intervento delle banche si osserva attraverso molteplici declinazioni:

- erogazione di mutui fondiari, ipotecari, chirografari;
- aperture di credito in conto corrente come il fido di cassa;
- cessione del credito attraverso convenzioni-quadro di *factoring*;
- perfezionamento di operazioni di *lease-back*;
- concessione di nuove linee di firma per nuove commesse ove risulta necessario prestare fidejussione o *performance bond*.

Dall'accordo si prevede che l'erogazione di nuova finanza avvenga fissando l'importo degli affidamenti, possono essere divisi in *tranches* o erogati *una tantum*, di prassi immediatamente dopo la sottoscrizione dell'accordo viene emessa una parte e la rimanente resta vincolata fino alla verifica delle indicazioni determinate nel contratto, in conformità al piano.

Senza soffermarsi sulle diverse forme tecniche, la nuova finanza permette all'impresa di ottenere le risorse liquide necessarie a fronteggiare gli impegni nel breve periodo, come per esempio: il pagamento dell'erario, degli stipendi dei dipendenti, ma non solo, andare a soddisfare quei fornitori/creditori che si sono dimostrati indisponibili

---

<sup>71</sup> **Articolo 2407 Codice Civile:** "I sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio. Essi sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica "

a patteggiare la propria esposizione e abbiamo manifestato esplicitamente l'intenzione di ricorrere e/o intraprendere procedure cautelari o esecutive, ancorché presentare istanza di fallimento. Essa costituisce una condizione imprescindibile del risanamento, nonostante comporti un incremento dell'esposizione debitoria dell'imprenditore nei confronti del sistema bancario. E' chiaro che la concessione di nuova finanza deve essere assoggettata ad una valutazione di merito creditizio da parte degli istituti tenendo in considerazione l'incremento del livello complessivo di rischio, ma non solo, l'analisi deve essere altresì condotta dall'esperto che dovrà valutare l'effettiva capacità di rimborso dell'imprenditore non solo dell'esposizioni pregresse ma soprattutto di quelle acquisite con la sottoscrizione dell'accordo. In questa prospettiva, anche se non sempre realizzabile, è che la nuova finanza sia garantita dall'impegno dei soci di attuare aumenti di *equity* o attraverso finanziamenti postergati al rimborso degli altri creditori o attraverso versamenti di capitale.

I finanziamenti previsti dal piano di risanamento, a differenza di ciò che accade nell'accordo di ristrutturazione dei debiti, nel concordato preventivo e nel successivo eventuale fallimento, non godono della prededucibilità del **art. 182-quater L.F.**<sup>72</sup> e ne a maggior ragione dell'**art. 111 comma 2 L.F.**<sup>73</sup>, in quanto il piano di risanamento previsto dall'**art. 67, comma 3** della legge fallimentare non può essere equiparato a una procedura concorsuale<sup>74</sup>.

Alla luce di ciò è plausibile che l'imprenditore possa preferire altri strumenti di risoluzione della crisi al palese scopo di ottenere l'erogazione di nuova finanza, soprattutto nel caso in cui la stessa sia più corposa e non vengano richieste stringenti garanzie. E' pur vero che, l'autonomia negoziale di questo accordo permette di individuare soluzioni alternative alla prededucibilità, altrettanto tutelanti per le banche, basti pensare ad esempio alla stipula di contratti di cessione del credito *pro solvendo* su clienti di un segmento di alto *standing* dell'imprenditore, oppure la concessione di garanzie reali su beni di comprovata consistenza.

---

<sup>72</sup> **Articolo 182 quater L.F.:** "I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche[...] in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182 bis sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111."

<sup>73</sup> **Articolo 111 L.F. :** "Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine: 1) per il pagamento dei crediti prededucibili [...]"

<sup>74</sup> Falcone G. , *I piani di risanamento*, Boggio, 2011, Milano; Lo Cascio G., *Il piano attestato di risanamento*; Tarzia G., *La tutela del sostegno creditizio alle imprese in crisi*, il fallimentarista.it, 2012.

Tali soluzioni rendono il piano di risanamento uno strumento maggiormente celere non essendo:

- indispensabile l'omologazione del tribunale per rendere perfezionato l'accordo;
- obbligatoria la pubblicazione del piano nel registro delle imprese a meno che non sia il debitore a richiederla e voglia beneficiare del beneficio fiscale di neutralizzare la plusvalenza derivante dall'eventuale stralcio dell'indebitamento ai sensi dell'**art. 88 comma 4 d.p.r. n 917/1986**<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> **Articolo 88 comma 4 d.p.r. n 917/1986:** *“Non si considerano sopravvenienze attive i versamenti in denaro o in natura fatti a fondo perduto o in conto capitale alle società e agli enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettere a) e b), dai propri soci e la rinuncia dei soci ai crediti, né gli apporti effettuati dai possessori di strumenti simili alle azioni, né la riduzione dei debiti dell'impresa in sede di concordato fallimentare o preventivo o per effetto della partecipazione delle perdite da parte dell'associato in partecipazione. In caso di accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ovvero di un piano attestato ai sensi dell'articolo 67, terzo comma, lettera d), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, pubblicato nel registro delle imprese, la riduzione dei debiti dell'impresa non costituisce sopravvenienza attiva per la parte che eccede le perdite, pregresse e di periodo, di cui all'articolo 84”*

### 2.3. Accordo di ristrutturazione art. 182 - bis L.F.

Il nuovo istituto è stato introdotto nel 2005 con la legge fallimentare del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito in legge con modificazioni dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, in vigore a partire dal 17 marzo 2005 e ha subito una serie notevole di interventi sulla norma sia perché ha manifestato lacune e problemi interpretativi e sia per la crisi economica-finanziaria che ha colpito le imprese del nostro paese. Tale impianto è disciplinato dall'**art. 182-bis della L.F.** si caratterizza per la sua semplicità dei meccanismi procedurali, *“si fonda sull’omologazione da parte del tribunale di un accordo tra l’azienda debitrice in stato di crisi e i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti, per il quale è prevista la redazione di una relazione da parte di un professionista che deve avere i requisiti di cui all’art. 67, comma 3, lett. D.”*<sup>76</sup> (requisiti richiamati anche per il “piano di risanamento”) idoneo quindi ad assicurare il pagamento dei creditori estranei. Con il dl. 22 giugno 2012, n. 83 in vigore dall’11 settembre 2012, il legislatore ha voluto specificare i termini di 120gg dall’omologazione entro i quali è previsto il pagamento dei creditori che non hanno aderito all’accordo, per tutti i crediti scaduti a tale data, e dalla scadenza, per i crediti non ancora scaduti alla data dell’omologazione. Si configura quindi una moratoria legale a favore del debitore, per la quale nessun creditore può esigere l’adempimento prima della pubblicazione dell’accordo.”<sup>77</sup> Il presupposto soggettivo della procedura è che il debitore sia un imprenditore e abbia le caratteristiche espresse **dall’art. 1 della L.F.**<sup>78</sup>, inoltre essa può

---

<sup>76</sup> **Articolo 67 comma 3 lettera d) L.F.** : *“un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall’articolo 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all’impresa e a coloro che hanno interesse all’operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l’indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall’articolo 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore”.*

<sup>77</sup> LA CROCE G., *“Protezione dei creditori fino a intesa pubblicata”*, in *Il Sole 24 Ore*, Le Guide. Norme e tributi, 10 agosto 2012.

<sup>78</sup> **Articolo 1 della Legge Fallimentare:** *“Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici. Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:*

essere applicata anche “*alle imprese agricole e le società agricole*”<sup>79</sup> che si trovano in uno stato di crisi o di insolvenza, per quanto concerne il presupposto oggettivo è rappresentato dallo stato di “crisi” reversibile<sup>80</sup> e irreversibile<sup>81</sup>.

L’ambito dell’accordo è meramente stragiudiziale, la disciplina non detta alcun tipo di modalità relativa alla fase di negoziazione e approvazione dell’accordo tra le parti, essendo l’accordo frutto dell’autonomia privata. L’intervento della giurisprudenza avviene a seguito del deposito della documentazione richiesta per il concordato preventivo prevista dall’**art. 161 L.F. comma 2**:

- “*una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell’impresa;*”
- “*uno stato analitico ed estimativo delle attività e l’elenco nominativo dei creditori, con l’indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;*”
- “*l’elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;*”
- “*il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili;*”
- “*un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta. In ogni caso, la proposta deve indicare l’utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore*”.

---

a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall’inizio dell’attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;

b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell’istanza di fallimento o dall’inizio dell’attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;

c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila” [...]

<sup>79</sup> A tali soggetti è prevista la possibilità di accedere agli accordi di ristrutturazione in virtù delle disposizioni del **comma 43 dell’art. 23 del dl. N. 98/2011**, convertito nella **legge n.111/2011** secondo cui: “*In attesa di una revisione complessiva della disciplina dell’imprenditore agricolo e del coordinamento delle disposizioni in materia, gli imprenditori agricoli in stato di crisi, o di insolvenza, possono accedere alle procedure di cui gli artt. 181-bis e 183-ter del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni.*”

<sup>80</sup> Crisi Reversibile definizione: “*temporanea difficoltà di adempiere alle obbligazioni e una situazione di squilibrio economico finanziario dell’impresa.*”

<sup>81</sup> Crisi irreversibile definizione di insolvenza **Articolo 5 della Legge Fallimentare 2 comma**: “*Lo stato d’insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*”.

L'accordo viene pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dalla sua pubblicazione; entro 30 giorni dalla pubblicazione, i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione. Il tribunale una volta vagliata le eventuali opposizioni procede con l'omologazione dell'accordo.

Per agevolare il ricorso alla procedura è stato esteso l'effetto protettivo tipico del concordato anche all'accordo di ristrutturazione, tale forma anticipata di tutela del debitore è rafforzata dal **6 comma dell'art. 182-bis** che dà la possibilità al debitore di avanzare un'istanza al tribunale volta a bloccare possibili azioni cautelari o esecutive, altresì il divieto di acquisire titoli di prelazione non concordati con il debitore, nel corso delle trattative e nel periodo antecedente la formalizzazione dell'accordo, inoltre con il **decreto legge 83/2012** all'imprenditore viene data la possibilità di fruire dei benefici della transazione fiscale e la sospensione automatica delle azioni esecutive e cautelari per un periodo limitato di tempo di 60 giorni dalla data di pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese<sup>82</sup>. L'omologazione del Tribunale ha l'effetto di proteggere il contenuto dell'accordo e le relative azioni esecutive mosse da revocatorie in caso di successivo fallimento come chiaramente esposto dall'**art. 67, comma 3. Lett. e), L.F.** secondo il quale: *“gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo ai sensi art. 182-bis”* non sono oggetto di revocatoria. La riforma è intervenuta anche sotto il profilo del diritto penale, in quanto per i pagamenti e per le operazioni compiute in esecuzione di un accordo di ristrutturazione omologato è prevista l'esenzione dai reati di bancarotta semplice e preferenziale come si evince dall'**art. 217-bis L.F.**<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Termini previsti dall'**articolo 168 della legge fallimentare**: *“Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore [al decreto] non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore. Le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese, e le decadenze non si verificano.”*

<sup>83</sup> **Articolo 217-bis Legge Fallimentare**: *“Le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182 bis o del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182 quinquies e alle operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'articolo 22-quater, comma 1, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, nonché ai pagamenti ed alle operazioni compiute, per le finalità di cui alla medesima disposizione, con impiego delle somme provenienti da tali finanziamenti.”*

La disciplina della crisi d'impresa scaturita dalle novità introdotte dalle **leggi n. 134/2012**, di conversione del **d.l. n. 83/2012** cosiddetto *Decreto sviluppo*, dalla **n. 98/2013**, di conversione del **d.l. n. 69/2013**, l'ultimo aggiornamento del **d.l. n. 83/2015** convertito nella legge **n. 132/2016** assegnano alle banche e agli altri operatori finanziari un ruolo centrale per il corretto ed efficace funzionamento dei nuovi istituti di prevenzione e risanamento. Queste assumono sempre maggiormente una posizione strategica nell'ambito delle crisi aziendali, diventano a tutti gli effetti dei soggetti fondamentali per il sostegno dell'operatività dell'impresa, permettono all'azienda di proseguire l'attività attraverso l'emissione di nuova finanza ma temperando l'esigenza di tutelare i propri crediti sotto diversi profili:

- evitare di incorrere in responsabilità civili e/o penali a seguito di erogazione di credito all'impresa che abbia intrapreso una procedura di risoluzione della crisi;
- riconoscimento della prededuzione dei crediti laddove i piani di risanamento aziendali non vadano a buon fine e altresì vedere riconosciute le garanzie reali e personali che assistono tali crediti;
- Esenzione da eventuali impugnazioni in virtù di revocatorie operate dal curatore nel successivo fallimento.

### 2.3.1. Finanziamenti in "esecuzione"

Con la riforma del 2006 il legislatore ha introdotto nella **Legge Fallimentare il 2 comma dell'art. 111** dando una puntuale definizione dei cosiddetti crediti prededucibili identificandoli come "*quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge<sup>84</sup>*", con l'obiettivo di ampliare le categorie dei crediti in prededuzione e dare un ordine di preferenza su qualunque altro credito concorsuale.

---

<sup>84</sup> **Articolo 111 Legge fallimentare:** "*Le somme ricavate dalla liquidazione dell'attivo sono erogate nel seguente ordine:*

1) per il pagamento dei crediti prededucibili;

2) per il pagamento dei crediti ammessi con prelazione sulle cose vendute secondo l'ordine assegnato dalla legge ;

3) per il pagamento dei creditori chirografari, in proporzione dell'ammontare del credito per cui ciascuno di essi fu ammesso, compresi i creditori indicati al n. 2, qualora non sia stata ancora realizzata la

Il duplice intervento avvenuto nel 2010 e nel 2012 ha costituito 3 distinte fattispecie di finanziamenti che danno origine a crediti che godono anch'essi della prededuzione ai sensi dell'**art. 111** della Legge Fallimentare.

