

## Omologazione

**Tribunale di Prato, Sez. Fall., 30 marzo 2020, decr. - Pres. e Rel. R. Brogi - Coop. Edificatrice Istria - soc. coop. in liquidazione**

*Accordi di ristrutturazione dei debiti - Omologazione - Controllo del tribunale - Categorie tra i creditori - Riclassificazione - Esclusione - Prova di resistenza - Ammissibilità*

*(Legge fallimentare artt. 182-bis, 182-septies)*

**In sede di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari ex art. 182-septies l. fall. il sindacato del tribunale sulla corretta formazione delle categorie tra i creditori non può spingersi fino a riquilibrare o ridefinire queste ultime secondo i criteri di omogeneità giuridica e di interessi economici. Tuttavia, in applicazione del principio generale di conservazione del contratto è ammissibile la prova di resistenza, per verificare se possano essere mantenuti gli effetti dell'accordo anche quando le categorie non siano state costruite correttamente.**

*Accordi di ristrutturazione dei debiti - Omologazione - Creditore non aderente - Conflitto di interessi - Conseguenze - Esclusione dal computo dei crediti necessari per l'estensione degli effetti dell'accordo - Condizioni*

*(Legge fallimentare artt. 182-bis, 182-septies)*

**Nell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari disciplinato nell'art. 182-septies l. fall. il creditore non aderente che si trovi in conflitto di interessi può essere escluso dal computo del settantacinque per cento dei crediti necessari per chiedere al tribunale di estendere gli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti inseriti nella medesima categoria. Tale esclusione non può essere, tuttavia, riconducibile alla sola decisione unilaterale del debitore, ma necessita di una verifica giudiziale, che tenga conto della distinzione tra conflitto di interessi e contrasto di interessi.**

### Il Tribunale (omissis).

L'art. 182 septies, comma 1, l. fall. prevede, infatti, che: "Quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, la disciplina di cui all'articolo 182-bis, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, è integrata dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto. Restano fermi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari.". Dall'incipit della norma si ricavano due corollari importanti: l'art. 182 septies l. fall., in primo luogo, non è qualcosa di diverso dagli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis l. fall., ma va ad integrare la disciplina prevista in quest'ultima norma nell'ipotesi di composizione qualificata dell'esposizione debitoria nei confronti di banche o intermediari finanziari. In secondo luogo, viene marcata la deroga rispetto ad uno dei principi della disciplina generale dei contratti, i.e. il principio di relatività ex art. 1372 c.c., consentendo che l'efficacia dell'accordo venga estesa, alle condizioni indicate nello stesso art. 182 septies l. fall., anche ai creditori non aderenti. In particolare, il secondo comma della norma appena richiamata prevede che: "L'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182 bis può individuare una o più categorie tra i creditori di cui al primo comma che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei. In tal caso, con il ricorso di cui al primo comma di tale articolo, il debitore può chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima

categoria, quando tutti i creditori della categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria. Una banca o un intermediario finanziario può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria."

Il collegio, anche alla luce di quanto stabilito in merito al controllo di legittimità sostanziale dal precedente della Corte di Cassazione sopra richiamato ritiene che sia compito del tribunale verificare la corretta formazione della categoria e il raggiungimento delle maggioranze prescritte dall'art. 182 septies, comma 2, l. fall. per l'estensione dell'accordo ai creditori non aderenti. Tanto più che lo stesso art. 182 septies, comma 4, l. fall. stabilisce che: "Il tribunale procede all'omologazione previo accertamento, avvalendosi ove occorra di un ausiliario, che le trattative si siano svolte in buona fede e che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo: a) abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti; b) abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative; c) possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.". Non solo: l'estensione degli effetti dell'accordo, come risulta dallo stesso tenore letterale dell'art. 182 septies, comma 2, l. fall.

## Giurisprudenza

# Accordi di ristrutturazione

consegue ad una pronuncia del tribunale in sede di omologazione (*il debitore può chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria ...*), con la conseguente necessità del previo accertamento dei requisiti previsti nei commi 2, 3, 4 dell'art. 182 *septies* l.fall. A tale proposito occorre rilevare che l'art. 182 *septies*, comma 4, lett. c) l.fall. fa riferimento alla necessaria verifica che l'accordo esteso ai creditori non aderenti determini una soddisfazione non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili, imponendo una sorta di *cd. cram down* anche in assenza di opposizione all'omologazione da parte dei creditori non aderenti, affinché vengano estesi loro gli effetti di un accordo al quale non hanno inteso prendere parte. Dando per accertato che nella specie, per quanto già indicato (v. *supra*), sussista la condizione relativa alla presenza di un indebitamento nei confronti delle banche superiore al cinquanta per cento viene in rilievo la questione relativa alla composizione della categoria. La parte ricorrente ha predisposto un'unica categoria di creditori bancari, comprendendo al suo interno sia i crediti ipotecari che quelli chirografari ed evidenziando una percentuale di creditori aderenti pari al 78,78%. Ha poi evidenziato la possibilità del tribunale di riqualificare tale categoria, mediante la suddivisione in due categorie: quella dei creditori ipotecari e quella dei creditori chirografari. In tale seconda ipotesi uno dei due creditori non aderenti (I.) vanta un credito di ammontare tale da non consentire integrato il requisito previsto dall'art. 182 *septies*, comma 2, l.fall., considerato che - nell'ambito della categoria dei crediti chirografari sarebbe superiore non solo al venticinque per cento, ma persino al cinquanta per cento. Sul punto, si richiama quanto già rilevato nel decreto 3 febbraio 2020 e, in particolare, circa la necessaria omogeneità della posizione giuridica ed economica tra le posizioni dei creditori inseriti all'interno della medesima categoria, perché richiesta dall'art. 182 *septies* l.fall. quale condizione per l'estensione dell'adesione prestata dal settantacinque per cento dei creditori anche al venticinque per cento dei creditori non aderenti all'accordo. Non si può parlare di posizione giuridica e interessi economici omogenei tra creditori ipotecari e creditori chirografari. Di conseguenza, nella specie, la presenza di creditori (bancari e finanziari) ipotecari e chirografari rende difficilmente plausibile lo scenario di una medesima categoria. Sul punto non possono essere condivise le osservazioni a pag. 67 dell'attestazione: la circostanza che i creditori ipotecari non abbiano attivato la garanzia reale, sottoponendo ad esecuzione i beni oggetto di iscrizione ipotecaria non fa venir meno la differente posizione - sia giuridica che economica nelle prospettive di realizzazione del credito - rispetto ai creditori meramente chirografari, essendo evidente che i primi - in mancanza di rinuncia espressa alla garanzia (non avvenuta nel caso di specie) mantengono inalterato il diritto (anche in eventuale esito negativo dell'accordo eventualmente omologato) ad una soddisfazione prioritaria sul ricavato del bene.

Per ovviare a possibili censure sul punto la parte ricorrente ha prospettato la riqualificazione delle categorie da parte

del tribunale prevedendo una suddivisione dei creditori in due categorie: ipotecari e chirografari e prospettando il raggiungimento dell'adesione da parte del settantacinque per cento dei creditori in entrambi i casi, ancorché nel caso della categoria dei chirografari mediante la sterilizzazione del credito di I. dallo stesso computo della percentuale indicata nell'art. 182 *septies*, comma 2, l.fall. in relazione ad un ipotizzato conflitto di interesse del creditore non aderente.

Le questioni assai complesse che vengono in rilievo sul punto sono diverse e da verificare analiticamente una ad una.

La prima attiene alla stessa possibilità per il tribunale di riqualificare la categoria predisposta in sede di accordo mediante una suddivisione, *ope iudicis*, in due categorie connotate dall'inserimento di interessi giuridici ed economici omogenei. A tal proposito l'art. 182 *septies*, comma 2, l.fall. parla di categoria o di categorie individuate nell'accordo. Il tenore letterale della norma sembrerebbe, quindi, difficilmente compatibile con un intervento giudiziale di riqualificazione e di suddivisione delle categorie. Le categorie sono individuate mediante l'accordo stesso e su tale accordo non sembra aprirsi uno spazio per un intervento eteronomo di riclassificazione da parte del tribunale. La stessa attestazione (doc. 8) si sofferma (ancorché con considerazioni non condivise dal collegio, v. *supra*) solo sull'ipotesi di un'unica categoria omnicomprensiva.

Considerata la riconducibilità dell'accordo di ristrutturazione alla categoria del contratto sono, tuttavia, applicabili i principi generali contenuti nella disciplina generale di cui agli artt. 1321 ss., a partire dal principio di conservazione (artt. 1367, 1419, 1424 c.c.), ripreso, peraltro, anche in materia di delibere societarie. Di conseguenza, nell'ipotesi in cui non sia corretta l'individuazione della categoria operata in seno all'accordo è possibile ipotizzare - quasi come se si trattasse di una sorta di prova di resistenza - se l'accordo possa reggere a seguito della diversa prospettazione delle categorie in seno all'accordo. Tale valutazione può presentare margini di complessità ardui se si considera che, accanto all'elementare suddivisione in base alla garanzia (*i.e.* tra creditori ipotecari, creditori garantiti da pegno o da fideiussione personale e chirografari), possono ipotizzarsene delle altre (ad es. in caso di linee auto-liquidanti ecc.). Si tratta, pertanto, di ipotesi che presenta margini di applicazione da maneggiare con cura proprio perché l'unico intervento del tribunale è fondato, ma al tempo stesso delimitato, dal principio di conservazione degli atti negoziali, senza alcuna possibilità di modificare l'accordo. Ne consegue che laddove una ripartizione per categorie diversa da quella indicata nell'accordo consenta di soddisfare il requisito di omogeneità della posizione giuridica ed economica, senza alterare il trattamento dei creditori non sembra conforme ad un'interpretazione sistematica, anche alla luce dei principi generali in materia di contratto, fermarsi al solo dato formale dell'art. 182 *septies* l.fall., seppure con il *caveat* sopra precisato.

Dato atto che possono essere prese in considerazione due categorie: quella degli ipotecari e quella dei creditori

chirografari occorre evidenziare che mentre nella prima categoria non si pongono problemi, nella seconda si pone una questione particolarmente ardua, relativa alla mancata possibilità di escludere i creditori non aderenti, per i quali si richiede l'estensione dell'efficacia dell'accordo, dal computo della percentuale del settantacinque per cento. Viene, così, in rilievo la seconda, ancor più complessa, questione relativa alla sterilizzazione del computo dei creditori non aderenti ai quali si vuole estendere l'accordo ai sensi dell'art. 182 *septies* l.fall. dal calcolo per la verifica circa il raggiungimento della percentuale del settantacinque per cento, in ragione del conflitto di interessi ipotizzato dalla parte ricorrente. Si tratta di questione studiata da autorevole dottrina, ma non ancora affrontata nella pratica, quanto meno in precedenti conosciuti dal collegio.