La prima è rappresentata dai **finanziamenti in esecuzione** disciplinati dal **comma 1 dell'art. 182-quater** della Legge fallimentare<sup>85</sup>.

La versione dell'**articolo 182-quater** in origine limitava la possibilità di riconoscimento della prededuzione ai soli finanziamenti erogati da banche e da intermediari iscritti in speciali elenchi del Testo Unico Bancario. La modifica del 2012<sup>86</sup> ha cancellato tale limite, estendendo la prededuzione a tutti i finanziamenti, erogati da qualsiasi soggetto. I finanziamenti possono avere qualsiasi forma, non è importante la modalità che assume l'operazione ma è fondamentale lo scopo ultimo di permettere all'impresa di ottenere le risorse finanziarie necessarie per procedere all'esecuzione del rapporto. L'unico presupposto perché la prededuzione sia riconosciuta è che l'accordo di ristrutturazione venga effettivamente omologato, nonostante non sia prevista una statuizione dal tribunale essa avviene quindi in automatico, dipende dal solo fatto che il finanziamento è il tramite per l'esecuzione del piano, sulla cui base è stato costruito l'accordo; inoltre da parte del tribunale non è prevista nessuna valutazione puntuale in merito, in quanto tali finanziamenti sono concessi in virtù dell'accordo e la loro stima rientra nell'ambito della valutazione complessiva svolta in sede di omologa.

Questa tipologia di finanziamenti non riporta importanti complessità interpretative, ad eccezione della sopra citata locuzione "in esecuzione" presente nella norma, la quale presa letteralmente potrebbe far rientrare nei crediti in prededuzione esclusivamente i finanziamenti successivi all'omologa, escludendo quelli erogati in precedenza (dopo il deposito della domanda di omologa e prima di essa). Tale interpretazione rigida e meramente cronologica potrebbe far sì che vengano penalizzati tutti quei finanziamenti che, seppur nell'accordo ricoprono il medesimo ruolo, vengono

---

*garanzia, ovvero per la parte per cui rimasero non soddisfatti da questa. Sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge<sup>(4)</sup>; tali crediti sono soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1)".*

<sup>85</sup> **Articolo 182-quater Legge Fallimentare:** "I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati [da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993 n. 385] in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182 bis sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111".

<sup>86</sup> Decreto sviluppo D.L. n. 83/12 convertito in Legge n. 134/12.

però erogati nella fase antecedente l'omologazione. Questa interpretazione è stata in parte risolta con l'introduzione dell'**art. 182-quinquies L.F.**<sup>87</sup>, con questo articolo infatti il legislatore qualifica come dice la norma: *“funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori”* anche i finanziamenti erogati nella fase anteriore all'omologa purché abbiamo tale scopo. Tale previsione detta quindi una linea di coerenza interpretativa, qualificando i finanziamenti per la loro “funzionalità” e quindi previsti sin dall'origine nel piano come elementi strutturali per la riuscita dell'accordo. Essi, quand'anche erogati prima dell'omologa, possano godere della prededuzione se contemplati e descritti nell'accordo e nel piano precisandone il loro ruolo funzionale; il professionista chiamato a pronunciarsi, attesterà che i creditori non aderenti al piano saranno integralmente soddisfatti da codesti finanziamenti validandone così il ruolo sopra qualificato. Si precisa inoltre che l'accordo produce i suoi effetti già dal momento della pubblicazione nel registro delle imprese, dunque i finanziamenti costituiscono “esecuzione” dall'accordo stesso.

Nel caso in cui il finanziamento venga messo in atto dopo l'omologazione, il beneficio della prededuzione sarà in ogni caso sottostante al fatto che esso risulti integralmente conforme a quanto previsto nell'accordo e nel piano. Si precisa inoltre che per tali finanziamenti, qualora omologato l'accordo di ristrutturazione ed intervenuto in un momento successivo il fallimento, essi non solo godranno della prededuzione, ma saranno sottratti alla revocatoria ai sensi dell'**art. 67, comma 3, lettera e)**<sup>88</sup> qualora siano già stati rimborsati al momento del successivo fallimento.

---

<sup>87</sup> **Articolo 182-quinquies Legge Fallimentare:** *“Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182 bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182 bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.[...]”.*

<sup>88</sup> **Articolo 67, comma 3 lettera e):** *“Non sono soggetti all'azione revocatoria: gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182 bis, nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161”.*

### 2.3.2. Finanziamenti in “funzione”

L' *ex art. 182-quater, comma 2*<sup>89</sup> tratta i finanziamenti **“in funzione”** cosiddetti “*finanziamenti ponte*” concessi, utilizzando l'espressione letterale della norma, “*in funzione della presentazione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione*”.

Questa operazione di finanziamento non è collegata funzionalmente all'accordo, ma bensì ha lo scopo di assicurare all'impresa quella liquidità necessaria a poter predisporre e presentare la domanda di omologazione.

Come appunto spiegato non si tratta di finanziamenti “in funzione della ristrutturazione”, ma bensì di finanziamenti che sostengono l'impresa nelle fasi iniziali dell'accordo, consentono all'imprenditore di avere quella liquidità utile per non far scaturire l'insolvenza piena prima della presentazione dell'accordo. Tali finanziamenti sono anche necessari alla prosecuzione temporanea dell'attività, si pensi ad esempio all'acquisto delle materie prime, ai pagamenti degli stipendi, delle imposte e dell'elettricità ma anche a copertura dei crediti dei professionisti che assistono il debitore nell'elaborazione dell'accordo.

Riassumendo, il finanziamento deve aver “*consentito e agevolato la possibilità di giungere alla conclusione di tale iter*”<sup>90</sup> diventando condizione imprescindibile della presentazione.

Per i finanziamenti “in esecuzione” descritti in precedenza si poneva un problema legato all'identificazione della fattispecie all'**art. 182-quater comma 1** per tutte le operazioni di finanziamento sorte precedentemente all'omologa, addirittura per i finanziamenti “in funzione” è chiaro che essi si collocano in uno spazio temporale precedente alla presentazione dell'accordo, ed indipendentemente dal fatto che l'imprenditore abbia richiesto o abbia ottenuto la protezione anticipata dal Tribunale. Come espressamente richiamato dalla legge, questa caratteristica ha fatto sì che

---

<sup>89</sup> **Articolo 182-quater comma 2:** “*Sono parificati ai crediti di cui al primo comma i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato.*”

<sup>90</sup> Cit. Stanghellini, in *Finanziamenti ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento* 2010, 12, 1346.

l'utilizzo di questo strumento sia stato ridimensionato notevolmente. Si è palesata sempre di più la tesi<sup>91</sup> che per permettere a tali finanziamenti di rientrare tra i crediti in prededuzione essi non debbano essere solo previsti, ma devono soprattutto essere erogati prima della presentazione della domanda.

In questo modo sono stati esclusi dalla previsione quei finanziamenti accordati dalle banche in un momento antecedente la presentazione della domanda di omologa, ma la cui erogazione era subordinata alla condizione sospensiva dell'omologazione, ed alla concessione del beneficio da parte del Tribunale.

Tale interpretazione in parte ha scoraggiato gli operatori finanziari, in quanto a fronte di una immediata erogazione del finanziamento il vedersi successivamente respinta la richiesta di omologa esclude i crediti dalla prededuzione.

Con l'introduzione **dell'art. 182-quinquies**, come sopra citato, la prededuzione è svincolata dall'omologazione e subordinata alla sola autorizzazione del Tribunale. Proprio con l'inserimento di questo articolo si è creato un filone interpretativo minoritario che ritiene l'erogazione successiva del finanziamento, anche se deliberato prima della presentazione dell'accordo, rientrante all'interno della definizione normativa di finanziamento interinale (che successivamente andremo ad analizzare) chiaramente incompatibile con la definizione di "finanziamento-ponte"<sup>92</sup>.

Come analizzato nel paragrafo precedente il riconoscimento della prededuzione nei finanziamenti in esecuzione è sottostante al provvedimento di omologa dell'accordo di ristrutturazione. Invece per i "finanziamenti in funzione" la legge stabilisce diversamente; nell'**art. 182-quater** infatti, il riconoscimento della prededuzione è subordinato ad una duplice condizione: essi devono essere previsti nell'accordo di ristrutturazione e la stessa prededuzione deve essere riconosciuta nel provvedimento di omologazione.

Per quanto attiene la prima condizione, è chiaro che, essendo i finanziamenti erogati prima del deposito dell'accordo, la loro previsione all'interno dello stesso avrà una funzione primariamente descrittiva, nel senso che: nell'accordo verrà prevista l'esistenza del finanziamento, esso verrà puntualmente descritto e quantificato con il

---

<sup>91</sup> Lamanna F., *La definizione normativamente restrittiva dei "finanziamenti interinali" in contrapposizione ai finanziamenti-ponte*, in *ilfallimentarista.it*.

<sup>92</sup> Lamanna F., *La definizione normativamente restrittiva dei "finanziamenti interinali" in contrapposizione ai finanziamenti-ponte*, in *ilfallimentarista.it*.

fine di fornire tutte le informazioni chiave ai creditori e al tribunale, tali informazioni sono utili per vagliare le funzionalità tra finanziamenti e deposito dell'accordo. Sarà dunque possibile verificare che i finanziamenti abbiano i requisiti di coerenza, attinenza e strumentalità rispetto al piano collegato all'accordo di ristrutturazione e che gli obiettivi perseguiti li qualificano nella fattispecie di finanziamenti "*in funzione*".

La relazione del professionista attentatore presenterà una specifica parte dedicata proprio alla descrizione delle singole operazioni di finanziamento, evidenziando gli elementi che consentono di ricondurre le stesse ad un nesso di funzionalità rispetto alla presentazione dell'accordo, così come è palese che, in sede di omologa, questo specifico profilo potrà essere oggetto di contraddittorio e contestazioni, tale facoltà potrà essere esercitata dai creditori oppositori per la formulazione di eventuali controdeduzioni soprattutto in merito a questo particolare profilo.

La seconda condizione invece, è prevedere, all'interno del provvedimento di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, il riconoscimento della prededuzione<sup>93</sup>.

Come già discusso in precedenza, le condizioni tra loro risultano autonome; da un lato troviamo la valutazione complessiva dell'accordo e dall'altro, la specifica valutazione riguardante il riconoscimento della prededuzione. Il tutto dovrebbe rendere più agevole l'interpretazione del Tribunale, lo stesso può consolidare l'omologa ma negare la prededuzione di uno o tutti i finanziamenti effettuati in funzione della presentazione dell'accordo, ovviamente nel caso in cui ritenga che gli stessi non presentino i criteri di legge.

I finanziamenti "*in funzione*" riguardano non l'accordo ma la sua genesi, non sono quindi in "*funzione alla ristrutturazione*" ma in "*funzione della presentazione*". Ration per cui la valutazione positiva dell'accordo contenuta nel provvedimento di omologazione non può essere considerata automaticamente estesa ad operazioni che rimangono fuori dal perimetro dell'accordo, perché avvenute prima di esso; il legislatore si vedrà costretto a richiedere che nell'accordo sia prevista una sorta di ricostruzione ai fini del riconoscimento dell'omologazione.

Il tribunale successivamente, in sede di omologa, potrebbe valutare l'accordo idoneo a garantire il pagamento totale dei creditori esterni ad esso, contemporaneamente

---

<sup>93</sup> Buccarella G., *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2013.

potrebbe ritenere che le precedenti operazioni di finanziamento non siano identificabili del tutto al nesso della funzionalità.

L'unica limitazione che viene posta dalla legge è richiamata dall'ultimo comma del **Art. 182 L.F.**<sup>94</sup>, in cui si stabilisce che: i crediti derivanti da finanziamenti “*in funzione*” della presentazione dell'accordo, sono esclusi dal computo dei crediti previsti dall'**art. 182-bis L.F.**

Tale limitazione non è prevista invece, per i finanziamenti “*in esecuzione*” dell'accordo, ciò viene spiegato dal fatto che tali finanziamenti costituiscono esecuzione dello stesso, perciò sono concordati ed erogati conseguentemente alla presentazione dell'accordo; una visione della dottrina più rigida, sostiene addirittura che tale emissione dovrebbe manifestarsi solo successivamente all'omologazione dell'accordo<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> **Articolo 182-quater 4 comma:** “...Con riferimento ai crediti indicati al secondo comma, i creditori, anche se soci, sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato ai sensi dell'articolo 177 e dal computo della percentuale dei crediti prevista all'articolo 182 bis, primo e sesto comma”.

<sup>95</sup> Rolfi F., Staunovo-Polocco E., “Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”, Giuffrè, 2013

### 2.3.3. Finanziamenti “autorizzati” o “interinali”

Il legislatore del 2012 ha ritenuto di introdurre un'altra fattispecie in materia di finanziamenti strutturalmente destinati ad essere erogati in pendenza della procedura di omologa. Tale novità è derivata con molta probabilità da quella interpretazione riduttiva dell'**art. 182-quater co. 2**, che interveniva andando ad escludere operativamente la previsione di finanziamenti accordati prima della presentazione della domanda di omologazione, ma erogati solo ad omologazione avvenuta, essa infatti, ha portato ad annullare le possibilità di concreta applicazione della previsione<sup>96</sup>.

Per risolvere questo aspetto di criticità il legislatore ha previsto una specifica previsione per i finanziamenti, che per procedura, sono destinati ad essere erogati dopo la presentazione della domanda di omologazione, per far sì che anche quest'ultimi crediti godano della prededuzione.

Nasce così una terza fattispecie di finanziamenti cosiddetti “**interinali**”, in quanto “*funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori*”, previsti dall'**art. 182-quinquies comma 1**<sup>97</sup>.

Questa norma prevede espressamente che l'istanza di autorizzazione all'erogazione di questi finanziamenti avvenga nella fase preliminare del deposito dell'accordo vero e proprio, per permettere, anche in tale fase l'accesso a forme di finanziamento agevolate dal possibile riconoscimento della prededuzione.

Proprio queste caratteristiche hanno portato il legislatore a spostare sull'asse temporale la valutazione e l'autorizzazione del tribunale, dal momento dell'omologa ad un momento anteriore, contestuale alla presentazione dell'autorizzazione. Ne consegue, quindi, l'introduzione di un ulteriore passaggio nel procedimento di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, e soprattutto la previsione di un'altra ipotesi di intervento del tribunale, mirato al rilascio di tale specifica autorizzazione.

La norma **182-quinquies comma 1** dispone infatti che il riconoscimento della prededuzione di tali finanziamenti sia condizionata ad un'espressa autorizzazione del tribunale, basata sulla predisposizione di un'attestazione “*redatta da un professionista*”

---

<sup>96</sup> La Manna F., *La definizione normativamente restrittiva dei “finanziamenti interinali” in contrapposizione ai “finanziamenti-ponte”*, in *Il Fallimentarista*.it; Valensise, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Bologna, 2012.

<sup>97</sup> Si veda la nota 87.

*designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lettera d)*"; e che questi finanziamenti rispettino il criterio della funzionalità *"alla miglior soddisfazione dei creditori"* e *"verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione"*.

Collegata a questa previsione, è quella prescritta al comma 5 del medesimo articolo, che tratta il pagamento dei crediti precedenti derivati da forniture di beni e prestazioni di servizi. La norma in effetti non si riferisce esplicitamente a finanziamenti veri e propri, tuttavia all'autorizzazione del tribunale alle effettuazione di tali pagamenti con finanza che dovrebbe pervenire dall'attivo dell'impresa stessa.

Nell'ultima parte del comma 4: *"L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori"*, è chiaro come anche tale particolare espresso nel comma 4 riconduca all'erogazione di nuova finanza, sennonché in ottica eventuale.

Un primo presupposto di questa fattispecie di finanziamento prededucibile è la pendenza o del procedimento vero e proprio di omologazione dell'accordo di ristrutturazione o per lo meno della procedura per la concessione di una "protezione anticipata". Si ritiene da escludersi l'eventualità che la richiesta dell'autorizzazione venga eseguita prima di questi momenti, invece è certamente possibile che la richiesta di autorizzazione avvenga contemporaneamente al deposito dell'accordo o nella fase di proposta dell'accordo.

I finanziamenti erogati al di fuori di queste fasi sono da intendersi esclusi dall'istituto della prededucazione.

Il secondo presupposto riguarda il procedimento che si può definire sommario ma specifico, infatti il compito del tribunale è quello di valutare che il finanziamento sia effettivamente funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori, con la caratteristica che, concluso tale processo, in caso di esito favorevole, il finanziamento verrà considerato definitivamente prededucibile, anche se dovesse risultare negativo l'esito del processo di omologazione dell'accordo di ristrutturazione<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> Valensise P., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Bologna, 2012.

Il tribunale nella fase di valutazione ha quindi un compito piuttosto delicato, anche per la previsione espressa nei **commi 2 e 3 dell'art. 182-quinquies**: *“l'autorizzazione di cui al primo comma può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative”* ed ancora *“il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi finanziamenti”*. Alla luce di ciò, è chiaro che il processo autorizzativo si dimostra idoneo ad influenzare pesantemente l'attivo dell'impresa nell'eventualità di un futuro fallimento. Nella fase in cui vi è incertezza sull'esito favorevole del processo di omologa, lo stesso procedimento potrebbe ricondurre al diniego della domanda di omologa e al conseguente fallimento.

La decisione del tribunale basa il proprio fondamento sulla presentazione di un'attestazione idonea a qualificare il presupposto della funzionalità dei finanziamenti, legati quindi al miglior soddisfacimento del ceto creditorio. Il legislatore, però, non prevede che tale attestazione sia redatta dallo stesso soggetto, che redige la relazione dell'attestazione dell'accordo all'origine del procedimento, ma nella prassi operativa vien da se che ci sia coincidenza soggettiva, date anche le componenti comuni presenti nelle due attestazioni.

La posizione giurisprudenziale ritiene che i dati aziendali riportati nell'attestazione redatta dal professionista, debbano rifarsi a criteri di veridicità dal momento che *“eventuali ragioni di urgenza e tempestività che connotano l'erogazione di nuova finanza non consentono una deroga alla serietà ed al rigore che devono accompagnare i controlli giudiziali previsti dalla legge”* così viene citato dal Tribunale di Terni, il 14 gennaio 2013.

Sotto il profilo dell'oggetto dell'attestazione, abbiamo già detto, che non riguarda la veridicità dei dati dell'impresa in essa contenuti, ma bensì tali dati risultano essere un fatto imprescindibile, e quindi il fulcro dell'attestazione riguarda la puntuale valutazione di idoneità dei finanziamenti a soddisfare il ceto creditorio, tenendo sempre conto del complessivo fabbisogno dell'impresa fino alla fase di omologazione. Nella fase precedente l'omologa è necessario ricostruire il fabbisogno finanziario dell'impresa, considerando la previsione appena presa in esame, sembra opportuno ritenere che si possa applicare non solo alle procedure di continuità aziendale ma bensì anche alle ipotesi di ristrutturazione con finalità puramente liquidatorie.

Il compito quindi dell'attestatore, una volta analizzato e ricostruito il fabbisogno, sarà quello di illustrare e arguire le ragioni che rendono tali finanziamenti abilitati ad assicurare il miglior soddisfacimento dei creditori.

Si richiama nuovamente la sentenza del Tribunale di Terni del 14 gennaio 2013 che ha ritenuto che *“la funzionalità alla migliore soddisfazione dei finanziamenti”* sussista quando:

- *“si generi un reddito positivo con successivo aumento del valore del patrimonio aziendale”*
- *“Si generi una perdita, ma nonostante ciò il patrimonio dell'azienda non venga ridotto, in termini di valore realizzabile e destinabile ai creditori”*

E che non sussista quando:

- *“dalla prosecuzione dell'attività di impresa derivi una perdita e il valore di realizzo del patrimonio aziendale subisca una riduzione”<sup>99</sup>.*

Ritornando al contenuto dell'attestazione, un'eccessiva genericità della stessa, condurrebbe il tribunale ad una più severa e ponderata valutazione, in compensazione a ciò, la richiesta di autorizzazione perché venga accolta favorevolmente, dovrà avere dei contenuti più puntuali e specifici possibili. Fermo restando che il tribunale ha piena facoltà di condurre approfondimenti istruttori ritenuti più necessari, tra queste lo stesso può adottare pareri esterni svolti da esperti tecnici e da eseguirsi in snellezza e rapidità, non è sufficiente quindi, per un vaglio completo della procedura, che il tribunale si limiti ad una mera presa d'atto della relazione del professionista.

Il tribunale quindi oltre alla verifica sulla coerenza dell'attestazione dovrà accertare anche la sussistenza delle indicazioni e valutazioni descritte dall'attestatore, tenuto conto degli elementi di aleatorietà dati da presunzioni prospettiche e variabili che possono incidere nel corso d'opera portando a delle variazioni nell'accordo. Il giudizio del tribunale avrà margine di flessibilità e non sarà rigido come invece è necessario per il giudizio sull'omologazione dell'accordo complessivo.

Si rileva che le autorizzazioni approvate durante il periodo di *automatic stay*<sup>100</sup> producono dei giudizi da tenere in considerazione al fine della stipula dell'accordo vero

---

<sup>99</sup> Tribunale di Terni del 14 gennaio 2013, in *IFallimentarista.it*.

e proprio, nel senso che l'accordo finale e l'attestazione ad esso connessa dovranno dare evidenza dei finanziamenti realmente erogati durante la fase preliminare tenendo conto:

- del loro montante;
- dei loro risultati concreti;
- del mantenimento del presupposto che li avevano fatti erogare;
- delle caratteristiche originarie previste (continuità o liquidatorie);
- variazioni intervenute nel contempo e le eventuali ragioni.

Per quanto riguarda le autorizzazioni già concesse e le prededuzioni già accertate, sono da considerarsi irrevocabili; laddove si dovessero manifestare variazioni ingiustificate rispetto al contenuto dell'attestazione prevista dall'**art. 182-quinquies** il tribunale sarà tenuto a considerare tali modifiche in maniera attenta verificando sia la tenuta dell'accordo e sia l'attendibilità dell'attestazione. Sotto l'altro profilo la conferma delle valutazioni in fase finale e delle attività svolte in fase preliminare portano ad una disamina positiva dell'operazione nel suo complesso.

Differente sarà il giudizio quando la richiesta di autorizzazione avviene dopo il deposito dell'accordo vero e proprio, infatti in tal caso il contenuto dell'attestazione specifica sarà in larga misura combaciante a quello dell'attestazione vera e propria, ma in questa fase l'accordo avrà definito i propri caratteri definitivi.

Il legislatore ha predisposto un particolare processo per il riconoscimento della prededucibilità, tale procedimento avrà una struttura autonoma come qualsiasi altro procedimento in camera di consiglio, che avrà come atto finale un decreto motivato, reclamabile davanti alla Corte d'Appello e ricorribile in cassazione<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> "Durante la fase di *Automatic Stay* è data la possibilità all'imprenditore di anticipare gli effetti protettivi del concordato preventivo attraverso il deposito di un ricorso contenente la sola domanda di ammissione al concordato, ma sprovvisto di larga parte delle informazioni e della documentazione necessarie per l'ammissione alla procedura. Con il deposito della domanda "in bianco", quindi, il debitore può accedere automaticamente alla protezione del suo patrimonio ai sensi dell'art. 168 L. fall., al fine di svolgere, senza il rischio di aggressioni da parte dei creditori, le attività necessarie alla predisposizione del piano di concordato." Fonte: Eutekne.info dal sito Ateneo Web.it

<sup>101</sup> Valensise P., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Bologna, 2012.

## 2.4. Il Concordato preventivo

Il concordato preventivo è una procedura giudiziaria che l'imprenditore può adottare per risolvere una situazione di crisi dell'impresa. E' un accordo che avviene tra l'impresa e la maggior parte dei creditori, tutelato dal Tribunale, con il fine ultimo di evitare il fallimento intervenendo sul riequilibrio economico e finanziario dell'impresa o sulla liquidazione dei beni per permettere così la soddisfazione, anche parziale, del ceto creditorio.

Come per le altre procedure anche il concordato ha 2 presupposti sottostanti:

- presupposto soggettivo è rappresentato dalla qualifica di "imprenditore commerciale" e dalle disposizioni dell'art.1 della L.F.<sup>102</sup>.
- presupposto oggettivo è il medesimo a quello rappresentato dagli accordi di ristrutturazione, si configura quando l'impresa versa in uno stato di "crisi"<sup>103</sup> ove si presenta una situazione economica e finanziaria disequilibrata.

Non si estende l'istituto del concordato all'imprenditore agricolo, ma dalla previsione dell'**art. 3 della L.f.**<sup>104</sup>, anche le società cooperative agricole non commerciali, soggette a liquidazione coatta amministrativa e non a fallimento, possono utilizzare il concordato preventivo.

---

<sup>102</sup> **Articolo 1 della Legge Fallimentare:** "Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici. Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:

a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;

b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi<sup>(8)</sup> per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;

c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila. I limiti di cui alle lettere a), b) e c) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati intervenute nel periodo di riferimento."

<sup>103</sup> Vedasi note 80 e 81

<sup>104</sup> **Articolo 3 della Legge Fallimentare:** "Se la legge non dispone diversamente, le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa possono essere ammesse alla procedura di concordato preventivo [e di amministrazione controllata], osservate per le imprese escluse dal fallimento le norme del settimo comma dell'art. 195."

L'imprenditore sotto il presupposto oggettivo, può presentare un concordato preventivo sulla base di un piano che può predisporre come prevede il **1° comma dell'Art.160 L.F.:**

- la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti;
- un assessore si vedrà attribuito delle attività da parte delle imprese interessate dalla proposta di concordato;
- la suddivisione dei creditori in classi omogenee;
- trattamenti diversi tra creditori.

Con il cosiddetto "Decreto sviluppo" D.L. 83/2012, convertito con le modificazioni dalla Legge 134/2012 sono state anche rivisitate alcune delle norme sul concordato, in particolare con l'introduzione dell'**art.186-bis LF**, "*Concordato con continuità aziendale*", il legislatore ha ripreso la funzione dell'abrogata amministrazione controllata distinguendo il concordato in due sottotipi: quest'ultimo appena citato<sup>105</sup> e il concordato preventivo liquidatorio, che recentemente è stato riformato con la L. 132/2015 che ha convertito il Decreto Legge n. 83/2015.

La proposta dell'imprenditore può inoltre prevedere che i creditori con privilegi o coperti da pegno o ipoteca non vengano soddisfatti totalmente, esclusivamente se il piano prevede che la soddisfazione sia in misura non inferiore a quella realizzabile e rispettando l'ordine di collocazione; inoltre a riguardo del ricavato nel caso di liquidazione di beni o diritti sui quali pende la causa di prelazione va considerato il valore di mercato determinato nella relazione giurata di un professionista avente i determinati requisiti. In riferimento alla proposta di concordato liquidatorio il nuovo **art. 160, comma 4 L.F.**<sup>106</sup> prevede che vi sia il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari e tale presupposto non ricomprendere la fattispecie del concordato con continuità aziendale.