La parte ricorrente, richiama, a tal fine, una pronuncia resa dal massimo consesso di legittimità con riferimento al conflitto di interessi nell'ambito del concordato fallimentare (Cass., S.U., n. 17186/2018), con considerazioni estensibili sicuramente al concordato preventivo. Le Sezioni Unite hanno elaborato - e ritenuto applicabile - la categoria del conflitto di interesse, partendo da dati normativi specifici e in particolare dall'art. 2373 c.c. e 2379 *ter* c.c. (con riferimento alle delibere delle assemblee di capitali), dall'art. 127, commi 5 e 6, l.fall. per il concordato fallimentare e dall'art. 163, comma 6, l.fall. (in materia di proposte concorrenti). Viene altresì in rilievo l'art. 177, comma 4, l.fall. con riferimento al concordato preventivo. Nel caso deciso dalle S.U. *cit.* si è ritenuto dovessero essere escluse dal voto sulla proposta di concordato fallimentare due creditori che appartenevano al medesimo gruppo societario delle proponenti.

Con riferimento agli accordi di ristrutturazione non vi è alcuna disposizione espressa o altra previsione speciale in materia di conflitto di interessi. Ciò è facilmente spiegabile se si considera che l'accordo *ex art.* 182 *bis* l.fall. si fonda sulla *summa divisio* tra creditori aderenti e creditori non aderenti: i primi accettano la proposta fatta dal debitore e sottoscrivono un accordo con quest'ultimo, mentre i secondi devono essere pagati entro centoventi giorni dall'omologazione o dal termine di scadenza del loro credito. Anteriormente all'introduzione degli accordi ad efficacia estesa ad opera dell'art. 182 *septies* l.fall. non si poneva, quindi, neppure astrattamente il problema circa la possibile rilevanza di un conflitto di interessi, così come elaborata nell'ambito del concordato preventivo e nel concordato fallimentare. L'eventuale presenza di situazioni corrispondenti, ad esempio, a quelle tipizzate dall'art. 127, commi 5 e 6 o 177, comma 4, l.fall. era oggetto di regolazione negoziale o non comportava alcuna ripercussione sul pagamento integrale dei creditori non aderenti all'accordo.

L'introduzione dell'art. 182 *septies* l.fall. con riferimento ad una particolare categoria di creditori (bancari e finanziari) ha introdotto la possibilità di estensione degli effetti, in presenza della formazione di una categoria di creditori accomunati da una posizione giuridica ed economica omogenea, sempreché il settantacinque per cento dei

crediti inseriti in tale categoria sia riferito a creditori che abbiano aderito all'accordo e il tribunale estenda, su richiesta del debitore, gli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti. Ciò ha portato alla luce la questione relativa alla possibile rilevanza del conflitto di interessi. Quest'ultimo è, difatti, intimamente collegato al funzionamento del principio maggioritario, come dimostrano le applicazioni in materia di delibere societarie (art. 2373 c.c.), ancorché abbia una vita propria anche all'infuori del funzionamento della regola maggioritaria, come dimostra il caso del contratto del rappresentante con sé stesso (art. 1394 c.c.). In altre parole, la contaminazione dell'art. 182 *septies*, comma 2, l.fall. con il modello di formazione del consenso sulla proposta concordataria - che vede la maggioranza favorevole prevalere sulla minoranza dissenziente, con la possibilità che il concordato, una volta omologato, diventi obbligatorio per tutti i creditori anteriori (art. 184 l.fall.) - porta a chiedersi se possa operare anche nell'ambito degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa (secondo la definizione che ne dà il Codice della crisi, all'art. 61 CCII) la categoria del conflitto di interessi (e in caso di risposta positiva come possa operare). La scelta del legislatore, con l'introduzione dell'art. 182 *septies* l.fall., è stata quella di impedire che il dissenso di una percentuale non superiore al quarto dei creditori inseriti nella categoria possa paralizzare la possibilità di pervenire all'intero accordo o faccia richieste eccessivamente elevate in relazione alle alternative concretamente praticabili.

Se è vero che l'art. 182 *septies* l.fall. innesta nella disciplina degli accordi di ristrutturazione una contaminazione con principi e modelli di natura concordataria ciò non determina una traslazione totale dei primi nei secondi. A prescindere dalla *vexata quaestio* relativa alla natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione (non rilevante nel caso di specie, ma ormai risolta in senso positivo da un consolidato indirizzo maturato nella recente giurisprudenza di legittimità) resta che nell'accordo *ex art.* 182 *bis* l.fall. il consenso dei creditori aderenti sulla proposta del debitore si forma al di fuori della procedura; lo stesso art. 182 *septies* l.fall. introduce il concetto di categoria individuata nell'accordo e non di classe predisposta dal debitore; l'estensione degli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti *ex art.* 182 *septies* l.fall. presuppone una verifica, *ex multis*, circa il conseguimento da parte di questi ultimi di una soddisfazione non inferiore alle alternative concretamente praticabili che nell'ipotesi di creditore dissenziente inserito in una classe all'interno di un piano di concordato preventivo richiede una formale opposizione all'omologazione di quest'ultimo (sempreché ricorrano i requisiti per l'opposizione all'omologazione *ex art.* 180, comma 4, l.fall.). Inoltre, la decisione di omologazione del concordato preventivo da parte del tribunale ne comporta l'efficacia indistinta per tutti i creditori anteriori *ex art.* 184 l.fall. (senza che il tribunale possa escludere tale effetto per uno o più creditori dissenzienti inseriti in una determinata classe), mentre il decreto di omologazione dell'accordo di ristrutturazione in cui sia prevista una categoria di creditori con le caratteristiche di

## Giurisprudenza

# Accordi di ristrutturazione

cui all'art. 182 *septies*, commi 1 e 2, l.fall. potrebbe non dichiarare l'estensione degli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti, in caso di mancato riscontro da parte del tribunale delle condizioni e requisiti previsti nella norma appena richiamata (secondo una condivisibile opzione interpretativa), sempreché sia possibile - in presenza delle condizioni di attuabilità richieste dall'art. 182 *bis* l.fall., ad es. per la presenza di adeguati fondi rischi o di garanzie di terzi - salvaguardare l'accordo nel suo insieme (in virtù dell'applicazione del già citato principio di conservazione). Per tutti i creditori non aventi la qualifica di banche o intermediari finanziari residuano poi le regole dell'art. 182 *bis* l.fall., con la conseguenza che la mancata adesione all'accordo implica la necessità della loro soddisfazione integrale nel termine di centoventi giorni dall'omologazione dell'accordo o dalla scadenza del debito.

Da un punto di vista sistematico, poi, l'art. 182 *septies* l.fall. ricostruisce la disciplina integrativa di quella contenuta nell'art. 182 *bis* l.fall. come ipotesi di deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c. (con una scelta lessicale riproposta negli accordi ad efficacia estesa disciplinati nell'art. 61 CCII). L'art. 182 *septies* l.fall. viene, quindi, costruito come ipotesi di deroga al principio di relatività del contratto di cui all'art. 1372 c.c., consentendo che un accordo concluso nei casi e alle condizioni rispettivamente previsti nel primo e nel secondo comma dell'art. 182 *septies* l.fall. espliciti i propri effetti, sulla base di un'espressa previsione contenuta nel decreto di omologazione, anche ai creditori non aderenti che si vendono, così, imposta la ristrutturazione del loro credito alle condizioni pattuite dal debitore con (almeno) il settantacinque per cento dei creditori appartenenti alla medesima categoria. Ciò porta a chiedersi, in primo luogo, se il legislatore abbia tipizzato le ipotesi di estensione dell'accordo ai creditori non aderenti, ritenendo necessarie sempre e comunque le condizioni stabilite nell'art. 182 *septies* l.fall. e, conseguentemente, se la deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c. non possa subire alcuna estensione analogica. Occorre, in altre parole, stabilire se il legislatore abbia ritenuto di disciplinare, al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 182 *septies*, commi 1 e 2, l.fall., il solo contrasto di interessi tra debitore e creditore non aderente o anche l'eventuale conflitto di interessi di cui quest'ultimo sia portatore.

Primo e inconfutabile dato certo è costituito dalla mancanza negli accordi ad efficacia estesa di cui all'art. 182 *septies* l.fall. di alcuna previsione o di alcun dato normativo da cui ricavare una possibile soluzione, come avviene, invece, nel caso del concordato fallimentare (art. 127, commi 5 e 6 l.fall.) o del concordato preventivo (art. 177, comma 4, l.fall.).

La possibile rilevanza o meno del conflitto di interessi del creditore all'interno dell'accordo con efficacia estesa *ex* art. 182 *septies* l.fall. diventa, quindi, questione da risolvere a livello interpretativo.

Secondo un'interpretazione formale dell'art. 182 *septies* l.fall. - ancorata all'assenza di dati normativi che diano rilevanza al possibile conflitto di interessi del creditore e alla portata derogatoria della norma rispetto al principio di relatività del contratto - la risposta potrebbe essere

negativa. Tanto più che nell'ipotesi del concordato preventivo l'art. 177, comma 1, l.fall. prevede che: "Il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto.". L'approvazione della proposta richiede il voto favorevole della maggioranza dei creditori ammessi al voto. Non sono ammessi al voto i creditori in conflitto di interessi (salva l'ipotesi prevista nell'art. 163, comma 6, l.fall.). L'art. 182 *septies*, comma 2, l.fall. ai fini dell'estensione degli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti richiede che i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentino il settantacinque per cento della categoria.

Nel caso in esame I. vanta un credito di euro 859.000, mentre gli altri creditori chirografari ammontano a complessivi euro 472.000 (compreso quello di B., creditore non aderente). Laddove non si ritenesse valida la rinuncia alla cessione del credito ivi da parte di I. in relazione all'accordo del 2019 - questione particolarmente critica che sarà esaminata più avanti - il credito scenderebbe sì a circa euro 333.000 (v. rel. ausiliari 6 marzo 2020), ma sommato a quello di B. (euro 114.000) farebbe sì che non fosse, comunque, integrato il requisito del settantacinque per cento di crediti aderenti richiesto dall'art. 182 *septies*, comma 2, l.fall. per poter estendere gli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti. A cascata si avrebbe poi la mancata attuabilità della transazione fiscale e la mancata presenza delle risorse per il pagamento dei creditori non aderenti B. e I. In sostanza, ritenere che l'art. 182 *septies* l.fall. regoli anche il conflitto di interessi e non solo del contrasto di interessi insito nella mancata adesione all'accordo farebbe sì che quest'ultimo non sia omologabile.

La ricostruzione di una categoria di creditori cd. qualificati, non solo in termini soggettivi (banche o intermediari finanziari), ma anche in relazione al carattere omogeneo (in termini giuridici ed economici) della categoria in cui sono inseriti e all'operatività di un principio maggioritario (seppure sulla base di una maggioranza, anch'essa qualificata, di almeno il settantacinque per cento) potrebbe portare, tuttavia, a far assumere un qualche rilievo al conflitto di interessi, anche ai fini dell'applicazione dell'art. 182 *septies*, comma 2, l.fall.