---

<sup>105</sup> **Articolo 186-bis comma 1 della Legge fallimentare:** "*Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa.*"

<sup>106</sup> **Articolo 160 comma 4 della Legge fallimentare:** "*In ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis.*"

La domanda, **Art. 161 L.F.**, deve presentarsi attraverso ricorso al Tribunale del luogo in cui l'impresa ha la sua sede principale, inoltre allegato al ricorso deve essere predisposta oltre al piano:

- la relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria,
- lo stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con le specifiche dei rispettivi crediti e delle prelazioni;
- l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali sui beni di proprietà o in possesso del debitore;
- il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili;
- il piano con la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento;
- la relazione del professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali.

Dalla data della pubblicazione del ricorso nel Registro delle Imprese i creditori si devono astenere a iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.

Nella fase di preconcordato l'imprenditore può favorire degli effetti tipici del concordato anche depositando la sola domanda di concordato e gli ultimi 3 bilanci di esercizio e riservandosi di presentare la documentazione entro un termine fissato dal giudice, ricompreso tra 60 e 120 giorni, con la possibilità di proroga per ulteriori 60 giorni. Dal deposito della domanda e sino al decreto di apertura della procedura l'imprenditore può effettuare:

- atti di ordinaria amministrazione;
- atti urgenti di straordinaria amministrazione con autorizzazione preventiva del Tribunale.

Alla domanda per completezza vanno allegati: oltre i bilanci sopra citati, anche una situazione patrimoniale aggiornata per permettere al giudice la verifica dello stato di crisi e un certificato rilasciato dal Registro delle Imprese per avvalorare la competenza territoriale del Tribunale.

Gli organi coinvolti nella procedura sono tre:

- A. Tribunale;**
- B. Giudice Delegato (che detiene il potere deliberativo);**
- C. Commissario Giudiziale (che esercita il potere di sorveglianza).**

A) Il Tribunale verifica i presupposti oggettivi e soggettivi, analizza la situazione patrimoniale, il piano presentato dal debitore, la relazione del professionista e tutta la documentazione allegata, oltre a nominare, con lo stesso decreto con cui ammette il debitore alla procedura, il Giudice Delegato e il Commissario Giudiziale.

La Sentenza 1521/2013 delle S.U. della Corte di Cassazione ha ritenuto che al Tribunale spetta il controllo di legittimità formale e il controllo di fattibilità giuridica.

Per il primo è il Giudice che deve controllare che nessuna norma imperativa sia disattesa e che tutta la documentazione fornita rispetti i criteri di completezza, serietà, esaustività e la comprensibilità logica, senza entrare nel merito ma limitandosi a verificarne la coerenza; per il secondo controllo il Giudice deve accertare l'effettiva idoneità della proposta in virtù del tipo di formulazione presentata dal debitore nel rispetto del soddisfacimento della causa concreta della procedura.

La sentenza inoltre precisa che spetta ai creditori, invece, controllare la fattibilità economica valutare quindi la convenienza della proposta.

B) Il Giudice Delegato detiene il controllo generale sulla procedura, ponendosi da tramite tra il Commissario e il Tribunale, da un lato e tra il Tribunale e i creditori dall'altro lato, inoltre ha il compito di autorizzare all'imprenditore le attività di straordinaria amministrazione quali:

- Contrazioni di mutui;
- cessioni dei crediti;
- stipulazione di transazioni o compromessi;
- Alienazioni di immobili;
- Concessioni di garanzie, ipoteche, pegni;

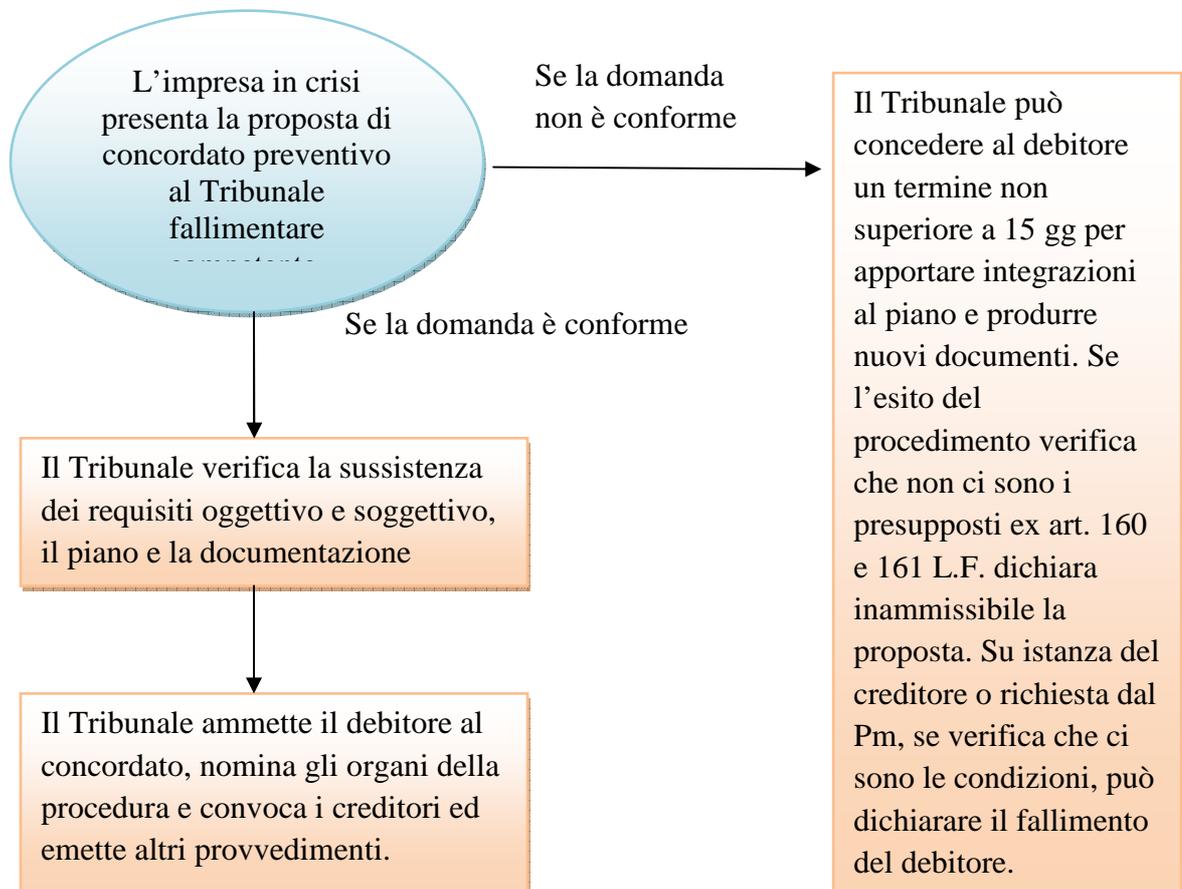
Il debitore conserva l'esercizio dell'ordinaria amministrazione però il Commissario Giudiziale vigila sull'operatività.

C) Commissario Giudiziale ha il compito di:

- verificare l'elenco dei creditori e debitori presentato dall'imprenditore;
- comunicare la data dell'adunanza ai creditori;
- redigere una relazione particolareggiata sulle cause della crisi, tenendo conto della condotta del debitore, sulle garanzie offerte ai creditori in virtù della proposta di concordato;
- Spiega nel corso dell'adunanza dei creditori, il contenuto della sua relazione in modo da permettere che i creditori siano pienamente informati sulla proposta concordataria e possano votare tale proposta.

**L'articolo 160 della L.F., comma 2** prevede la possibilità per l'imprenditore di suddividere i creditori in classi diverse, a seconda degli interessi economici omogenei e secondo posizione giuridica, dispone anche di pagare in "percentuale" anche i creditori privilegiati. Inoltre l'imprenditore ha la possibilità di operare trattative fiscali con l'erario.

## SCHEMA DELLA PROCEDURA 1 – FASE GIUDIZIALE



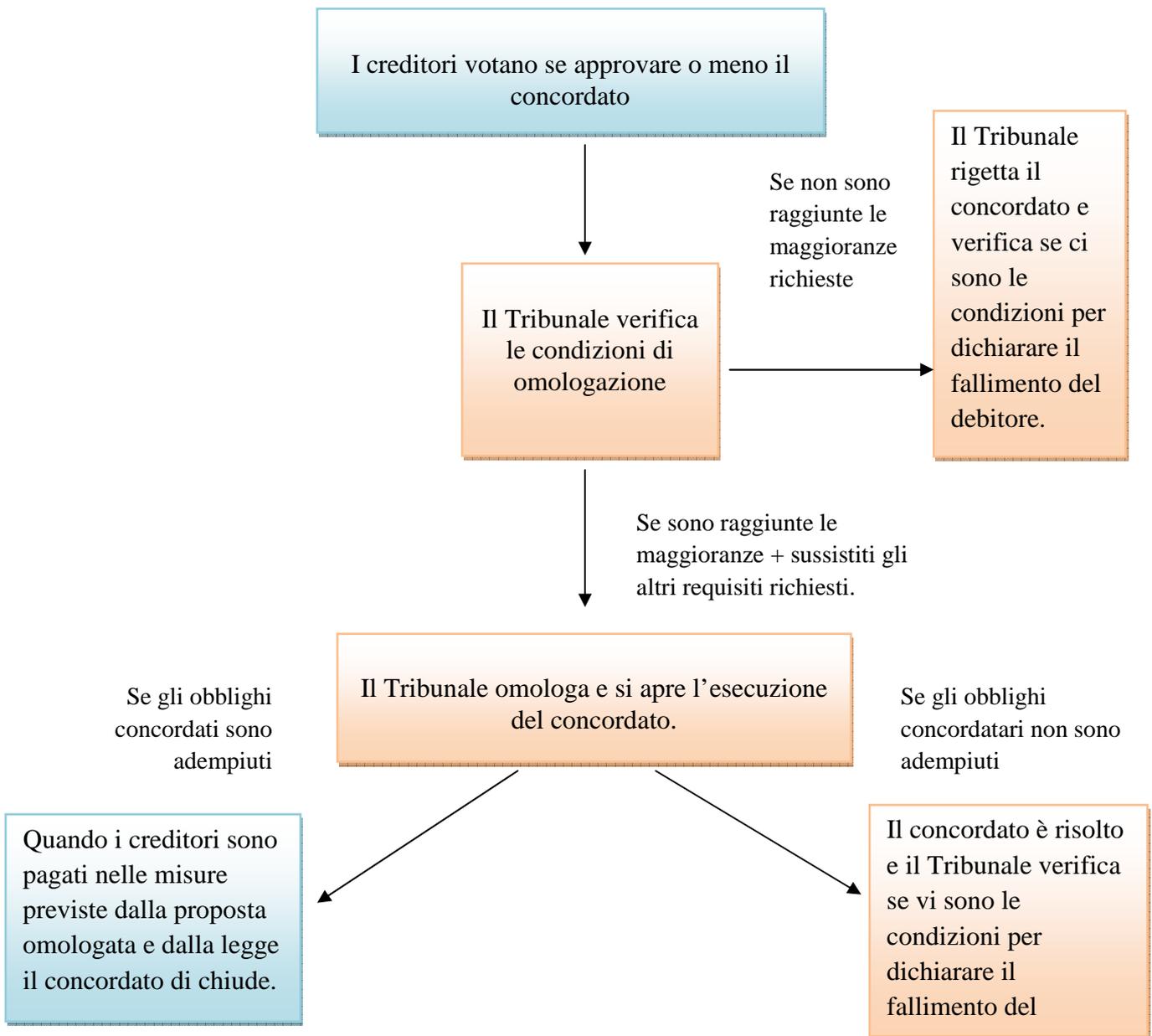
Qualora il debitore ha prospettato lo stato di insolvenza della sua impresa, il giudice deve segnalare al Pm. L'esito negativo del giudizio di omologazione ed il Pm. Dovrà prendere l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento; altresì se il debitore ha prospettato lo stato di crisi, non ci sarà alcuna conseguenza giuridica e il debitore dovrà cercare una soluzione alternativa alla sua crisi.

Qualora non vengano raggiunte le maggioranze richieste, il Giudice Delegato, ne riferisce immediatamente al Tribunale, che con decreto dichiara inammissibile la proposta di concordato; qualora invece le maggioranze vengano richieste, il Giudice Delegato riferisce al Tribunale, che fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parte e del Commissario Giudiziale, disponendo che il provvedimento venga pubblicato e notificato, a cura del debitore, al Commissario Giudiziale e agli eventuali creditori dissenzienti.

Se non sono proposte opposizioni, il Tribunale, verifica la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato.

Se sono proposte opposizioni, il Tribunale, può omologare il concordato qualora ritenga che il credito opposto possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative praticabili, cioè il fallimento.

#### SCHEMA PROCEDURA 2 – FASE GIUDIZIALE



### 2.4.1. La finanza esterna nel concordato preventivo con continuità aziendale

Come già visto in precedenza descrivendo l'istituto del concordato preventivo, il legislatore ha voluto occuparsi di riformare e introdurre con il D.l. 83/2012 nella Legge Fallimentare uno strumento alternativo che permetta all'impresa di continuare la propria attività con l'obiettivo di sistemare il dissesto economico e finanziario o uscire definitivamente dalla crisi.

Il Concordato Preventivo con continuità aziendale di cui l'**Art. 186-bis della L.F.** prevede: *“la prosecuzione dell'attività da parte del debitore, la cessione della azienda ovvero il conferimento dell'azienda in una o più società anche di nuova costituzione”* e il piano deve contenere:

- *“Un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;”*
- *“La relazione redatta dal professionista deve attestare che il proseguo dell'attività sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;”*
- *“Il piano può prevedere una moratoria fino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che vi sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.<sup>107</sup>”*

Nel **3 comma** del **Art. 186-bis L.F.** il legislatore precisa che: *“i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso non si risolvono per effetto della procedura.”* Inoltre con **nel 4 comma** si dice che: *“l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista ha attestato la conformità del piano e la ragionevole capacità di adempimento”*.