Ciò richiede, comunque, alcune precisazioni e distinzioni. La prima riguarda la considerazione in ordine alla circostanza che le tecniche di superamento del conflitto di interessi sono astrattamente due: l'inclusione del creditore in una classe (o categoria nel caso dell'accordo di ristrutturazione) e la sterilizzazione del voto. Entrambe le tecniche sono presenti nel concordato preventivo: la prima per i creditori che presentino la proposta concorrente (con il necessario inserimento in una classe per poter esercitare il diritto di voto, ai sensi dell'art. 163, comma 6, l.fall.) e la seconda nell'art. 177, comma 4, l.fall. Nell'art. 182 *septies* l.fall. non può trovare applicazione la prima ipotesi, non sembrando affatto configurabile, alla luce del tenore letterale della norma, una categoria costituita con il solo creditore non aderente, ma viene in rilievo solo l'ipotesi di possibile sterilizzazione del voto.

La seconda è che, mentre nel concordato preventivo il debitore predispone il piano e la proposta e va a cercare il



consenso su quest'ultima all'interno della procedura concorsuale, dove il giudice delegato può escludere dalle operazioni di voto e dal computo delle maggioranze i creditori in conflitto di interessi, nell'accordo di ristrutturazione la categoria di creditori (bancari e finanziari) di cui all'art. 182 *septies* l.fall. è individuata nello stesso accordo ed è il debitore che chiede di estendere gli effetti ai creditori non aderenti. Nella specie Iстриа chiede che non venga considerato ai fini della verifica del raggiungimento della percentuale del settantacinque per cento il credito di I. Ora è evidente che ciò non può discendere da una decisione unilaterale del debitore che propone l'accordo (o anche del debitore e dei creditori che rappresentino il settantacinque per cento della categoria), ma deve essere oggetto di una verifica giudiziale. In altre parole, se il conflitto di interessi non è espressamente contemplato dall'art. 182 *septies* l.fall. (così come dall'art. 61 CCII, nonostante l'art. 109 CCII, in materia di concordato preventivo, ne preveda, per la prima volta, una codificazione espressa - in termini generali - escludendo dal voto e dal computo delle maggioranze i creditori in conflitto di interessi) è altrettanto vero che la sua rilevanza - esclusivamente all'interno della categoria individuata nell'art. 182 *septies* l.fall., per quanto già rilevato *supra* - deve essere, ove ritenuta ammissibile, oggetto di accertamento e di verifica da parte del tribunale in sede di omologazione.

La terza è che occorre distinguere, tanto più con riferimento al creditore non aderente tra contrasto di interessi e conflitto di interessi, richiamando quanto evidenziato dallo stesso massimo consesso di legittimità nella decisione richiamata in materia di concordato fallimentare: *"Ora, tra chi formula la proposta di concordato (così come, del resto, una qualsiasi proposta contrattuale) e i creditori che tale proposta sono chiamati ad accettare (così come, in genere, i destinatari di una qualsiasi proposta contrattuale) vi è un contrasto di interessi di carattere immanente, coesistente alle loro stesse qualità, essendo l'uno propriamente qualificabile come controparte degli altri: interessato, il primo, a concludere l'accordo con il minor esborso possibile, e gli altri, all'opposto, a massimizzare la soddisfazione dei loro crediti."* (Cass., S.U. n. 17186/2018 *cit.*). Tale contrasto di interessi è da ritenere presente anche negli accordi di ristrutturazione, dove l'accordo risolve all'infuori e prima della domanda di omologazione il contrasto di interessi tra debitore e creditore.

Nell'ipotesi prevista nell'art. 2373, comma 1, c.c., così come nei casi previsti negli artt. 127, commi 5 e 6, 177 e 163, comma 6, l.fall. il possibile conflitto di interesse attiene alla deliberazione assunta *con il voto determinante di coloro che abbiano, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della società* (nella prima ipotesi) o a votare positivamente la proposta di concordato fallimentare o preventivo o concorrente. In sostanza, il conflitto di interessi influisce sulla formazione di una decisione assembleare o su una proposta concordato che diviene vincolante, rispettivamente, anche per i soci dissenzienti o per i creditori non votati e dissenzienti.

In caso di proposta di concordato fallimentare la recente pronuncia delle S.U. (n. 17186, *cit.*) ha sterilizzato il voto

dei creditori che appartenevano allo stesso gruppo societario delle proponenti, mentre con riferimento alla disciplina del concordato preventivo l'art. 163, comma 6, l.fall. prevede il necessario inserimento in una classe per il credito del proponente, quale condizione necessaria per l'esercizio del diritto di voto. Nell'ipotesi in cui si sterilizzi, senza ammettere al voto, il credito di colui che, mediante il proprio voto (positivo), potrebbe rendere vincolante una delibera o una proposta concordataria anche per soggetti contrari all'adozione della prima o alla formazione dell'accordo sulla seconda, in base al principio maggioritario, è possibile richiamare quanto precisato dalle S.U. *cit.* e cioè che: *"Il tema del conflitto di interessi dei creditori nei concordati di massa è stato oggetto di attenzione in dottrina, rinvenendosi in esso, al pari che nelle assemblee societarie, un terreno privilegiato di verifica della tenuta di un principio cardine del diritto privato, quello dell'autonomia negoziale, vista nel suo risvolto negativo di divieto di eteronomia, ossia quale principio di intangibilità della sfera giuridica di ciascuno da parte della volontà altrui. In tale prospettiva, si è condivisibilmente osservato che l'eteronomia nei confronti della minoranza, insita nella regola di prevalenza della maggioranza, applicabile all'approvazione del concordato così come alle assemblee societarie, in tanto è compatibile con il principio dell'autonomia privata, in quanto sia giustificata dalla necessità di realizzare, appunto, un interesse comune a tutti i partecipanti; sicché il principio (di autonomia) è messo in crisi tutte le volte in cui la scelta della maggioranza sia inquinata in maniera decisiva dalla presenza, in capo a taluno dei suoi componenti, di un conflitto di interessi, il quale va pertanto neutralizzato, o 'sterilizzato', come pure suol dirsi."*

Tale ipotesi, a stretto rigore, potrebbe verificarsi, in positivo anche nell'ipotesi di accordo *ex art.* 182 *septies* l.fall. nell'ipotesi di presenza, ad es. di un rapporto tra creditore e debitore corrispondente a quello previsto nell'art. 177, comma 4, l.fall.

Viceversa, l'ipotesi in cui si cerchi di sterilizzare il credito del dissenziente (rispetto alla proposta concordataria) o del non aderente all'accordo la questione diventa più complessa. Non è tanto un problema di ammissibilità: l'art. 2373, comma 2, c.c., seppure con una formulazione diversa da quella prevista nel primo comma della stessa norma, prevede, pur sempre, un'ipotesi di conflitto di interessi di cui è portatore l'amministratore in relazione alla delibera sulla sua responsabilità. È evidente che la *ratio* della norma - che in tale ipotesi preclude il voto all'amministratore - risiede pur sempre in un conflitto di interessi in ordine all'adozione di una decisione a sé sfavorevole.

Il problema della neutralizzazione del voto contrario o della mancata adesione del creditore cd. qualificato inserito in una categoria *ex art.* 182 *septies*, comma 2, l.fall. presuppone, tuttavia, la necessaria distinzione tra conflitto di interessi e contrasto di interessi.

Il primo determina una possibile patologia ai fini della decisione o del voto su una proposta concordataria o sull'adesione ad un accordo secondo il principio maggioritario che viene neutralizzata mediante la mancata considerazione sia ai fini della percentuale totale dei crediti

# Giurisprudenza

## Accordi di ristrutturazione

rilevanti all'interno della classe o della categoria, sia ai fini della manifestazione del voto o dell'adesione.

Il secondo determina, invece, una vicenda fisiologica che può condurre la parte a raggiungere un accordo o ad aderire alla proposta del debitore o a ritenere quest'ultima (o l'accordo proposto) non conveniente al punto da esprimere un voto contrario (sulla proposta concordataria) o da non aderire ad un accordo di ristrutturazione. Conflitto di interessi e contrasto di interessi devono essere tenuti sempre ben distinti e non è sufficiente la mancata composizione del secondo all'interno di un accordo per poter ravvisare la presenza del primo. Le zone grigie diventano, tuttavia, più frequenti in caso di mancata adesione alla proposta di concordato o di accordo e richiedono, comunque, una concreta qualificazione in fatto per poter decidere circa l'eventuale ammissione o non ammissione al voto nel concordato preventivo (e la conseguente mancata considerazione dei relativi crediti ai fini della verifica circa le maggioranze per l'approvazione di quest'ultimo) e la decisione in ordine all'eventuale mancata considerazione nella percentuale del settantacinque per cento del creditore non aderente nei confronti del quale si chiede di estendere gli effetti dell'accordo concluso (anche) *ex art. 182 septies l.fall.* Un importante principio della disciplina dei contratti, non a caso evocato anche in quest'ultima norma, è quello della buona fede, che può venire in rilievo sia come

obbligo di lealtà nelle trattative finalizzate alla conclusione dell'accordo, sia come buona fede esecutiva in relazione alla fase patologica del rapporto che vede la banca o l'intermediario finanziario aver eseguito la prestazione senza aver ricevuto quella del debitore. In tale seconda prospettiva se è vero che la buona fede può specificarsi anche come impegno di salvaguardia, resta fermo che *il soggetto è tenuto a far salvo l'interesse altrui ma non fino al punto di subire un apprezzabile sacrificio, personale o economico.* Ciò significa che la valutazione circa l'adesione all'accordo proposto dal debitore e la possibile sterilizzazione del creditore non aderente al quale si vuole estendere il trattamento della categoria di creditori non possono ampliarsi al punto di andare a sindacare una valutazione di non convenienza da parte del creditore, al di là dei limiti percentuali codificati nell'*art. 182 septies, comma 2, l.fall.*, in mancanza di elementi fattuali che portino a ritenere che il creditore abbia tenuto un comportamento contrario a buona fede. La valutazione di convenienza in ordine alle alternative concretamente praticabili è, infatti, prevista nell'*art. 182 septies, comma 4, l.fall.* per l'estensione degli effetti dell'accordo al creditore non aderente, ma non per superare il limite del settantacinque per cento dei crediti di cui siano titolari i creditori aderenti all'accordo al fine di ottenere l'estensione degli effetti di quest'ultimo anche ai non aderenti. (*omissis*).