Il debitore quando formula la proposta di concordato preventivo, sia esso nella forma liquidatorio o di continuità aziendale, può fornire ai suoi creditori non solo una parte ma anche il totale del suo patrimonio purché esse derivano da risorse provenienti da terzi. Riferendosi infatti a queste risorse, al di fuori del patrimonio del debitore definiamo il concetto di “finanza esterna”.

---

<sup>107</sup> **Articolo 186-bis comma 2**

La giurisprudenza di legittimità fornisce una definizione di finanza esterna con una sentenza emessa dalla Cassazione Civile n° 9373, del 8 giugno 2012 che definisce il principio della neutralità, in riferimento all’apporto del terzo rispetto allo stato patrimoniale dell’impresa debitrice e, perciò si definisce la finanza esterna esclusivamente quando essa non incide né in un aumento dell’attivo, per la quale i crediti privilegiati hanno un loro ordine di grado, né in un peggioramento del passivo, riconoscendo dunque le ragioni di credito favorevoli per il terzo.

Solo in questa fattispecie la finanza esterna soddisfa il principio di neutralità sopra citato, dunque non essendoci variazioni del patrimonio aziendale, la proposta di concordato può derogare le norme del concorso dei creditori, e anche intervenire sulle cause di prelazione.

Come già descritto nel paragrafo precedente ci troviamo a vedere applicate anche per il concordato preventivo, a seconda del momento, le fattispecie di nuova finanza previste dalle riforme avvenute negli ultimi anni:

- Finanziamenti cosiddetti “Ponte” previsti dall’**Art. 182- quater 2 co.** L.F.
- Finanziamenti cosiddetti in “esecuzione” del concordato disciplinati dall’**Art. 182-quater 1 co.** L.F,
- Finanziamenti cosiddetti in “autorizzati” o “interinali” dettati **dall’Art. 182-quinquies** L.F.

Per quanto riguarda i finanziamenti “ponte” e per quelli in “esecuzione” possono essere messi a disposizione da qualunque soggetto, perciò sia da terzi come le banche, gli Istituti di credito etc, ma anche da soci. Per entrambi si costituisce la prededuzione, con l’unica indicazione che per i finanziamenti in “esecuzione” è espresso all’interno dell’**art. 111 L.F.**, mentre per l’ipotesi di finanziamenti “ponte” la prededuzione è sottostante alla previsione della stessa finanza all’interno del piano concordatario, ed è comunque il Tribunale a dover disporre attraverso il provvedimento, l’ammissione alla procedura del concordato.

**Art. 182-quater, comma 3**, prevede però una limitazione alla prededuzione per i finanziamenti erogati da soci, nella misura dell’ottanta per cento del valore del finanziamento erogato<sup>108</sup>.

---

<sup>108</sup> **Articolo 182-quater 3 comma** della Legge fallimentare: *“In deroga agli articoli 2467 e 2497 quinquies del codice civile, il primo e il secondo comma del presente articolo si applicano anche ai*

Per quanto concerne i finanziamenti “autorizzati” erogati successivamente alla presentazione della domanda di concordato, è stata introdotta una disciplina diversa prima con la **L. 134/2012** inserendo *ad hoc* l'**art. 182-quinquies** e poi con l’inserimento del **comma 3** dettato dal **D.l. 83/2015** convertito nella **L. 132 del 6 agosto 2015**, dove viene specificata una puntuale procedura per l’autorizzazione in via d’emergenza, allo scopo di preservare l’azienda da conseguenze gravi e irreparabili.

Anche per quest’ultimi finanziamenti è prevista la pre-deduzione ma la particolarità dell’istituto è data, dalla puntuale disciplina prevista per lo stesso, che ha il fine di rafforzare tutte quelle attività finalizzate al superamento dello stato di crisi e di ristrutturazione delle posizioni debitorie con lo scopo di evitare il fallimento.

E’ chiaro che la finalità principale dell’ottenimento di nuova finanza è aumentare la probabilità di successo delle procedure e nello specifico del concordato, essa rende indubbiamente più appetibile la proposta concordataria: infatti tale convenienza trova maggior evidenza nei concordati liquidatori dove i creditori possono soddisfarsi attraverso i beni o con altri utili rispetto al fallimento dove tali pretese non potrebbero essere soddisfatte.

Per i concordati di continuità il concetto di nuova finanza è diverso perché attraverso tali finanziamenti l’impresa si garantisce il proseguimento delle attività aziendali, l’imprenditore può continuare l’esercizio d’impresa e produrre ulteriori utili rispetto alle previsioni dettate dal piano.

La finanza esterna oltre ad avere precise finalità pocanzi descritte può presentare anche dei vincoli laddove venga utilizzata per il pagamento di specifici creditori o di specifiche classi di creditori.

In ambito concordatario l'**art. 160 comma 2 L.F.** sancisce la possibilità di utilizzare la finanza liberamente senza colpire la responsabilità patrimoniale del debitore, stabilendo infatti che: *“il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l’effetto di alterare l’ordine delle cause legittime di prelazione”*<sup>109</sup>.

---

*finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'80 per cento del loro ammontare. Si applicano i commi primo e secondo quando il finanziatore ha acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo*

<sup>109</sup> **Articolo 160, 2 comma della Legge Fallimentare**

Le risorse esterne quindi possono essere utilizzate liberamente fintanto rispettino il principio di neutralità non comportando variazioni allo stato patrimoniale del debitore.

Analizzando appunto le finalità e i limiti sopraesposti la dottrina si è trovata a dover discutere sulla possibilità di spezzare il principio della parità di trattamento tra i creditori e la previsione di differenziare, appunto, in classi tali trattamenti.

Nello specifico si descrivono due opposti orientamenti:

- un primo pensiero sostiene che esclusivamente in riferimento a risorse del patrimonio del debitore ai creditori venga riconosciuta la parità di trattamento appartenendo alla medesima classe, diversamente nel caso di attribuzione di finanza esterna solo ad alcuni di essi non vi sia obbligatorietà di inserimento in classi separate essendoci pure diversità di soddisfacimento<sup>110</sup>.
- Altra dottrina più garantista della *par condicio creditorum*, reputa necessario tutelare l'omogeneità dell'interesse dei creditori all'interno della stessa classe e quindi il trattamento debba essere eguale anche per permettere al ceto creditorio di esprimersi attraverso il voto, nel rispetto del principio di maggioranza<sup>111</sup>.

Rispetto a quanto detto, il creditore a cui sarà destinata la finanza esterna sarà quindi inserito in una classe separata e avrà un proprio interesse soddisfatto che risulta essere diverso rispetto a quello degli altri creditori.

Come abbiamo visto per le altre procedure, la possibilità per l'imprenditore di accedere a finanziamenti è molteplice, nel concordato però la più significativa risulta essere la finanza "interinale" in quanto è uno strumento mirato alla tutela del complesso aziendale, oltre ad avere come obiettivo la continuazione dell'attività caratteristica dell'impresa.

La previsione del legislatore nella mini riforma del 2015 è stata appunto quella di permettere all'imprenditore di chiedere "*al tribunale di essere autorizzato in via d'urgenza a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'Art. 111 L.F., funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'impresa*" come previsto dal 3 comma del'Art. 182-*quinquies* L.F. , tale disposizione è necessaria a garantire la

---

<sup>110</sup> Nardone A., "*Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione per debiti*", Giappichelli, 2014

<sup>111</sup> Amatore R., "*Il nuovo concordato preventivo*", Milano, 2013

continuità del ciclo produttivo, si pensi al pagamento dei fornitori strategici, al pagamento dell'erario e dei dipendenti.

Fermo restante la procedura descritta nel paragrafo precedente, si precisa che per i finanziamenti “interinali” del comma 3, essendo concessi in uno stato di urgenza, non richiedono l’attestazione del professionista, invero è per la previsione dell’**art. 182-quinquies comma 1** per i quali la mancanza di tale attestazione comporterebbe “l’inammissibilità dell’istanza di autorizzazione”<sup>112</sup>.

Altra disposizione prevista dal legislatore è la possibilità concessa all'imprenditore, su autorizzazione del Tribunale, di dare garanzie ulteriori come pegno o ipoteca e cedere crediti anche di natura commerciale a garanzia dei finanziamenti<sup>113</sup>.

La finanza “interinale” urgente è fruibile quindi, sia in previsione di un concordato preventivo di continuità aziendale, sia per gli accordi di ristrutturazione dei debiti, con lo scopo di preservare l’interesse dei creditori e l’attività di impresa.

Per il concordato liquidatorio non si esclude l’applicabilità dei finanziamenti previsti dall’**Art. 182-quinquies 1° comma** presi in esame da questa tesi, precisando però, che per raggiungere “il miglior soddisfacimento dei creditori”, in assenza di vita aziendale, il buon esito della domanda di autorizzazione dipenderà da una rigida valutazione del Tribunale.

Il dibattito in dottrina è acceso, in merito alle disposizioni presenti nei tre commi dell’**art. 182-quinquies** della Legge Fallimentare, sulla possibilità di poterle vedere applicate a tutte le procedure o esclusivamente a quelle che perseguono la continuità aziendale.

I giuristi del primo orientamento, piuttosto generalista, ritengono che le disposizioni dovrebbero trovare applicazione a qualsiasi tipo di procedura e includono il concordato liquidatorio<sup>114</sup>. L’altra corrente sostiene che si possano applicare esclusivamente alle procedure che consentono il proseguire dell’attività aziendale, infatti l’autorizzazione avviene solo previa valutazione dell’effettivo fabbisogno aziendale fino all’omologazione<sup>115</sup>. Infine un ultimo orientamento sostiene che non

---

<sup>112</sup> Tribunale di Milano, 18 settembre 2014

<sup>113</sup> Decreto Legge n. 83 del 27 giugno 2015 convertito in Legge 6 agosto 2015 n.132

<sup>114</sup> Balestra L., “Concordato, assoggettabilità delle società partecipate da enti pubblici e prededucibilità del finanziamento dei soci”, 2013. Tombari U., Principi e problemi di “Diritto societario della crisi”, 2013.

<sup>115</sup> Censoni P. F., “Concordato preventivo e nuova finanza”, 2014.

essendoci una previsione normativa espressa, tali forme di finanziamento sono da considerare non compatibili con la liquidazione del patrimonio del debitore<sup>116</sup>.

Ulteriore divergenza emerge nell'orizzonte temporale previsto per le due previsioni di finanziamento:

- Il termine ultimo per la richiesta dell'autorizzazione del "finanziamento urgente" è fissato tra i 60 e i 120 giorni ai sensi dell'art. 161 comma 6 L.F., oppure dall'udienza di omologazione prevista dall'**Art. 182-bis L.F.**<sup>117</sup> o a termine scaduto del comma 7 del medesimo articolo.
- Passati i termini sopra citati la richiesta del debitore potrà vertere esclusivamente ai finanziamenti previsti dal **comma 1 dell'Art. 182- quinquies L.F.**, altresì potrà richiedere quest'ultimi laddove non sussistano i requisiti d'urgenza previsti dal comma 5 della legge analizzata.

Infine non esiste dubbio in dottrina sul punto che l'autorizzazione a contrarre nuova finanza possa essere depositata attraverso istanza in un momento successivo alla domanda di concordato<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Nieddu Arrica F., "Finanziamento e sostenibilità nell'indebitamento dell'impresa in crisi", *Giurisprudenza Commerciale*, 2013.

<sup>117</sup> **Articolo 182-bis della Legge Fallimentare comma 4 e 7:** "[...] Entro trenta giorni dalla pubblicazione i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione. Il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato. [...] Il tribunale, verificata la completezza della documentazione depositata, fissa con decreto l'udienza entro il termine di trenta giorni dal deposito dell'istanza di cui al sesto comma, disponendo la comunicazione ai creditori della documentazione stessa. Nel corso dell'udienza, riscontrata la sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma e delle condizioni per l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare, dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati assegnando il termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista a norma del primo comma".[...]

<sup>118</sup> Nardecchia G.B., "Commento all'art. 182-quater L.f.", in *Il codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2013; Nigro A., Vattermoli D., *Diritto della crisi delle imprese. Le Procedure concorsuali*, Bologna, 2014.

#### 2.4.2. La tutela dei finanziamenti e il caso factoring

Con le modifiche introdotte con il **D.L. n. 83 del 27 giugno 2015** convertito dalla **Legge 6 agosto 2015 n. 132** e l'aggiunta del **comma 4**, sulla cessione di credito, sul pegno e l'ipoteca, al debitore viene data la possibilità con tali strumenti di dare garanzie ulteriori ai finanziatori, previa comunque autorizzazione del Tribunale.

Si è voluto quindi valorizzare lo strumento factoring come strumento alternativo e tecnico per permettere all'imprenditore di ottenere nuova finanza nelle ristrutturazioni aziendali volte alla continuità aziendale, inserite in un accordo di ristrutturazione o in un concordato preventivo.

La legge factoring nasce in Italia con la **legge 52 del 21.02.1991**, lo strumento conserva la sua natura atipica di cessione del credito, manifestazione dell'autonomia contrattuale, che trae origine dall'**art. 1260 s.s. del codice civile** che definisce la cessione in due modalità attuative: "*pro solvendo*" e "*pro soluto*", dove l'imprenditore può cedere la titolarità del credito, derivante dall'esercizio dell'attività caratteristica, ad un terzo o una Banca o Istituto finanziario (detto *factor*), indipendentemente dalla volontà e dalla conoscenza del debitore ceduto.

Le modifiche apportate alla normativa citata in materia di cessione di crediti a garanzia, sono uno slancio, in quanto la legge 52/91 tratta lo scambio tra crediti e liquidità mentre il richiamo del codice civile richiama la cessione di crediti allo scopo di vendita, garanzie o donazione.

Le fasi di finanziamento mediante factoring possono articolarsi in:

- il *factor* effettua accertamenti e valutazioni sulla azienda cedente, analizza puntualmente le condizioni economiche delle aziende debitori del potenziale cedente;
- sottoscrizione del contratto quadro contenente le condizioni che il *factor* andrà ad applicare e i servizi che verranno offerti;
- l'azienda cedente dopo la formalizzazione del contratto cede i crediti;
- sarà facoltà del *factor* mettere a disposizione l'anticipazione del corrispettivo affidato;
- l'incasso e la gestione dei crediti è a cura del *factor*.

Quando l'azienda si trova in momenti di criticità può essere complesso ricorrere al credito attraverso strumenti tradizionali, e trovarsi ad avere un montante di crediti apparentemente inesigibili spinge a ricercare strumenti alternativi.

Si aggiunge poi che generalmente le banche, nonostante le previsioni del legislatore intervenuto con l'**art. 182-quinquies**, sono indubbiamente restie a concedere credito sia per il fatto che la previsione dell'**art.111** in tema di prededuzione non costituisce una garanzia assoluta di recupero di possibili sofferenze, ma maggiormente perché le norme di vigilanza risultano essere piuttosto stringenti in tema di accantonamenti a copertura di esposizioni su posizioni in effettivo stato di crisi.

Il factoring in questo quadro potrebbe risultare un'opportunità da sfruttare senza dubbio in un ottica di continuità aziendale e di superamento di uno stato di crisi palesata.

Ricorrere a tale strumento per gestire in maniera equilibrata i flussi derivanti da crediti, anche pregressi, non di semplice esigibilità, accompagnati da un'iniezione di liquidità data dall'anticipazione, può facilitare e favorire, nelle fasi di rilancio del circolante, l'ascesa da condizioni di difficoltà soprattutto nell'avvio del piano di ristrutturazione. L'operazione indubbiamente non è priva di costi, ma l'azienda comunque si trova in queste fase ad essere in una posizione di svantaggio competitivo e perciò l'idoneità dello strumento è rafforzata;modulare questa opportunità assieme ad altri strumenti può essere determinante nel proseguimento degli obiettivi aziendali.

La legge speciale *factoring* rende il *factor* comunque tutelato dal rafforzamento dato dalla garanzia del credito ceduto, dalle normative prudenziali in materia di accantonamenti, dai maggiori oneri imputati alle operazioni e infine dalle valutazioni sulla solvibilità dei debitori ceduti.

La novità dettata dal **4 comma dell'art. 182-quinquies** come già detto prevede che venga data la possibilità al debitore istante, la facoltà di cedere crediti a garanzia delle erogazioni richieste, oltre a prevedere la concessione di ipoteche e pegni, previa conferma del Tribunale. Si esclude che tali previsioni possono essere agganciate all'accesso al credito di natura auto-liquidante (acquisto del credito da parte del finanziatore) ma siano previste per la finanza cosiddetta "a revoca" (fidi, c/c) o "a scadenza" (mutui), fattispecie per le quali il creditore è maggiormente tutelato dal rischio di inadempimento dell'imprenditore in virtù delle garanzie appena descritte.

La garanzia quindi funge da strumento di tutela del credito, la prassi commerciale ha adattato le indicazioni del legislatore riconoscendo tale innovazione normativa con una propria veste legale.

La cessione del credito a scopo di garanzia è un istituto che mantiene il carattere traslativo, tale caratteristica fa mantenere al cessionario, quale titolare del credito, il privilegio funzionale rispetto agli altri creditori. L'ordine di preferenza è assicurato *erga omnes* rispetto all'ordine di soddisfacimento. Anche se l'effetto traslativo può essere mitigato dai contraenti che possono pattuire termini risolutivi o di sospensione per mancato adempimento dell'obbligazione, nel primo caso il debitore ceduto pagherà soltanto ad obbligazione estinta mentre nell'altra fattispecie sarà il cessionario a pretendere l'adempimento del ceduto in seguito all'inadempimento del cedente.

Il limite della cessione in garanzia è dunque non totalizzante in termine di funzione solutoria in quanto, in caso di inadempimento, perché l'obbligazione verrà estinta è necessario che il cessionario vada a compensazione tra la somma che quest'ultimo deve ottenere a fronte della cessione e quella erogata.

## 2.5. La cessione dei crediti nell'Istituto del fallimento

Tra le norme più importanti investite dalla riforma del nuovo Diritto fallimentare che disciplinano la fase della liquidazione nel fallimento è indubbiamente l'**art. 106 L.F.**, nella parte che permette al curatore di: "*cedere i crediti, compresi quelli di natura fiscale o futuri, anche se oggetto di contestazione*" o di "*stipulare contratti di mandato per la riscossione dei crediti*": soprattutto questi ultimi citati formano gran parte dell'attivo, ma a differenza dei beni immobili o mobili il loro incasso può avvenire in tempi piuttosto dilatati, soprattutto se parliamo di crediti futuri o di crediti contestati.

Nasce così la necessità di accelerare i processi e il legislatore intervenne oltre che con la riforma anche nella Relazione governativa sul **D.l. 9 gennaio 2006, n. 5**, nella quale tende a legittimare forme alternative di realizzazione di tali cespiti attraverso la loro cessione o tramite la stipulazione di mandati all'incasso, al fine ultimo di velocizzare la chiusura delle procedure concorsuali. Inoltre si potrebbe precisare che nel caso in cui il credito sia futuro o oggetto di contestazione e il suo relativo incasso risulti incerto sia nell'*an*, sia nel *quantum*, il curatore abbia un vero e proprio obbligo di utilizzare la cessione come strumento utile a liquidare quel cespite in modo più veloce e efficace rispetto a qualunque altro mezzo per aumentare il patrimonio del debitore, evitando ulteriori dilazioni, procedere alla distribuzione del riparto e avviare la chiusura del procedimento di fallimento.

L'intervento del legislatore vale anche per i crediti di natura fiscale ovviamente, sia che siano vantati dal fallito prima della sua dichiarazione, sia che siano maturati durante la procedura concorsuale, anche se i rapporti con l'Amministrazione pubblica, sono sempre stati complessi vista la tendenziale predisposizione di questa a ostacolare o addirittura a negare la propria collaborazione nella speranza di una rinuncia da parte della parte creditoria.

Nel **primo comma dell'art. 106 L.F.** c'è specifico riferimento ai crediti "*di natura fiscale*", questa espressione non lascia dubitare del fatto che il curatore sia legittimato a procedere con tale operazione negoziale, quanto meno per i crediti Iva e per le imposte sui redditi che nascono dalle relative dichiarazioni. Dopo la riforma emerge soltanto un elemento di criticità residuale più delicato da risolvere, relativo all'opponibilità da parte dell'Amministrazione pubblica, nel momento della chiusura del

fallimento, dato dalla compensazione fra crediti fiscali sorti durante la procedura e i debiti fiscali dell'imprenditore fallito antecedenti l'apertura del concorso.

Il curatore nell'esercizio delle sue funzioni di gestore e liquidatore delle attività si trova ad essere sostenuto, nel compiere atti di cessione dei crediti sia pure futuri, dal principio più generale di equilibrio degli *“effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura”* come citato nell'**penultimo comma dell'art. 18 L.F.**; intrecciando l'interpretazione dello stesso **art. 106, 1 co. L.F.** che assieme ai *“crediti di natura fiscale o futuri”* ritiene cedibili anche i crediti relativi alle azioni revocatorie in corso, il cui esercizio con la chiusura del procedimento, si concluderebbe con l'interruzione a norma dell'**art. 120 secondo comma L.F.**, interrompendo la controprestazione tra il cessionario e il curatore fallimentare.

E' chiaro che solo attraverso l'utilizzo dello strumento di cessione di crediti di diversa natura, si può garantire quegli *“incrementi di patrimonio del debitore”* che il legislatore ha previsto con la riforma, ponendo tale disposizione a fondamento dell'**art. 106, 1 co., L.F.**

Alla luce di quanto detto è piuttosto frequente che i crediti tributari risultino comunque essere di difficile acquisizione nell'attivo fallimentare, spesso perché vengono abbandonati dal curatore o lasciati nella gestione del fallito tornato *in bonis*. Ciò influenza la massa creditoria che rimane non completamente soddisfatta dal riparto parziale dell'attivo fallimentare, con il contro vantaggio a favore dell'Amministrazione Finanziaria, il disinteresse del curatore o del fallito con l'estinzione e la cancellazione della società prevista dall'*ex art.118, 2 co., L.F.*, nonostante gli ostacoli riesce ad evitare i adempiere ai propri debiti.

Per fronteggiare queste problematiche nel corso degli anni la prassi fallimentare e la pratica professionale hanno disposto numerose soluzioni, che coinvolgono tutti i crediti tributi e in certi casi elaborate per le sole imposte sui redditi ad esempio:

- la cessione dei crediti tributari nei confronti di banche o società finanziarie specializzate;
- rimborso anticipato delle ritenute attraverso la presentazione di dichiarazioni;
- anticipazione della dichiarazione dei redditi di chiusura del fallimento;
- la *datio in solutum* in favore dei creditori fallimentari;
- l'assegnazione del credito al fallito;

- mandato irrevocabile di riscossione dei crediti a favore delle banche;
- la costituzione di un trust.

Il modo più semplice ed efficiente per acquisire l'attivo fallimentare dei crediti tributari è indubbiamente quello della cessione, per lo più in favore di banche e società finanziarie. In questo studio si andrà appunto ad approfondire tale meccanismo utilizzabile per tutti i crediti tributari ed ormai consolidato nella prassi fallimentare, per questo motivo se ne darà particolare rilievo.

La preferenza all'utilizzo della cessione dei crediti tributari è data da molteplici fattori:

- ✓ una base normativa solida e testata;
- ✓ una base normativa in ambito tributario e pubblico certa;
- ✓ una prassi fiscale non complessa;
- ✓ l'immediato realizzo;
- ✓ la presenza sul mercato di Banche specializzate;
- ✓ la non presenza di impegni gravanti sul curatore o sui creditori di tipo amministrativo e fiscale.

La dottrina maggioritaria<sup>119</sup> ritiene che le norme relative alla cessione dei crediti presenti nel codice civile possano essere estese anche alla cessione dei crediti tributari, nonostante specifiche attenzioni date dalla particolarità dei rapporti.

La cedibilità del credito è una caratteristica generale dei crediti: il credito può essere ceduto anche senza l'approvazione del debitore; la cessione è la regola, l'incapibilità è l'eccezione; la normativa dettata dal codice civile esclude però la cessione di quei crediti che hanno natura personale e in casi espressamente vietati dalla legge<sup>120</sup>.

La cedibilità del credito è prevista dall'**art. 1260 C.c.** anche per i crediti della pubblica amministrazione, come prescritto dalla norma anche senza il consenso della parte debitrice.

Per quanto concerne la procedura di attuazione delle cessioni dei crediti tributari le linee guida previste dal regolamento attuativo **DM 30.9.1997 n. 384** prevedono che

<sup>119</sup> Miccinesi, *La cessione dei crediti IVA*, in *Rassegna Tributaria*, 1984; Fichera, *Questioni irrisolte sulla cessione del credito IVA*, in *Boll. Tributaria*, 1989; Zoppini, *Profili ricostruttivi ed applicativi della cessione dei crediti per imposte dirette*, ibidem, 1997.

<sup>120</sup> M. Cantillo, *La cessione dei crediti per imposte dirette*, in *Rass. Trib.*, 1999, n. 1, p. 28 e ss.

l'atto di cessione debba essere notificato all'Ufficio delle Entrate con competenza territoriale, il medesimo atto inoltre va notificato in copia all'Agente della riscossione presso il quale è detenuto il conto fiscale intestato al soggetto cedente.

La legge prevede che il credito gestito dal cessionario non possa essere ceduto nuovamente, pena l'inefficacia di tale ulteriore passaggio. L'**art. 43 bis del DM** sopra citato, prevede inoltre che *“il cessionario risponda in solido con il contribuente-cedente, sino alla concorrenza dell'importo del credito ceduto, a condizione però che gli siano stati notificati gli atti con i quali l'Ufficio procede al recupero delle somme”*.

La modalità di cessione dei crediti deve avvenire con atto pubblico ovvero scrittura privata autenticata, come del resto è prevista tale modalità anche per i crediti vantati da aziende nei confronti delle pubbliche amministrazioni come prevede l'**art. 69 del R.D. 18 novembre 1923 n. 2440**, richiamato inoltre dall'**art. 43 bis, 1 co., DPR n. 602/1973** e confermato dal **D.M. 384/1997**. Dunque perché il trasferimento del credito abbia efficacia è quindi necessario che la cessione sia notificata all'Ufficio delle Entrate, il difetto di notifica causa l'immutabilità dei ruoli: creditore nei riguardi dell'ente pubblico resta il contribuente-cedente, nei rapporti privatistici, invece con l'atto di cessione, il credito appartiene al cessionario.

Il cessionario nel momento del perfezionamento della cessione presenta istanza di rimborso, in essa sono contenuti gli estremi per il pagamento su conto intestato al cessionario.

Con la cessione al cessionario vengono trasferiti gli stessi diritti del cedente e ne derivano le medesime eccezioni che l'Agenzia oppone allo stesso cedente: come ad esempio nel caso dell'apposizione di compensazione tra il credito chiesto a rimborso e i ruoli a carico del cedente; oltretutto nel caso si configurasse il fallimento la compensazione dei crediti in procedura, è ritenuta applicabile esclusivamente con i carichi del fallimento medesimo e non anche per quelli dell'imprenditore fallito.