## L'efficacia "estesa" degli accordi di ristrutturazione tra principio di conservazione, conflitto d'interessi e contrasto d'interessi

di Ivan Libero Nocera (\*)

L'Autore, muovendo dall'analisi della natura dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e della facoltà del debitore di suddividere i creditori in categorie, si sofferma, in particolare, sulla possibilità per il tribunale di riqualificare la categoria predisposta in sede di accordo mediante una suddivisione *ope iudicis* alla luce del principio di conservazione e sulla questione relativa alla possibile sterilizzazione del creditore non aderente al quale si vuole estendere il trattamento della categoria di creditori in ragione di un ipotizzato conflitto di interessi.

### Premessa

Dopo oltre un lustro dall'introduzione dell'*art. 182-septies l.fall.* ad opera del D.L. n. 83/2015, sul

modello della *sauvegarde financière accélérée* francese (1) e della *Section 895 del Companies Act* inglese del 2006 (*company restructuring - schemes of*

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Introdotta agli artt. 628-1 - 628-7 del *Code de Commerce* dall'ordinanza n. 2014-326 del 12 marzo 2014. Tale procedura contempla una approvazione a maggioranza (dei due terzi dei creditori finanziari) del piano di ristrutturazione, con estensione di effetti ai creditori finanziari minoritari non aderenti, tuttavia a differenza degli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-septies l.fall.* si applica esclusivamente alle imprese che non siano ancora in stato di insolvenza o il cui stato di cessazione dei pagamenti si sia

verificato non più di 45 giorni prima l'avvio della procedura. Si veda in proposito G. Carmellino, *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, in questa *Rivista*, 2015, 1062, n. 40. Tale istituto è stato criticato dalla dottrina transalpina con riferimento all'ambito soggettivo ristretto ai creditori bancari e alla mancanza di riservatezza; come infatti afferma Y. Chaput, *Le droit français de la sauvegarde des entreprises*, in F. Vassalli - F.P. Luiso - E. Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, V, Torino, 2014, V, 177: "*le législateur a retenu la technique compliquée d'une sauvegarde dont la portée ne*

*arrangement*) (2), non è elevato il numero delle decisioni edite della giurisprudenza in argomento, a fronte di una vasta letteratura che si è cimentata con tale disposizione.

Con il decreto in epigrafe, il Tribunale pratese, nel decidere sull'omologazione di un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari, si sofferma sulla questione relativa alla latitudine del vaglio giudiziale con riferimento all'adesione all'accordo del creditore e la possibile sterilizzazione del creditore non aderente al quale si vuole estendere il trattamento della categoria di creditori, compiendo un'ampia analisi anche in chiave sistematica della disciplina dell'istituto di cui all'art. 182-*septies* l.fall.

Il provvedimento in commento si apprezza particolarmente sia perché offre spunti di sicuro momento su questioni inedite (il conflitto d'interessi e il potere officioso di redistribuire i creditori in categorie) sia perché consente di valutare prospetticamente lo sviluppo dell'istituto alla luce del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza di ormai prossima entrata in vigore il quale prevede all'art. 61 gli "accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa". Invero, tale norma riproduce sostanzialmente la disciplina attualmente contenuta all'art. 182-*septies* l.fall. e, perseguendo la finalità di favorire la conclusione di un maggior numero di accordi, consente l'estensione a tutte le tipologie di creditori - e non solo a quelli finanziari - del meccanismo di propalazione degli effetti dell'accordo ai non aderenti ora previsto dall'art. 182-*septies* l.fall., con l'innovativa condizione che l'accordo contempli la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta. Tale propagazione dell'efficacia sarebbe comunque subordinata all'adesione all'accordo dei creditori che rappresentano almeno il settantacinque per cento del totale dei crediti appartenenti alla medesima categoria omogenea per posizione giuridica e interessi economici.

### I presupposti per l'estensione dell'efficacia dell'accordo ai non aderenti

Prima di concentrare l'attenzione sulla possibile rilevanza del conflitto d'interessi nell'accordo di ristrutturazione "esteso" (attualmente limitato a banche e intermediari finanziari), giova osservare come il decreto in epigrafe premetta che tale strumento non rappresenta un istituto autonomo, ma - com'è palese dal tenore letterale del comma 1 della norma - un'integrazione della disciplina generale di cui all'art. 182-*bis* l.fall. con alcune previsioni ulteriori, in relazione alla peculiare ipotesi in cui l'impresa abbia "debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo". Tuttavia, l'inciso contenuto al comma 1 a tenore del quale "restano fermi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari" autorizza l'uso dello strumento - oltre che come autonoma modalità di soluzione della crisi di prevalente natura bancaria - sia all'interno di un accordo di ristrutturazione che comprenda anche creditori non finanziari sia nell'ambito di un piano di concordato preventivo (3).

L'art. 182-*septies* l.fall. stabilisce che l'accordo di ristrutturazione dei debiti "può individuare una o più categorie" tra le banche e gli intermediari finanziari "che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei" (4).

Sebbene si utilizzi il verbo "potere", dalla circostanza che - come si vedrà *infra* - il Tribunale per omologare l'accordo sia tenuto ad accertare l'omogeneità delle categorie si deduce come in presenza di creditori bancari non omogenei la creazione di categorie sia un onere del proponente e non una mera facoltà (5). In presenza di tale omogeneità, con la domanda di omologazione dell'accordo il debitore può dunque chiedere che gli effetti dell'accordo stesso siano estesi anche ai creditori non aderenti appartenenti alla

*concerne que les banquiers! Leur inconvénient majeur tient au fait que la sauvegarde [...] repose sur un jugement qui est rendu publique*".

(2) Cfr. F. Iodice, *Scheme of arrangement tra raccomandazione della Commissione e riforma del Regolamento sulle procedure di insolvenza*, in questa *Rivista*, 2015, 1093. I vantaggi di tale istituto, il quale prevede che la maggioranza dei tre quarti di una classe di creditori possa vincolare gli altri creditori non aderenti all'accordo, che sarà cogente anche per i privilegiati, sono sottolineati da P. Burbidge, *Insolvency procedures in the United Kingdom*, in in F. Vassalli - F.P. Luiso - E. Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, V, Torino, 2014, 293. In merito al confronto tra le esperienze straniere e l'art. 182-*septies* l.fall. si veda la lucida analisi di M. Aiello, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, in *www.ilcaso.it*.

(3) Data l'atipicità che caratterizza la domanda e il piano concordatario, all'interno di questo può ben recepirsi un accordo di ristrutturazione stipulato solo con alcuni creditori: cfr. Trib. Roma 26 maggio 2015, decreto 20/15, ined.

(4) Giova osservare come il criterio dell'omogeneità di interessi economici costituisca un criterio oggettivamente elastico che rappresenta "un indice della volontà di passare dalla tutela *tout court* del credito alla tutela degli interessi, ritenuti un elemento unificante ed aggregante fra i creditori" (così P. Pajardi - A. Palukowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 836).

(5) Sul punto, si vedano le osservazioni di R. Ranalli, *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in *Il Fallimentarista.it*.

# Giurisprudenza

## Accordi di ristrutturazione

medesima categoria, a condizione che “tutti i creditori della categoria siano stati informati dell’avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria” (6).

L’estensione degli effetti trova nondimeno un limite nella concessione di nuovo credito, al fine di preservare l’autonomia della banca nello scrutinio del merito creditizio, lasciando ai creditori aderenti la possibilità di addivenire alla conclusione di nuovi contratti di credito senza però vincolare a ciò i non aderenti (7).

Il Tribunale potrà omologare l’accordo, con il conseguente effetto di estendere gli effetti anche ai creditori non aderenti nell’ambito di una o più categorie, solo dopo aver verificato, avvalendosi eventualmente di un ausiliario, la ricorrenza dei presupposti “sostanziali” e “procedimentali” previsti dall’art. 182-septies, commi 2 e 4, l.fall.

Nella fattispecie oggetto del provvedimento in epigrafe il debitore ha predisposto un’unica categoria di creditori bancari, che racchiude sia crediti ipotecari che chirografari, prevedendo però in via gradata che il Tribunale possa suddividere i creditori in due categorie corrispondenti al diverso grado, sì da rispettare il requisito della necessaria omogeneità della posizione giuridica ed economica tra le posizioni dei creditori inseriti all’interno della medesima categoria. Nondimeno, in questa ipotesi il credito vantato da uno dei creditori non aderenti sarebbe superiore al venticinque per cento, non potendosi perciò integrare il requisito previsto dall’art. 182-septies, comma 2, l.fall. ai fini della propagazione dell’efficacia dell’accordo ai non aderenti (*id est* per l’estensione degli effetti dell’accordo cui hanno aderito i creditori rappresentanti almeno il settantacinque per cento dei crediti della categoria anche ai creditori che non hanno prestato adesione all’accordo). Pertanto, il debitore ricorrente ha

prospettando la sterilizzazione del credito vantato da tale creditore allegando un ipotizzato conflitto di interesse.

### La valenza della suddivisione dei creditori in categorie

Vale concentrare l’attenzione sul profilo dell’onere della distribuzione dei creditori in una o più categorie che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei (8), analogamente a quanto stabilito per le classi concordatarie, a cui dovrà farsi inevitabilmente riferimento in merito al modo in cui individuare e definire tali posizioni e tali interessi. Come anticipato, il debitore può domandare che gli effetti dell’accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengono alla medesima categoria, a condizione che i crediti di cui sono complessivamente titolari le banche aderenti all’interno della categoria rappresentino almeno il settantacinque per cento dei crediti della categoria medesima. Nella fattispecie normativa la previsione di una o più categorie omogenee è un onere ineludibile qualora si voglia ottenere la propagazione degli effetti anche ai creditori non aderenti. Il raggruppamento dei creditori in categorie è unicamente volto a stabilire il procedimento e le modalità con le quali può essere consentita l’estensione dell’accordo ai creditori non aderenti: infatti il debitore forma le categorie solo se e quando, dovendo stipulare l’accordo e poi omologarlo, si rende conto dell’esigenza di estendere gli effetti ai creditori bancari terzi.

Atteso che l’art. 182-septies l.fall. non contempla il metodo del silenzio-assenso - espressamente stabilito dall’art. 178 l.fall. prima della sua abrogazione ad opera della riforma del 2015 - al fine di calcolare la maggioranza dei creditori non possono dunque computarsi coloro che non hanno esplicitamente manifestato consenso alla proposta, in coerenza con la natura contrattuale dell’istituto. Tali creditori si considereranno, quindi, al pari di coloro che hanno

(6) In merito, si veda Trib. Milano 11 febbraio 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

(7) In proposito M. Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, in questa *Rivista*, 2015, 1269, osserva condivisibilmente che “se si vuole leggere la disposizione in modo da renderla efficiente, l’espressione per cui non si può imporre ‘il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti’, va inteso in modo restrittivo. La banca non è obbligata a garantire al cliente di potersi approvvigionare sull’affidamento esistente ma non utilizzato, perché questo si tradurrebbe in un surrettizio nuovo impegno finanziario; tuttavia nei limiti dell’affidamento utilizzato la banca non aderente è vincolata dalla convenzione e deve consentire il normale smobilizzo e il simmetrico riutilizzo”.