La cessione di crediti tributari nell'istituto del fallimento risulta avere diverse criticità, in parte conseguenza della natura del credito di matrice pubblicistica, dai processi dei controlli tributari, dalle caratteristiche dei moduli attuativi dei tributi in caso di fallimento, alle peculiarità del fallimento, ma a maggior ragione dalla reticenza delle Amministrazioni Finanziarie<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> Del Federico L., *I crediti tributari nella realizzazione e nel riparto dell'attivo fallimentare*, AMon, 2014

Il legislatore ha da tempo fatto chiarezza in merito alle fittizie eccezioni poste dall'Amministrazione pubbliche ad ostacolo della cedibilità dei crediti tributari<sup>122</sup>, tale espressione è stata palesata dall'**art. 106 L.F.**<sup>123</sup>.

Nella prassi odierna succede che l'Agenzia delle Entrate contesti la validità della cessione del credito avvenuta prima della presentazione della dichiarazione, nello specifico si contesta che la cessione possa avere per oggetto crediti futuri.

La stessa Agenzia sostiene che il credito IVA diviene certo e definitivo esclusivamente nel momento in cui venga reso noto in dichiarazione permettendo al contribuente di richiedere il rimborso o riportarlo, prima di tale momento non è possibile sapere se il credito creatosi in anni precedenti o nell'esercizio in corso abbia subito o meno compensazioni con eventuali debiti tributari e previdenziali; si precisa altresì che il credito tributario come previsto dall'Agenzia delle Entrate ha "*rilevanza puramente civilistica tra le parti*", non produce effetti nei riguardi della Pubblica amministrazione.

La dottrina del Codice civile impone il suo rango e smentisce tali tesi, infatti le norme in materia di cessione dei crediti sono applicabili anche alla cessione dei crediti tributari, ad eccezione di quanto diversamente precisato dalla legge tributaria con il consueto principio della compatibilità<sup>124</sup>.

Per quanto concerne gli effetti e l'opponibilità, il perfezionamento del contratto di cessione avviene nel momento in cui c'è il consenso delle controparti, ma nella fattispecie, in ogni caso solo nel momento in cui il credito sorge può avvenire il trasferimento del cedente al cessionario, prima di ciò il contratto anche se formalmente perfetto, ha semplice efficacia obbligatoria.

Non esistono norme tributarie che vietano al curatore la possibilità di cedere il credito IVA.

Nella prassi fallimentare da tempo emergono molteplici modalità contrattuali per poter cedere i crediti tributari, indubbiamente compatibili con la riforma agli artt. 106 e 117 L.F. accumulate dal profilo obbligatorio e dalla natura civilistica del credito. Si

---

<sup>122</sup> M. Cantillo, *La cessione dei crediti per imposte dirette*, in *Rass. Trib.*, 1999, n. 1, p. 28 e ss.

<sup>123</sup> **Articolo 106 della Legge Fallimentare:** "*Il curatore può cedere i crediti, compresi quelli di natura fiscale o futuri, anche se oggetto di contestazione;[...]*"

<sup>124</sup> M. Cantillo, *La cessione dei crediti per imposte dirette*, in *Rass. Trib.*, 1999, n. 1, p. 28 e ss.; Tesoro, *Chiusura delle procedure concorsuali e cessione dei crediti*; Fregni, *Obbligazione tributaria ed obbligazione civile*, Torino, 1998.

configura il credito come certo e liquido, ma non esigibile, in quanto il credito potrebbe essere decurtato dal sopraggiungere di un debito tributario, per cui è prevista compensazione.

E' chiaro quindi che il credito risulta essere di esigibilità condizionata: per effetto delle ritenute che decurtano l'ammontare dei crediti, quindi esso risulterà esigibile solo nella misura in cui emerga un'eccedenza, per la quale si potrà chiedere il rimborso in dichiarazione.

Alla luce di ciò si configurerà un'operazione strutturata come cessione del credito non esigibile, il cessionario acquisirà il credito, ma non ne potrà esigere l'adempimento se non nel momento in cui, il curatore presenterà dichiarazione, dando evidenza al credito e richiedendo il rimborso, in pro del cessionario.

L'operazione inoltre può talvolta essere strutturata come cessione di cosa futura, premettendo che le ritenute non creano credito, esso sorgerà in futuro, fermo restando ci sia eccedenza dalle risultanze in dichiarazione.

Le riforme apportate agli art. 106 e 117 L.F. hanno eliminato tutti i dubbi in tema di cessione dei crediti tributari cedibili a terzi o assegnati ai creditori fallimentari. Come sopra citato nell'**art. 106 L.F.** Il legislatore autorizza esplicitamente il curatore a cedere *“i crediti, compresi quelli di natura fiscale o futuri...in alternativa il curatore può stipulare contratti di mandato per la riscossione...”*; **nell'art. 117 L.F.** prevede, in sede di riparto finale: *“il giudice delegato...può disporre che a singoli creditori che vi consentano siano assegnati, in luogo delle somme agli stessi spettanti, crediti di imposta del fallito non ancora rimborsati”*.

Spicca subito rilevante che il legislatore abbia appianato la modalità di ottenimento, equiparando la riscossione diretta e l'alienazione coattiva dei crediti.

## CONCLUSIONI

L'impresa è un'attività che per sua origine risulta essere rischiosa e in virtù di tale considerazione la possibilità che essa entri in un momento di difficoltà risulta essere fisiologico. Il fenomeno può risultare più o meno intenso, alle volte reversibile grazie ad interventi tempestivi e da corrette misure preventive da parte del *management*.

La crisi risulta essere un evento inevitabile in un mercato concorrenziale, è di vitale importanza che l'impianto della disciplina sia ben equilibrato, così da evitare, da una parte, abusi nell'utilizzo delle procedure, soprattutto in quelle di risanamento, e dall'altra, colpire l'iniziativa imprenditoriale, motore questo, dello sviluppo economico.

La crescita e lo sviluppo della competitività sono stimolate, se a sostegno di ciò, esistono procedure concorsuali che dirigono in modo ordinato ed efficace lo svolgimento della vita d'impresa soprattutto in frangenti di palese difficoltà.

Inevitabilmente il sistema risolutivo delle crisi ha un effetto sulle aspettative delle controparti, a vario ruolo, interessate dall'iniziativa economica: colpire in modo troppo severo può demotivare l'assunzione dei rischi; scarse garanzie da fornire ai creditori può precludere l'accesso alla "nuova finanza" e incidere sui costi.

Ebbene, l'obiettivo di massimizzare il valore delle attività economiche tende ad essere raggiunto quando si punta sull'efficientamento delle procedure, l'intervento del legislatore ha promosso la salvaguardia del patrimonio aziendale, ha ridotto i tempi di definizione della situazione di crisi, non trascurando il contenimento dei costi. Sotto un profilo di utilità, sostenere aziende in un irreversibile stato di crisi può risultare dispendioso sia in termini di mezzi finanziari che di capacità intellettuali e tecnologiche che potrebbero essere, indubbiamente, re-investite in attività sane; d'altro canto però, la prematura uscita dal mercato di realtà aziendali solide e risanabili, pur se in momenti di *defiance*, porta ad una distruzione di parte del potenziale produttivo del mercato.

L'analisi condotta in questo lavoro ha definito un quadro giuridico, sviluppato dal legislatore per la gestione della crisi, piuttosto avanzato. La riforma del diritto fallimentare del 2005-2007 e le successive modificazioni hanno rinnovato radicalmente la vecchia dottrina, che era prevalentemente concentrata sull'istituto del fallimento.

Lo schema con il quale è stato realizzato il processo di riforma e l'impianto normativo che ne è derivato, ha provocato un vivo dibattito in termini di qualità del

processo generale e degli specifici istituti, originando anche critiche negative in ordine all'efficacia della nuova macchina, talvolta precedentemente al loro concreto utilizzo<sup>125</sup>.

La nuova disciplina ha modificato in modo importante istituti e strumenti che rappresentavano un ruolo principale nell'impianto del 1942. Nasce un sistema molto più articolato, fondato su molteplici procedure e istituti orientati, non più sulla risoluzione liquidatoria ma bensì al risanamento e alla prosecuzione dell'impresa o parte di essa.

Viene dato maggior rilievo al nucleo aziendale anziché all'imprenditore, le novità in materia concorsuale costituiscono elementi specifici su cui si è basata la riforma<sup>126</sup>. Come sostiene la dottrina maggioritaria<sup>127</sup>, essa *“segna il passaggio dal diritto fallimentare al diritto della crisi dell'impresa, con ciò allontanando sempre più la materia dagli schemi processualistici esecutivi per ricondurla a pieno titolo nell'area del diritto dell'impresa”*<sup>128</sup>.

Le novità principali, come si è analizzato nel capitolo 2 di questa tesi, hanno riguardato in modo particolare l'inserimento di una particolareggiata regolamentazione delle soluzioni semi-stragiudiziali o puramente stragiudiziali delle crisi dell'impresa, nello specifico gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il piano di attestato di risanamento, attribuendone medesimi effetti giuridici.

L'esigenza di preservazione dell'impresa caratterizza in modo trasversale tutte le nuove procedure. L'arricchimento dello strumentario disponibile riguarda non solo le sopradescritte procedure di risanamento (concordato preventivo, accordo di ristrutturazione dei debiti, piani attestati di risanamento), ma anche la procedura di fallimento, che si depotenzia perdendo la sua valenza sanzionatoria nei riguardi dell'imprenditore, per diventare uno strumento di copertura dei debiti e di rigenerazione dell'iniziativa imprenditoriale.

Nell'ambito della procedura fallimentare le modalità di liquidazione dell'attivo sono orientate alla maggior snellezza e rapidità, con un deciso *favor* per soluzioni di

---

<sup>125</sup> Bocuzzi G., *“Crisi d'impresa e attività bancaria: analisi del rapporto tra diritto fallimentare e disciplina speciale delle banche”*, Coccucci, 2012.

<sup>126</sup> De Sensi V., *“La concorsualità nella gestione della crisi d'impresa”*, Luiss, 2009

<sup>127</sup> Vietti M., *“Le motivazioni della riforma fallimentare”*, 2008, Milano; De Sensi V., *“La concorsualità nella gestione della crisi d'impresa”*, Luiss, 2009; Presti G., *“Dal diritto fallimentare al diritto della crisi d'impresa”*, in legislazione concorsuale, 2006.

<sup>128</sup> Vietti M., *“Le motivazioni della riforma fallimentare”*, 2008, Milano; De Sensi V., *“La concorsualità nella gestione della crisi d'impresa”*, Luiss, 2009; Presti G., *“Dal diritto fallimentare al diritto della crisi d'impresa”*, in legislazione concorsuale, 2006.

cessioni in blocco, quindi, di preservazioni dei complessi aziendali, secondo un modello ampiamente sperimentato in campo bancario nell'ambito di un programma di liquidazione approvato dai creditori.

Il cambiamento degli assetti derivato dalla riforma del diritto fallimentare e l'evoluzione dei mercati finanziari, hanno dato inizio a nuovi approcci di gestione della crisi d'impresa. L'avvento delle modifiche nelle procedure, non rappresenta un elemento di ostacolo alla realizzazione di operazione di ristrutturazione o di riallocazione proprietaria; piuttosto, in diverse ipotesi, esso, risulta essere la soluzione più appropriata per la continuità aziendale.

E' necessario quindi che concretamente il quadro normativo sia calato sulla prassi e non venga solamente valutato sotto il profilo teorico, ponendo l'attenzione sul soddisfacimento delle esigenze specifiche delle piccole medie imprese, che rappresentano il tessuto economico italiano.

Indubbiamente la concreta funzionalità dei nuovi strumenti dipende da molteplici fattori, in particolar modo dai nuovi ruoli che si sono delineati per gli attori coinvolti nelle situazioni di crisi. Per individuare una soluzione alla crisi è necessario che vengano fatte valutazioni tempestive e pesate, l'imprenditore come abbiamo approfondito deve produrre dati veritieri e trasparenti, fondati sull'applicazione di metodologie professionali ed obiettive. Questo è un perno fondamentale. Senza correttezza, trasparenza e fiducia, i nuovi istituti restano di rimanere inapplicati.

In questo nuovo quadro i creditori, soprattutto quelli bancari e finanziari, sono chiamati a rivestire nuove responsabilità nelle scelte sulla prevenzione e gestione della crisi e sul governo delle procedure. La responsabilità è sistemica, unitamente correlata al ruolo che le banche ricoprono nel sistema economico, esse sono soggetti professionalmente qualificati e detengono una forza contrattuale e capacità decisionale e di coordinamento non paragonabili a nessun altro creditore.

Le banche rivestono, nel sistema economico, un ruolo istituzionale come agenti di finanziamento delle imprese, esse svolgono un ruolo rilevante sia nella prevenzione, sia nelle decisioni da assumere per la soluzione della crisi, che sono comunque di competenza dell'imprenditore. Esse sono chiamate, quindi, ad un atteggiamento attivo erogando "nuova finanza" permettendo così di realizzare, soluzioni che massimizzino il valore dell'impresa. Soffermarsi esclusivamente alla responsabilità individuale è

sbagliato, quest'ultima va superata, perché può creare distorsioni nei processi di destinazioni delle risorse, ostacolando i tentativi di risanamento di imprese ancora solvibili, deve quindi prevalere il concetto fondamentale della responsabilità di sistema.

Le banche devono contribuire alla definizione di nuovi modelli di gestione della crisi d'impresa, perfezionando le tecniche necessarie alla tempestiva rilevazione delle situazioni di difficoltà.