(8) Uno dei primi provvedimenti sul nuovo istituto ritiene che si debba “intendere per posizione giuridica la tipologia dell’operazione creditizia da cui il debito trae origine e per interesse economico la tipologia della garanzia di soddisfazione per il creditore, con la conseguente necessità di tenere conto di eventuali garanzie collaterali detenute da alcuni creditori facenti parte della categoria” (cfr. Trib. Forlì 5 maggio 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)). Una successiva pronuncia ha affermato che “l’omogeneità delle posizioni di cui alla citata disposizione può essere individuata nella natura chirografaria delle banche aderenti e nell’identità di trattamento proposto a tutti gli aderenti” (così, Trib. Padova 31 dicembre 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)).



espressamente negato la propria adesione all'accordo e subiranno in presenza dei riferiti presupposti, l'estensione degli effetti previsti dall'accordo per i creditori aderenti appartenenti alla stessa categoria. Il mancato consenso di un creditore finanziario costituisce perciò il risultato della fase di formazione del contratto. Pertanto, non è possibile ipotizzare una categoria di non aderenti in quanto il rifiuto di stipulare l'accordo non influisce sulle peculiarità del credito o degli interessi economici che possono caratterizzare le diverse posizioni creditorie (9). Di conseguenza, qualora non sia possibile comprendere in una categoria una banca dissenziente, non individuandosi alcuna posizione giuridica o interesse economico omogeneo ad altre, non si realizzerà la propagazione degli effetti a tale creditore e questi conserverà il diritto all'integrale pagamento dei crediti come previsto dall'art. 182-bis l.fall.

Nell'accordo ex art. 182-septies l.fall., i pagamenti effettuati ai creditori non aderenti in forza dell'estensione degli effetti dell'accordo con gli aderenti nell'ambito della medesima categoria saranno al riparo dall'eventuale revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. e), l.fall. Infatti, a differenza dei creditori estranei all'accordo pagati integralmente, i creditori che subiscono il meccanismo della propalazione degli effetti riceveranno una prestazione in forza di quanto stabilito nell'accordo e non certo in forza dell'originario titolo costitutivo (10).

### Formazione delle categorie e abuso del diritto

Come confermato dal decreto in epigrafe, al fine di propalare gli effetti ai creditori non aderenti, il debitore avrà l'onere di costruire le categorie in maniera omogenea e di articolare conseguentemente l'accordo in modo tale da poter assegnare a ciascuna categoria un "trattamento di contenuto omogeneo", compatibile con tutti i creditori appartenenti ad essa. Altrimenti, qualora si raggiungesse l'adesione di intermediari finanziari in rappresentanza del settantacinque per cento dei crediti della categoria su una

proposta di contenuto eterogeneo che preveda ad esempio per un creditore una certa concessione di garanzia, per un altro una determinata dilazione, per un altro ancora una riduzione del debito con conversione in strumenti finanziari partecipativi (anche nell'ottica di ristabilire il minimo legale del capitale sociale), non si comprenderebbe quali di tali effetti dell'accordo debba essere esteso ai creditori non aderenti.

È inoltre evidente il rischio di "eterogenesi dei fini" in quanto, dovendo congegnare le categorie in maniera omogenea e proporre effetti parimenti "omogenei" sui crediti, capaci di raccogliere l'elevata percentuale del settantacinque per cento di adesioni, il debitore sarà costretto ad un "compromesso al ribasso", ossia a calibrare la propria proposta per l'intera categoria sul livello dei creditori meno disponibili a concedere ristrutturazioni per i propri crediti.

Qualora infatti, ad esempio, nell'ambito di una stessa categoria, una banca sia disposta ad accettare una dilazione di quindici mesi e un'altra di soli sei mesi, il debitore si vedrà costretto a rinunciare alla dilazione più lunga per proporre quella di sei mesi in quanto questa rappresenta il "minimo comune denominatore" per quella determinata categoria, non potendo creare una categoria *ad hoc* per il creditore "più indulgente", in quanto altrimenti costituirebbe due diverse categorie con creditori aventi posizioni e interessi omogenei.

Inoltre, è sempre in agguato il rischio di un abuso nella formazione delle categorie.

Invero, al pari di quanto accade nelle classi concordatarie, il debitore ha ampia autonomia nella formazione delle categorie e inevitabilmente persegue lo scopo di raccogliere il consenso adeguato all'approvazione della proposta (11). Tale finalità è dunque certamente lecita, ma può essere raggiunta mediante comportamenti che risultano compiuti *per occasionem iuris contra naturalem aequitatem*, ledendo dunque il principio di correttezza che rappresenta una traduzione normativa del divieto di abuso del diritto. Di conseguenza, l'obiettivo dell'autorità giudiziaria dovrà focalizzarsi sulla causa in concreto che regge la creazione di una categoria.

(9) In tal senso cfr. B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in *Giust. civ.*, 2015, 817.

(10) Nella tipologia generale di cui all'art. 182-bis l.fall. una distribuzione dei rischi equa e al contempo efficace comporta che il creditore estraneo all'accordo abbia l'assicurazione di una soddisfazione secondo il titolo costitutivo ma sottoposta alla spada di Damocle della revocatoria, mentre il creditore aderente

che accetta il ridimensionamento delle proprie pretese godrà del beneficio dell'esenzione. Sul punto cfr. A. Gentili, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Dir. fall.*, 2009, I, 633.

(11) Si vedano in proposito le riflessioni di S. Pacchi, *L'abuso del diritto nel concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 2015, 789 e di M. Aiello, *Tre questioni in tema di concordato preventivo: abuso del diritto nella formazione delle classi, atti di frode e legittimazione del liquidatore giudiziale all'esperimento dell'azione di responsabilità*, in *IFallimentarista.it*.

## Giurisprudenza

# Accordi di ristrutturazione

Infatti, tramite l'adozione di una prospettiva euristica che consideri il complesso assetto d'interessi, tenendo conto della causa concreta e dell'intera operazione economica, il Tribunale deve verificare che ciascuna categoria sia sorretta da una ragionevole giustificazione tecnica, senza arrestare la propria indagine alla verifica della sussistenza di caratteristiche astrattamente idonee a rendere una categoria omogenea e differente dalle altre.

Il Tribunale dovrà quindi intervenire imponendo la creazione di nuove categorie o la modifica di quelle costituite, qualora, considerando la complessiva economia dell'operazione, ritenga che il debitore, in spregio al principio generale di buona fede, strumentalizzi l'autonomia riconosciutagli dalla legge (12). Non è peregrino infatti il caso che il proponente "diluisca" i creditori poco esposti, dilatando oltremodo il carattere dell'omogeneità di una categoria in modo da ridurre l'influenza e assoggettarli all'efficacia di quanto stabilito dall'accordo con i creditori aderenti (13).

Pertanto, l'art. 182-*septies*, comma 4, l.fall. riconosce al Tribunale - ricorrendo all'occorrenza anche alla nomina di un ausiliario - il compito di verificare la correttezza del procedimento di formazione delle categorie, accertando che gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle altre banche aderenti che fanno parte della stessa categoria. In altre parole, il Tribunale è tenuto a verificare la ragionevolezza dei motivi di formazione delle categorie in modo da evitare che l'inserimento o meno di un creditore in una determinata categoria abbia l'effetto di manipolare ingiustificabilmente l'esito della votazione.

Giova osservare come la circostanza che la norma parli di estendere gli effetti "dell'accordo" non debba indurre a escludere che, al pari della tipologia "generale" di cui all'art. 182-*bis* l.fall., si possa configurare in una pluralità di accordi collegati. Invero, atteso che, come osservato sopra, in caso di eterogeneità di trattamento non sarebbe possibile individuare quali

effetti estendere ai creditori non aderenti, la pur necessaria omogeneità di contenuto non impedisce al debitore di concludere all'interno di ciascuna categoria separati accordi, tra loro collegati e di contenuto analogo, con ciascun creditore (14).

### La natura contrattuale dell'accordo ex art. 182-*septies* l.fall.

La possibilità - prospettata dal debitore nella fattispecie oggetto del decreto in commento - di riqualificare la categoria predisposta in sede di accordo mediante una suddivisione operata *ope iudicis* al fine di rispettare il requisito dell'omogeneità di posizione giuridica e di interessi economici, presuppone di sciogliere il dilemma relativo alla "questione anagrafica" dell'istituto, ossia di individuarne la natura privatistica o concorsuale. Si tratta, invero, di uno strumento che si colloca "tra color che son sospesi" (15) tra contratto e procedura concorsuale. La previsione del meccanismo di propalazione degli effetti di quanto stabilito dal debitore e dai creditori aderenti anche nei confronti dei creditori terzi potrebbe far propendere per una qualificazione nel senso di procedura concorsuale di tale fattispecie di accordo di ristrutturazione (16).

Vi sono nondimeno numerosi argomenti di natura letterale e sistematica dai quali poter dedurre la natura privatistica della tipologia degli accordi "estesi".

In primo luogo, la stessa lettera della disposizione, là dove al comma 1 precisa che "la disciplina di cui all'articolo 182-*bis*, in deroga al principio consensualistico ex art. 1372 c.c. e alla disciplina del contratto a favore del terzo di cui all'art. 1411 c.c., è integrata dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto", connette l'istituto alle norme sul contratto in generale.

Infatti, innanzitutto si afferma come la nuova figura rappresenti una *species* degli accordi di ristrutturazione disciplinati all'art. 182-*bis* l.fall. Tale inciso indica esplicitamente che la nuova norma dell'art. 182-*septies* l.fall. non inserisce nel sistema un nuovo istituto, ma si limita ad integrare la disciplina

(12) In tema si vedano Trib. Milano 19 luglio 2011, in *Dir. fall.*, 2012, 387 e le osservazioni di E. Bertacchini, *I creditori sono gli unici "giudici" della fattibilità della proposta... con il limite dell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede*, in *Dir. fall.*, 2011, 615.

(13) Si veda in proposito I.L. Nocera, *Abuso del diritto nella formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2012, 387.

(14) Sul punto, invece, ritiene che all'interno di ciascuna categoria sia necessario raggiungere con i creditori un unico accordo L. Varotti, *Art. 182-*septies*. Accordi di ristrutturazione con intermediari*

*finanziari e convenzione di moratoria (Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare - Il parte)*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 7.

(15) *Inferno*, II, 52.

(16) In tal senso, M. Bianca, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in *Dir. fall.*, 2015, 537; M. Perrino, *Gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, in *Dir. fall.*, 2016, 1452 e L. Varotti, *Art. 182-*septies*. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria (Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare - Il parte)*, cit., 6.

generale sugli accordi di ristrutturazione in presenza di alcuni presupposti soggettivi, ossia la sussistenza di debiti verso intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo. Benché la Corte di cassazione abbia più volte affermato l'"appartenenza al diritto concorsuale" dell'istituto "generale" di cui all'art. 182-bis l.fall. (17), ampia letteratura ne ha sostenuto la natura contrattuale (18).

Rispetto alla tipologia contemplata dall'art. 182-bis l.fall., quella "a efficacia estesa" si conferma invero il mancato spossessamento del debitore, la mancanza di un provvedimento giudiziale di apertura del procedimento, l'assenza di un organo che vigili su di esso o a cui sia rimessa la gestione della procedura, la possibilità di un trattamento differenziato per i creditori aderenti, la mancanza di una regola analoga a quella prevista dall'art. 184 l.fall. (19). Inoltre, non vi è alcuna deroga al "modello" di cui all'art. 182-bis l.fall. il quale contempla un controllo del Tribunale successivo al perfezionamento dell'accordo, né alla modalità attraverso cui il debitore è tenuto a raccogliere le adesioni alla ristrutturazione (eccetto, come si vedrà, l'obbligo di informazione sull'avvio delle trattative).

Oltre a ciò, il riferito espresso richiamo alle norme civilistiche in tema di efficacia soggettiva del contratto e di negozio a favore di terzo rivela come il legislatore abbia inteso sottolineare che la previsione dell'estensione degli effetti nei confronti dei creditori terzi della stessa categoria non vale a far assumere all'istituto una natura diversa da quella intrinsecamente contrattuale. L'art. 182-septies l.fall., quindi, conferma e presuppone che anche gli accordi di ristrutturazione già previsti dall'art. 182-bis l.fall. devono qualificarsi come contratto di diritto privato e non già come procedura

concorsuale, altrimenti nell'art. 182-septies l.fall. non sarebbe stato necessario precisare la deroga alle disposizioni codicistiche (20).

In aggiunta, giova osservare come la caratteristica dell'estensione degli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti sia presente anche nella disciplina della convenzione di moratoria, contemplata nella stessa disposizione. Tale nuovo istituto condivide con gli accordi con intermediari finanziari, per espresso rinvio, il presupposto quantitativo (i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti devono rappresentare il settantacinque per cento dei crediti della categoria) e i presupposti qualitativi per l'efficacia dell'accordo verso i terzi: che le trattative si siano svolte in buona fede; che i creditori non aderenti abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli degli aderenti; che i creditori non aderenti abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti; che siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative; e che possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. La natura contrattuale della convenzione di moratoria è resa manifesta dall'utilizzo dello stesso termine "convenzione" che la qualifica esplicitamente in senso negoziale e dalla circostanza che tale strumento non produce alcun effetto protettivo sul patrimonio del debitore.

Confermerebbe la natura contrattuale degli accordi di ristrutturazione la collocazione "topografica" assegnata a tale istituto nel Codice della crisi che alloca la disciplina di tale istituto nel Titolo IV intitolato "Strumenti di regolazione della crisi" il quale a sua volta si compone di "Strumenti negoziali stragiudiziali" (art. 56 CCII) relativo ai piani di risanamento e

(17) Cfr. Cass. Civ. 11 giugno 2019, n. 15724, in questa *Rivista*, 2019, 1011; Cass. Civ. 22 maggio 2019, n. 13850, in questa *Rivista*, 2019, 882; con nota di F. Bonato; Cass. Civ. 8 maggio 2019, n. 12064, in questa *Rivista*, 2019, 1327, con nota di C. Trentini; Cass. Civ. 25 gennaio 2018, n. 1182, *ivi*, con nota di S. Bonfatti, *La natura giuridica dei "piani di risanamento attestati" e degli "accordi di ristrutturazione"*; Cass. Civ. 12 aprile 2018, n. 9087, in questa *Rivista*, 2018, 984, con nota C. Trentini e in *Dir. fall.*, 2019, II, 452, con nota di M. Del Linz; Cass. Civ. 21 giugno 2018, n. 16347, in *www.ilcaso.it*. In contrasto con l'indirizzo espresso dalla giurisprudenza di legittimità cfr. Trib. Reggio Emilia 14 febbraio 2018; Trib. Reggio Emilia 15 febbraio 2018; Trib. Reggio Emilia 19 luglio 2018, tutte in *www.ilcaso.it*, quest'ultima con nota di S. Bonfatti, *Estraneità degli Accordi di Ristrutturazione alla "sfera della concorsualità"*, in materia di prededuzione. L'orientamento della Suprema Corte (e in particolare Cass. Civ. 21 giugno 2018, n. 16347) è stato autorevolmente criticato in dottrina da M. Fabiani, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, in questa *Rivista*, 2018, 288; *Id.*, *Dal Codice della*

*Crisi di Impresa agli accordi di ristrutturazione senza passare da Saturno*, in *www.ilcaso.it*, e da M. Arato, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della crisi e dell'insolvenza*, *ivi*. Per un commento favorevole, si vedano le riflessioni di C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*, in questa *Rivista*, 2018, 984.

(18) Sia sufficiente rinviare a M. Fabiani, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, in questa *Rivista*, 2018, 288; I.L. Nocera, *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2017, 65; L. Balestra, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, in *Corr. giur.*, 2016, 449.

(19) Si veda in proposito M. Fabiani, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *www.ilcaso.it*, 2015, 20.

(20) Sul punto cfr. G. Falcone, *La nuova disciplina delle "convenzioni di moratoria" e l'intervento del professionista attestatore*, in *Dir. fall.*, 2015, 562.

# Giurisprudenza

## Accordi di ristrutturazione

di “Strumenti negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione” (art. 57-64 CCII) relativi agli accordi di ristrutturazione dei debiti, mentre il concordato preventivo e la liquidazione giudiziale sono comprese nel Titolo III relativo alle “procedure di regolazione della crisi dell’insolvenza” (21).

### Assenza di concorso, intervento eteronomo sulle categorie e principio di conservazione

Valga osservare come, a differenza del concordato preventivo e invece similmente alla tipologia “generale” di accordi di ristrutturazione di cui all’art. 182-bis l.fall., nella fattispecie di cui all’art. 182-septies l.fall. non si applichi il principio maggioritario. Quest’ultimo esige la presenza di una “comunità” in senso stretto di creditori o di una “comunione d’interessi” tale da giustificare un meccanismo di formazione collettiva della volontà.

L’accordo di ristrutturazione ex art. 182-septies l.fall. rimette invece al debitore la raccolta dei consensi, senza alcuna regolamentazione che non sia quella di informare tutti i creditori della categoria dell’avvio delle trattative e di metterli in condizioni di parteciparvi in buona fede: non è quindi prevista alcuna forma di votazione o di verifica delle adesioni all’accordo (22). Al contrario della procedura concordataria, la propalazione degli effetti nei confronti dei terzi non è preceduta da un controllo da parte dell’autorità giudiziaria sulla sussistenza dei presupposti per l’ammissione e sulla regolarità della formazione delle categorie: solo in sede di omologazione dell’accordo il Tribunale accerterà la ricorrenza dei presupposti sostanziali e procedurali ai fini dell’estensione degli effetti ai creditori non aderenti. Ancora, diversamente da quanto previsto dall’art. 177 l.fall. per il concordato preventivo, il ricorso allo strumento delle categorie di creditori con posizione e interessi economici omogenei - secondo criteri analoghi a quelli utilizzati per le classi concordatarie - non svolge qui alcuna funzione nella formazione delle adesioni all’accordo, ma è finalizzato solo a stabilire le modalità di propalazione degli effetti ai non aderenti e a scongiurare che questa possa provocare un pregiudizio derivante da una sostanziale disparità di trattamento, ad esempio tra

creditori prelati e chirografari. La stipulazione dell’accordo avviene quindi secondo le regole generali stabilite dall’art. 182-bis, comma 1, l.fall.

Un’ulteriore differenza dell’accordo di ristrutturazione, anche nella tipologia “ad efficacia estesa”, rispetto alla procedura concorsuale di concordato preventivo è costituita dalla mancata riproduzione nella norma dell’inciso contemplato dall’art. 160, comma 1, lett. d), l.fall. per cui il debitore deve prevedere “trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse” e da quello stabilito dal secondo comma della stessa norma, secondo il quale “il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l’effetto di alterare l’ordine delle cause legittime di prelazione”. Tali previsioni nell’ambito del concordato preventivo esprimono residue manifestazioni del principio della *par condicio creditorum* pur nel meccanismo della suddivisione in classi intrinsecamente derogatorio a tale principio.

La circostanza che per le categorie dell’art. 182-septies l.fall. non si ripetano i riferiti incisi conferma come tale fattispecie non configuri una procedura concorsuale ispirata alla *par condicio creditorum*, bensì assuma natura contrattuale soggetta al principio dell’unanimità dei consensi - principio in tale ipotesi attenuato dal meccanismo della divisione in categorie, necessario per estendere gli effetti ai creditori non aderenti. Soprattutto, è di particolare momento che alla figura di cui all’art. 182-septies l.fall. sia estraneo altresì il principio del concorso, ossia l’universalità degli effetti prodotti sul patrimonio del debitore verso tutti i creditori indistintamente, che caratterizza qualsiasi procedura concorsuale. Infatti, la diffusione degli effetti verso i creditori non aderenti si realizza non già con riferimento all’intera collettività dei creditori - atteso che sono espressamente fatti salvi i diritti dei creditori non finanziari - ma neppure con riferimento a tutti i creditori appartenenti alla tipologia degli intermediari finanziari. La propalazione dell’efficacia riguarda invero esclusivamente i creditori inseriti in una determinata categoria a condizioni di omogeneità e comparabilità di condizione creditoria (23). L’obbligo posto in capo al debitore di comunicare ai creditori l’avvio delle trattative e di metterli in condizione di parteciparvi “in buona fede” non è nei confronti di tutti i creditori ma solo degli

(21) In senso contrario si vedano le considerazioni di G.B. Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel codice della crisi e dell’insolvenza*, in questa *Rivista*, 2020, 1045.

(22) Per i diversi orientamenti sull’argomento si vedano C.L. Appio, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in *www.ilcaso.it*, 2015 e G. Fauceglia, *L’accordo di*

*ristrutturazione dell’indebitamento bancario tra specialità negoziale e regole concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2016, 729.

(23) Si vedano in proposito le lucide riflessioni di B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, cit., 817.



intermediari finanziari ai quali il debitore stesso chiede di estendere gli effetti dell'accordo, a condizione che ne preveda una soddisfazione non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. Peraltro, l'accordo di ristrutturazione potrebbe coinvolgere in ipotesi anche un solo creditore se il credito rispecchia i presupposti quantitativi (il 60% dell'indebitamento complessivo).

Del resto, l'utilizzo da parte del legislatore del termine "categorie" in luogo di "classi", utilizzato dall'art. 160 l.fall. con riferimento al concordato preventivo, per designare l'analoga facoltà di dividere i creditori secondo criteri di omogeneità di posizione giuridica e interesse economico, può rivelare l'intenzione del legislatore di distinguere l'istituto dalla procedura concordataria (24).