Poter fornire strumenti idonei all'imprenditore, fondati su comportamenti cooperativi, volti a minimizzare i costi della crisi e valorizzare le parti sane dei processi produttivi. In particolare, si tratta di porre maggior attenzione alla valutazione delle imprese, al loro piano di *business*, alla loro posizione sul mercato e di sviluppare una capacità di selezione tra imprese illiquide, ma con concrete possibilità di sviluppo per settore di attività, mercato, capacità di rinnovo, da un lato, e imprese prive di qualsiasi potenziale di sviluppo dall'altro. Tutto ciò, senza rinunciare al contributo informativo che danno i sistemi di *rating* e *scoring*, le banche come qualche autore sostiene: *“rinunciare agli indicatori automatici e recuperare una propria capacità discrezionale, ciascuna seguendo un suo modello di business e di approccio al territorio”*<sup>129</sup>.

Alla luce della lezione appresa in seguito alla crisi finanziaria, che ha colpito i sistemi bancari nel 2008, si sono via via evoluti anche gli orientamenti strategici delle banche, è evidente che ci sia maggior attenzione nei confronti delle imprese, anche se sono necessari ulteriori progressi<sup>130</sup>. Si devono perseguire iniziative di monitoraggio dello stato di salute delle imprese, fornire supporto alle imprese sotto il profilo dell'indirizzamento gestionale nei rapporti con la clientela, lo sviluppo di adeguate strutture organizzative, l'istituzione di nuove figure e funzioni dedicate nello specifico al rapporto con le imprese. Tale rapporto non dovrà comunque limitarsi alla sfera puramente finanziaria, ma si dovrà creare una sinergia tra aspetti di carattere strategico e operativo, in modo da poter soddisfare le più diversificate esigenze aziendali e assistere l'intero ciclo di vita dell'impresa: dalla nascita, passando per la crescita e nell'eventuale stato di crisi.

Nel nuovo scenario risulta quindi importante, il ruolo rivestito dagli operatori finanziari, essi sono capaci di far affluire le risorse finanziarie necessarie alle imprese,

---

<sup>129</sup> Di Vco D., *“Banche e clienti. Contino le persone, non gli algoritmi”*, il Corriere della Sera, 13 luglio 2012.

<sup>130</sup> Bragatini S., *“Crisi e credito”*, Corriere della Sera, maggio 2015.

sia con capitale di rischio che di capitale di debito, per garantire il proseguo e la ripresa dell'attività d'impresa. In tale contesto, come abbiamo analizzato nel primo capitolo, un ruolo fondamentale assumono gli operatori specializzati nelle operazioni di *turnaround*, essi, in virtù anche delle innovazioni introdotte con la riforma societaria in materia di *governance* e strumenti di partecipazione e finanziamento, intervengono nella risoluzione della crisi, assumendosi i rischi della realizzazione dei progetti di risanamento.

*Last but not least* i tribunali; ad essi la riforma della legge fallimentare ha ridisegnato il ruolo rispetto al passato, loro sono chiamati a prendere decisioni in merito all'omologazione degli accordi tra creditori e debitori, in un quadro rappresentato principalmente dall'autonomia privata delle parti. Sotto certi versi la loro area di intervento sembra ridimensionata, ma in contrapposizione essi sono l'autorità giudiziaria che interviene nei controlli di legalità e di regolarità delle procedure e si esprimono nella risoluzione del contenzioso all'interno delle procedure.

I ruoli assunti dai vari soggetti nell'ambito delle molteplici procedure si definiscono sempre più coerentemente con la volontà espressa dal legislatore, anche se rimangono ancora irrisolti i problemi connessi alle lungaggini e alle inefficienze dei procedimenti, dovuti ad un sostenuto numero di contenziosi fallimentari.

Nel mercato l'espulsione di imprese marginali è fisiologica. Nel contesto odierno, a maggior ragione, questi fenomeni si accentuano. Essi, perciò, devono dare spunto a riflessioni e spingere verso un cambiamento; devono portare tutti i soggetti coinvolti a prendere coscienza sul comportamento adeguato da tenere, loro sono chiamati a svolgere ognuno la propria parte nel rispetto dello spirito e della filosofia della riforma.

Il senso di responsabilità deve vertere, quindi, al trovare e all'attivare tempestivamente degli strumenti adeguati per la soluzione della crisi di impresa, sfruttando al meglio tutte le risorse interne disponibili, di patrimonio, di *management*, e se necessario stravolgendo interamente la struttura organizzativa e l'assetto proprietario dell'azienda, ponendo tutti i correttivi per invertire la rotta. Taluni concetti devono trovare applicazione non solo per le imprese, ma anche per le banche e gli Stati nella risoluzione delle problematiche strutturali derivanti dall'eccesso di debito che la crisi globale ha sollevato.

## Bibliografia citata e di riferimento

Amatore R., *“Il nuovo concordato preventivo”*, Milano, 2013

Ambrosini, *“Il nuovo concordato preventivo alla luce della miniriforma del 2015”*, in *Diritto Fallimentare*, 2015.

Antonucci A., *“La disciplina delle banche”*, in *Diritto delle banche*, 2009, IV.

Arato M., *“Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell’impresa in crisi”*, *Il fallimento*, Ipsoa, 2008.

ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA, *“Codice di comportamento Banche – Imprese in crisi”*, giugno 2000, Circolare ABI Serie Legale n. 9/2000

Balestra L., *“Concordato, assoggettabilità delle società partecipate da enti pubblici e prededucibilità del finanziamento dei soci”*, *Il diritto fallimentare*, 2013

Bauco C., *“La crisi di impresa, Concordati, Piani attestati e accordi di ristrutturazione, competenze e responsabilità professionali”*, Gruppo 24 ore, 2009.

Bianchi S., Fair Value: *“Scelta di Trasparenza oppure uno degli Imputati del Credit Crunch”*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti – Principi Contabili*, 2008.

Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *“Diritto civile, Obbligazioni e contratti”*, Giuffrè, Milano, 2000.

Blanchard O., Amighini A., Giavazzi F., *“La Crisi del 2007 – 2010”* in *Macroeconomia*, 2010.

Bocucci G., *“Crisi d’impresa e attività bancaria: analisi del rapporto tra diritto fallimentare e disciplina speciale delle banche”*, Cacucci, 2012.

Boggio L., *“Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina”*, Giuffrè, Milano.

Bonelli, *“Le insolvenze dei grandi gruppi: i casi Alitalia, Chrysler, Socotherm, Viaggi del Ventaglio, Gabetti, Risanamento e Tassara, in Crisi di imprese. Casi e Materiali”*, Giuffrè, Milano, 2011.

Bragatini S., *“Crisi e credito”*, Corriere della Sera, maggio 2015.

Bruni F., *“La crisi dei mutui e il sistema finanziario internazionale”*, in *L’Italia e la Politica Internazionale*, 2008.

Buccarella G., *“I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti”*, Milano, 2013.

M. Cantillo, *“La cessione dei crediti per imposte dirette”*, in *Rass. Trib.*, 1999, n. 1, p. 28 e ss.

Capobianco E., *“Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d’impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell’inadempimento del debitore”*.

Caredda, *“Le obbligazioni ad attuazione congiunta”*.

*Codice Civile*

Conca V., Riccardi V., *“Credit Crunch, contrazione della liquidità e LBO: quali cambiamenti nel mercato del leverage finance”*, in *Economia & Management*, 2009.

Costa A., *“Le procedure di concordato preventivo, uno strumento per il rilancio delle aziende in crisi, alcuni aspetti economici e giuridici”*, Cacucci, 1998.

D’Andrea S., *“La parte soggettivamente complessa. Profili di disciplina”*, Giuffrè, Milano, 2002.

D’Angelo G., Giannola A., *“Credito per le piccole e medie imprese”*, Liguori, 2011.

*Decreto legislativo 1° settembre 1993, n°385, Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.*

De Cristofaro G., *“il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche italiane e tedesche”*.

Del Federico L., *“I Crediti tributari nella realizzazione e nel riparto dell’attivo fallimentare”*, Amon, 2014

De Sensi V., *“La concorsualità nella gestione della crisi d’impresa”*, Luiss, 2009

Di Giulio D., *“Finanziamenti bancari durante la crisi: il tema del Credit Crunch”*, in Finanziamenti Bancari al settore Produttivo, 2010.

Di Vico D., *“Banche e clienti. Continuo le persone, non gli algoritmi”*, il Corriere della Sera, 13 luglio 2012.

Faccincani, *“Banche, imprese in crisi e accordi stragiudiziali. Le novità introdotte dalla riforma del diritto fallimentare”*.

Falcone G. , *“I piani di risanamento”*, Boggio, 2011, Milano.

Federal Reserve Bank, in *Expanded Guidance for Subprime Lending programs*, 2008.

Fichera, *“Questioni irrisolte sulla cessione del credito IVA”*, in Boll. Tributaria, 1989.

Fiorucci F., *“I mutui in I mutui Bancari: nuova disciplina e prassi”*, 2008, XVIII.

Forestieri G., *“Le banche e il risanamento delle imprese”*, Egea, Milano, 1995.

Fregni, *“Obbligazione tributaria ed obbligazione civile”*, Torino, 1998.

Giannelli G., *“Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell’impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni”*. 2005

Guatri, *“Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore”*, Egea 1995.

Guglielmucci L., *“Diritto fallimentare”*, a cura di F.Padovini, Giappichelli, ed. 2015 e 2016.

La Croce G., *“Protezione dei creditori fino a intesa pubblicata”*, in *Il Sole 24 Ore, Le Guide. Norme e tributi*, 10 agosto 2012.

Lamanna F., *“La definizione normativamente restrittiva dei “finanziamenti interinali” in contrapposizione ai finanziamenti-ponte”*, in *ifallimentarista.it*

Lamanna F., *“La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. 83/2015 L. 6 agosto 2015, n.132 in vigore dal 21 agosto 2015”*, Giuffrè, 2015.

Legge 24 dicembre 2007, n° 244, *“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato” (legge finanziaria 2008)*.

Lo Cascio G., *“Il piano attestato di risanamento”*, Milano, 2011.

Luminoso, diretto da *CICU, MESSINEO, MENGONI*, *“Mandato, commissione, spedizione, in trattato di diritto civile e commerciale”*, Giuffrè, Milano, 1984

Maimeri F., *“Sistemazioni stragiudiziali delle crisi e codice di comportamento bancario”*, in *BBTC*, 2000.

Maiorca V., *“Contratto plurilaterale”*, Giuffrè, Milano

Miccinesi, *“La cessione dei crediti IVA”*, in *Rassegna Tributaria*, 1984

Nardecchia G.B., *“Commento all’art. 182-quater L.f.”*, in *Il codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2013

Nardone A., *“Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione per debiti”*, Giappichelli, 2014

Nieddu Arrica F., *“Finanziamento e sostenibilità nell’indebitamento dell’impresa in crisi”*, *Giurisprudenza Commerciale*, 2013.

Nigro A., Vattermoli D., *“Diritto delle crisi delle imprese le procedure concorsuali”*, il Mulino, Bologna, 2014.

Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Taranto, *“Gli strumenti di gestione concordata della crisi d’impresa”*.

Pajardi, *“La ristrutturazione del debito, in Gestione della crisi aziendale dei processi di risanamento. Prevenzione e diagnosi, terapie, casi aziendali”*, a cura di Danovi e Quagli, Ipsoa, Milano, 2008.

Patti S., *“Profili della tolleranza nel diritto privato”*, Jovine, Napoli, 1978.

Presti G., *“Dal diritto fallimentare al diritto della crisi d’impresa”*, in legislazione concorsuale, 2006.

Recito V., *“I patti di inesigibilità del credito”*.

Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 – *“Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa”*.

Ricciardi A., *“Credit Crunch: cause, effetti sulle Pmi e ruolo dei Confidi”*, in *Banca & Impresa*, 2009.

Rolfi F., Staunovo E., *“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti”*, Giuffrè, 2013.

Rubino, *“Delle obbligazioni alternative, solidali, divisibili ed indivisibili”*; cit. 192

Russo R., *“Il ciclone dei mutui subprime: le fragilità di sistema di banche e investimenti”*, in *Controllo di gestione*, 2008.

Schiano di Pepe G., *“Crisi dell’impresa e salvaguardia dell’azienda”*, Cedam, 1995.

Stanghellini, in *“Finanziamenti ponte e finanziamenti alla ristrutturazione”*, in *Fallimento* 2010, 12, 1346

Stanghellini, *“La crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza”*, Mulino, Bologna, 2007.

Tarzia G., *“La tutela del sostegno creditizio alle imprese in crisi”*, *il fallimentarista.it*, 2012.

Tesauro, *“Chiusura delle procedure concorsuali e cessione dei crediti”*;

Tombari U., *“Principi e problemi di Diritto societario della crisi”*, Giustizia Civile, 2013

Ubertazzi T.M., *“Gli accordi per i risanamenti delle imprese in crisi: profili civilistici”*, Jovine Editore, 2015.

Ubertazzi T.M., *“I controlli bancari nei risanamenti d’impresa: profili di responsabilità civile”*, Jovine Editore, 2015.

Urbani A., *“La trasparenza bancaria”*, in *L’attività delle banche*, 2010

Valensise P., *“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare”*, Bologna, 2012.

Vietti M., *“Le motivazioni della riforma fallimentare”*, 2008

Villanacci G., *“I crediti nel fallimento”*, Cedam, 2015.

Zoppini, *“Profili ricostruttivi ed applicativi della cessione dei crediti per imposte dirette”*, *ibidem*, 1997.

## **Siti internet di riferimento**

ABI- ASSOCIAZIONE BANCARIA ITALIANA

[www.abi.it](http://www.abi.it)

BANCA D'ITALIA

[www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it)

NORMATIVA

[www.brocardi.it/legge-fallimentare](http://www.brocardi.it/legge-fallimentare)

CERVED

[www.cerved.com](http://www.cerved.com)

CRIF

[www.crif.it](http://www.crif.it)

RIVISTE GIURIDICHE GIUFFRÈ

[www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it)

IL CASO

[www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

IL FALLIMENTARISTA

[www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it)

RIVISTA TIDONA

[www.tidonagiuridica.it](http://www.tidonagiuridica.it)