Infine - ma non per questo di minore rilievo - giova osservare che ai fini della c.d. *consecutio* tra procedure l'art. 69-bis, comma 2, l.fall. si limita a menzionare il concordato preventivo, senza minimamente prendere in considerazione l'istituto degli accordi di ristrutturazione.

Si conferma, pertanto, la natura privatistica degli accordi di ristrutturazione, anche nella tipologia con intermediari finanziari, rivelandosi un "istituto ontologicamente diverso dalle procedure concorsuali, un procedimento che 'veste' (dall'esterno) un 'momento' di natura negoziale, assicurando a quest'ultimo determinati effetti giuridici che, in mancanza di omologazione, non potrebbero determinarsi" (25).

Assunta la riconducibilità dell'accordo di ristrutturazione al paradigma contrattuale, il Tribunale di Prato reputa applicabile il principio di conservazione del contratto assumendo una visuale eteronoma volta a correggere il regolamento negoziale in maniera funzionale ad ottenere l'estensione

dell'efficacia ai creditori non aderenti (26). Pertanto, qualora la suddivisione dei creditori in categorie effettuata nell'accordo non rispetti i requisiti di omogeneità, in forza di detto principio, il Tribunale è autorizzato ad intervenire verificando se con una differente ripartizione dei creditori in categorie permetta di soddisfare il requisito di omogeneità della posizione giuridica ed economica.

Ovviamente la conservazione dell'accordo può avvenire solo a condizione che ciò non stravolga la funzione che le parti abbiano ragionevolmente attribuito allo stesso e dunque solo nell'ipotesi in cui il trattamento riservato ai creditori dall'accordo non sia in alcun modo mutato. Il perimetro dell'intervento giudiziale è, pertanto, strettamente limitato ad un diverso raggruppamento dei creditori in categorie senza mutare in alcun modo il trattamento loro riservato. Tale valutazione inerente alla complessiva operazione negoziale obiettivamente considerata deve essere effettuata in senso oggettivo, con riguardo al rapporto funzionale tra l'articolazione delle categorie e il contenuto cristallizzato nell'accordo che non deve essere in alcun modo alterato in seguito all'intervento giudiziale.

Il principio di conservazione consente all'accordo di ristrutturazione di spiegare i propri effetti legali, vale a dire la propagazione degli effetti ai creditori non aderenti, fermo il vaglio di compatibilità volto ad accertare se la modifica della ripartizione delle categorie incida o meno sull'interesse delle parti ovvero permanga l'assetto di interessi dei contraenti come esteriorizzata nel testo dell'accordo e dunque la funzione complessiva dell'operazione economica programmata dalle parti. Pertanto, la latitudine del giudizio del Tribunale è limitata alla compatibilità tra la nuova distribuzione dei creditori in categorie secondo il criterio dell'omogeneità e il rispetto

(24) In tal senso cfr. C.L. Appio, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, cit.; contra F. Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità" e soluzioni finanziarie, n. 83/2015: un primo commento*, in *Il Fallimentarista.it*, secondo il quale "il Governo ha ritenuto di poter aggirare l'ostacolo disegnando una sorta di procedimento di voto in formato minore, mediante il ricorso al sistema delle classi, anche se, per pudore e per evitare una sovrapposizione concettuale con l'istituto previsto in materia concordataria, le ha questa volta chiamate - aristotelicamente - 'categorie'". Si vedano inoltre le considerazioni di M. Perrino, *Gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, cit., 1446.

(25) Così, una pronuncia del Trib. Milano 2 marzo 2013, in *Giur. it.*, 2013, 2275.

(26) Il principio di conservazione del contratto, avente un carattere meramente descrittivo, si giustifica con la finalità di riconoscere valore ed efficacia alle iniziative delle parti che mantengano

una validità pratico-giuridica. In proposito, si veda in generale G. Stella Richter, *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 410 e, più recentemente, E. La Rosa, *Le rinnovate logiche di conservazione del contratto nell'evoluzione del sistema*, in *Contr. e impr.*, 2014, 942; F. Volpe, *L'interpretazione autentica del contratto tra esigenze di accertamento e principio di conservazione*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 3, 583; P. Perlingieri, *La nullità del contratto fra esigenze protettive e principio di conservazione*, in *Annali Facoltà Economia Benevento*, 2000, 205. Tale principio, cardine della scienza interpretativa civilistica (*Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat*, l. 1. 12 D. *de rebus dubiis* 34, 5), è codificato anche in diversi ordinamenti nazionali e sovranazionali, infatti si rinviene, oltre che nell'art. 1367 c.c. e nei corrispondenti artt. 1157 del *Code civil* e 1284 del *Código civil* spagnolo, anche all'art. 5.101 dei *Pecl*, all'art. 4.1 degli *Unidroit Principles*, e all'art. II - 8:101 del *Draft Common Frame of Reference*.

# Giurisprudenza

## Accordi di ristrutturazione

sostanziale del disegno originario dei contraenti: in tale eventualità si può ragionevolmente affermare che la nuova suddivisione dei creditori risponderebbe comunque all'assetto d'interessi voluto dalle parti, di talché il contenuto dispositivo dell'accordo di ristrutturazione resta idoneo a realizzare la funzione cui il debitore e i creditori l'avevano preordinato.

### Il conflitto d'interessi tra procedure deliberative e soluzioni negoziali

Nella fattispecie al centro del decreto in commento la possibile differente articolazione dei creditori - comunque prospettata dal ricorrente in via subordinata e non operata in via eteronoma - vedrebbe la ripartizione del ceto creditorio in due categorie a seconda della presenza o meno di un diritto reale di garanzia. Tuttavia, creando la categoria composta dai creditori ipotecari non sarebbe possibile raggiungere la percentuale del settantacinque per cento dei crediti degli aderenti prevista dal comma 2 dell'art. 182-septies l.fall. quale requisito per poter ottenere la propagazione dell'efficacia dell'accordo ai creditori non aderenti.

Per poter ottenere l'adesione al piano da parte di almeno il settantacinque per cento dei creditori di ciascuna categoria il ricorrente ha dedotto un conflitto d'interessi in capo ad un creditore non aderente, con conseguente sterilizzazione del suo voto, reputando applicabile il principio scolpito dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 17186/2018 in materia di concordato fallimentare (27).

Giova in proposito rammentare, come la nozione di creditori in conflitto d'interessi sfugge ad una definizione identificabile in termini oggettivi in ambito societario e ancor più in ambito concordatario, là dove è palese la notevole eterogeneità degli interessi personali dei creditori, rievocando alla mente il principio di indeterminazione di Heisenberg per cui certi elementi della materia non sono suscettibili di percezione oggettiva. Espressione di tale difficoltà è l'eliminazione dal Codice della crisi della pur vaga definizione, inclusa in una precedente bozza all'art. 114 CCII, in forza della quale "Sono in conflitto d'interessi i creditori portatori di un interesse in conflitto con il miglior soddisfacimento dei creditori, fatte salve le cause legittime di prelazione".

Il Supremo Consesso nel 2018, partendo dall'individuazione nel concordato del principio di maggioranza con il conseguente effetto vincolante per i creditori dissenzienti, approda alla valorizzazione del principio di autonomia che sarebbe vulnerato "tutte le volte in cui la scelta della maggioranza sia inquinata in maniera decisiva dalla presenza, in capo a taluni dei suoi componenti, di un conflitto di interessi, il quale va pertanto neutralizzato, o 'sterilizzato' come pure suol dirsi". Pertanto, si giustifica l'esclusione dal voto sulla proposta e dal calcolo delle maggioranze del creditore che abbia presentato una proposta di concordato fallimentare nonché delle società che controllano la società proponente o sono da essa controllate o sottoposte a comune controllo.

Stante il silenzio della legge con riferimento alla disciplina del conflitto d'interessi negli accordi di ristrutturazione, al fine di appurare la compatibilità del principio espresso dalle Sezioni Unite in materia di concordato fallimentare e preventivo, vale richiamare la distinzione tra procedure deliberative e procedure negoziali.

Come precisato dal provvedimento del Tribunale di Prato, infatti, "mentre nel concordato preventivo il debitore predispone il piano e la proposta e va a cercare il consenso su quest'ultima all'interno della procedura concorsuale, dove il giudice delegato può escludere dalle operazioni di voto e dal computo delle maggioranze i creditori in conflitto di interessi, nell'accordo di ristrutturazione la categoria di creditori (bancari e finanziari) di cui all'art. 182-septies l.fall. è individuata nello stesso accordo ed è il debitore che chiede di estendere gli effetti ai creditori non aderenti".

Invero, la proposta concordataria è formulata secondo la tecnica della mozione sottoposta all'approvazione dei creditori, la cui deliberazione costituisce l'atto finale di un "procedimento" che si attiva con la presentazione della proposta concordataria e si definisce nel contenuto appunto con l'approvazione conforme dei creditori, che diviene tuttavia vincolante solo in seguito all'omologa del giudice.

Il paradigma concordatario prevede, dunque, un principio di atipicità della proposta di soluzione della crisi e soddisfacimento dei creditori; forme di pubblicità della proposta; la possibilità di operare una falciatura dei crediti privilegiati in termini non deteriori rispetto all'alternativa liquidatoria; una

(27) Si fa riferimento alla sentenza della Cass. Civ. 28 giugno 2018, n. 17186, in questa *Rivista*, 2018, 960, con nota di G. D'Attorre, *Le Sezioni Unite riconoscono (finalmente) il conflitto*

*d'interessi nei concordati*, e in *Giur. it.*, 2018, 2407, con nota di M. Spiotta, *Concordato fallimentare - Chi formula la proposta di concordato non può votarla: il dictum delle Sezioni Unite.*

fase di ammissione alla procedura; un organo della procedura; un meccanismo di voto di tipo maggioritario riservato ai titolari di crediti chirografari o limitatamente alla parte incapiente dei crediti privilegiati (ovvero a coloro che abbiano rinunciato alla causa di prelazione); un procedimento di omologazione, destinato a dare rilievo *erga omnes* al risultato della votazione, vincolando i dissenzienti con effetto esdebitatorio nei confronti dei creditori non aderenti (c.d. *cram down* (28)).

Caratteristica peculiare delle procedure concorsuali è infatti - come anticipato - l'attrazione di tutti i soggetti interessati in una stessa collettività, improntata al principio del concorso: i creditori da gruppo disordinato vengono organizzati all'interno di un quadro di regole che consentono di risolvere i conflitti in ordine alla riallocazione dei diritti sul patrimonio del debitore.

I creditori sono una collettività formata da soggetti disomogenei in una situazione di interdipendenza in quanto accomunati dal medesimo interesse alla massima valorizzazione del patrimonio del debitore (29).

Di conseguenza, le decisioni tra essi nelle procedure volontarie concordatarie non possono che essere improntate alla regola della maggioranza, altrimenti, come intuitivo, vi sarebbe il concreto rischio che l'adozione di una determinata scelta, benché efficiente, sia impedita dalla posizione ostruzionistica o comunque dal potere di veto dei soggetti meno interessati dai suoi effetti (30).

Nella differente ipotesi in cui la situazione patrimoniale del debitore si componga in un contratto tra alcuni interessati riguardante la ristrutturazione dei debiti, la situazione sarà ovviamente ordinata dai generali principi di diritto civile. In tal caso, quantunque le pretese di tutti i creditori siano in concorrenza sullo stesso patrimonio, non si riscontrerebbe

un formale concorso né la formazione di alcuna collettività. Il consenso alla ristrutturazione non si formerebbe all'interno di un procedimento giacché non vi sarebbe alcuna adunanza o votazione (31) tra tutti gli attori interessati, ma originerebbe nell'ambito di un negoziato che coinvolge solo alcuni creditori vincolando solo quelli aderenti.

Nelle procedure che seguono il modello "deliberativo" è comunque presente una componente negoziale là dove il creditore dispone del proprio credito al momento del voto. Tuttavia, perché la deliberazione possa spiegare effetti nei confronti di terzi è necessario che all'atto di autonomia privata segua una pronuncia giurisdizionale di omologazione. In altre parole, l'impossibilità di una preventiva accettazione della regola della maggioranza da parte di tutti i creditori esige che l'imposizione della scelta maggioritaria avvenga attraverso l'intervento del giudice che suggelli la correttezza del procedimento e il raggiungimento della maggioranza (32).

Tale meccanismo caratterizza invero tutte le procedure concordatarie, ovvero sia il concordato preventivo sia il concordato fallimentare sia il c.d. "concordato minore" che con il nuovo Codice sostituirà l'accordo di ristrutturazione attualmente previsto nella disciplina del sovraindebitamento, nelle quali l'approvazione costituisce l'esito di un procedimento deliberativo cui concorrono la dichiarazione di volontà del proponente e l'atto collettivo costituito dalla deliberazione che realizza l'interesse dei creditori.

### Contrasto d'interessi e conflitto d'interessi

Nella fattispecie che occupa il Tribunale di Prato, come descritto, il debitore chiede che un creditore

(28) Il termine *cram down* derivante dalla procedura statunitense, dove il concordato preventivo è in funzione di ristrutturazione aziendale, designa il potere da parte della *Bankruptcy Court* di - *verbatim* - "far ingoiare" ai creditori dissenzienti il *reorganization plan* qualora almeno una delle classi dei creditori abbia votato a favore e se la classe dissenziente non riceva un trattamento iniquo (*fair and equitable standard*). Per una definizione analitica dell'istituto del *cram down* anche in prospettiva comparatistica si veda Trib. Monza 29 giugno 2010, inedito e, in dottrina, G. Bersani, *Il concordato preventivo*, Milano, 2012, 478; L. Panzani, *Creditori privilegiati, creditori chirografari e classi nel concordato preventivo*, in F. Di Marzio, a cura di, *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, 343.

(29) In proposito valga ricordare che, come opportunamente osservato da G. Presti, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari. Qualificazione e disciplina*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 268, il creditore può avere interesse ad agevolare l'adempimento del debitore ed essere "disposto a ridurre - nell'importo o nelle modalità - le sue pretese, in quanto entro certi limiti l'adempimento spontaneo di un *minus* è preferibile alla prospettiva di un'esecuzione forzata per un *maius*".

(30) Si veda, in generale con riferimento alla necessità di non far prevalere la volontà dei singoli e all'esigenza della regola di maggioranza in generale, F. Galgano, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960, 59.

(31) Tuttavia, non è da escludere che l'intero ceto creditorio abbia interessi omogenei in quanto composto assai sovente pressoché interamente da banche le quali potrebbero affidare il compito di gestire, nel loro interesse comune, il negoziato con il debitore in crisi ad un unico soggetto distinto. Si veda sul punto S. Bonfatti - P.F. Censoni, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, 280.

(32) Si fa riferimento alla proposta ricostruttiva offerta da F. Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, 166, il quale con riferimento alle procedure negoziate della crisi d'impresa ha enucleato le categorie giuridiche di "concordato" e di "accordo" ex art. 182-bis l.fall. collocando il concordato nel modello "deliberativo". Si veda in proposito altresì l'analisi di A. M. Azzaro, *Le procedure concordate dell'impresa in crisi*, Torino, 2017, 29.

## Giurisprudenza

# Accordi di ristrutturazione

non aderente all'accordo di ristrutturazione non venga considerato ai fini del computo della percentuale del settantacinque per cento ritenendolo in conflitto d'interesse, con conseguente neutralizzazione della sua mancata adesione all'accordo.

Nell'assenza di una norma puntuale che regoli il conflitto d'interessi nell'ambito dell'istituto di cui all'art. 182-septies l.fall. (ugualmente nell'art. 61 CCII, mentre l'art. 109 CCII in materia di concordato preventivo prevede espressamente l'esclusione dal voto e dal computo delle maggioranze dei creditori in conflitto d'interessi (33)) è doveroso distinguere tra "conflitto d'interessi" e "contrasto d'interessi". Si versa nella prima ipotesi nei casi previsti dagli artt. 1394, 2373, comma 1, c.c., nonché dagli artt. 127, commi 5 e 6, 177, ultimo comma, e 163, comma 6, l.fall. qualora vi sia una contrapposizione ovvero una incompatibilità tra l'interesse individuale - quale quello del socio o del creditore - e l'interesse comune all'intera collettività - ovvero l'interesse della collettività sociale (34) o l'interesse comune dei creditori in quanto ammessi a partecipare al concorso, benché sia assai arduo il tentativo di ricondurre ad un denominatore comune gli eterogenei interessi personali che fanno capo ai creditori (35).

Vi è, invece, "contrasto d'interessi" tra chi formula una proposta contrattuale o concordataria, da una parte, e l'accettante o i creditori chiamati ad accettare la proposta, dall'altra, atteso che i primi hanno l'interesse "a concludere l'accordo con il minor esborso possibile, e gli altri, all'opposto, a massimizzare la soddisfazione dei loro crediti", come specificato da Cass. Civ. Sezioni Unite n. 17186 del 2018. Espressione della netta dicotomia tra contrasto d'interessi e conflitto d'interessi è il contratto con sé stesso validamente concluso. Invero, ai sensi dell'art. 1395 c.c., tale

contratto non è annullabile se sussiste, in via alternativa, l'autorizzazione specifica da parte del rappresentato o la predeterminazione degli elementi negoziali, mentre - come affermato in giurisprudenza - "resta irrilevante il profilo della sussistenza di un concreto rapporto di incompatibilità fra le esigenze del rappresentato e quelle del rappresentante" (36): in questo caso, dunque, è escluso il conflitto d'interessi pur sussistendo tra le parti un chiaro contrasto d'interessi.

Come avvalorato dal Tribunale di Prato, il conflitto di interessi potrebbe essere presente anche negli accordi di ristrutturazione allorché vi sia tra debitore e un creditore un rapporto corrispondente a quello previsto nell'art. 177, comma 4, l.fall. (coniugio, parentela, affinità fino al quarto grado, controllo societario, cessione o aggiudicazione di crediti) là dove il creditore adotti una decisione a sé sfavorevole. Qualora, invece, come nella fattispecie al centro del provvedimento in commento, il creditore reputa l'adesione all'accordo di ristrutturazione non conveniente, si tratterà di un fisiologico contrasto di interessi tra controparti negoziali, atteso che il principio di buona fede esige da ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra, tuttavia, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a suo carico.

Si comprende, dunque, come il Tribunale di Prato affermi che la valutazione sull'adesione all'accordo proposto dal debitore e la conseguente possibile sterilizzazione ai fini del computo della percentuale del settantacinque per cento non possono estendersi fino a "sindacare una valutazione di non convenienza da parte del creditore, al di là dei limiti percentuali codificati nell'art. 182-septies, comma 2, l.fall., in mancanza di elementi fattuali che portino a ritenere che il creditore abbia tenuto un comportamento contrario a buona fede".

(33) Sul punto si rinvia alle lucide riflessioni di G. D'Attorre, *Il voto nel concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2020, 1304.

(34) Si vedano, in proposito, i contributi di P. Montalenti, *L'interesse sociale: una sintesi*, in *Riv. Società*, 2018, 303; C. Angelici, *La società per azioni e gli "altri"*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale sociale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Atti del Convegno - Milano, 9 ottobre 2009, Milano, 2010, 45; D. Preite, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo - G.B. Portale, 3, 2, Torino, 1993, 1; A. Gambino, *Il principio di correttezza nell'assemblea delle società per azioni*, Milano, 1987, 231; P.G. Jaeger, *L'interesse sociale*, Milano, 1972, *passim*; A. Mignoli, *L'interesse sociale*, in *Riv. Società*, 1958, 725.

(35) In tema di conflitto d'interessi in materia concordataria si vedano le lucide riflessioni di M. Fabiani, *Fallimento e concordato preventivo. Volume II. Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014, 227; *Id.*, *Dalla votazione*

*al voto nel concordato fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 578; *Id.*, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in questa *Rivista*, 2009, 437; *Id.*, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 164; G. D'Attorre, *Art. 177, in Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2014, 303; *Id.*, *Il voto nei concordati ed il conflitto d'interessi fra creditori*, in questa *Rivista*, 2012, 757; R. Sacchi, *Il conflitto di interessi fra creditori nel concordato*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, diretto da M. Campobasso - V. Cariello - V. Di Cataldo - F. Guerrera - A. Sciarrone Alibrandi, 3, Torino, 2014, 3136; *Id.*, *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in questa *Rivista*, 2009, 32; *Id.*, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, *ivi*, 2009, 1062.

(36) Così, in termini, Cass. Civ. 19 novembre 2019, n. 29959, in *Notariato*, 2020, 1, 39; Cass. Civ. 7 dicembre 2017, n. 29475, in questa *Rivista*, 2018, 379; Cass. Civ. 15 maggio 2009, n. 11321, in *Imm. e propr.*, 2009, 524.



La buona fede è assunta come principio strumentale a tutela dell'esercizio concreto dell'autonomia privata del creditore, rappresentando il limite interno di qualunque posizione giuridica contrattuale (37). In tale contesto, la clausola generale di buona fede offre al giudice un criterio di giudizio che esige un'analisi empirica dell'assetto economico dell'operazione ed

impone, quindi, che sia rispettata l'effettiva autonomia di scelta del creditore in ordine all'adesione o meno all'accordo, senza poter giustificare un'ingerenza giudiziale volta a sindacare l'interesse proprio del creditore a non aderire alla proposta di ristrutturazione formulata dal debitore.

---

(37) Tale rilievo della buona fede è stato più volte sottolineato dalla giurisprudenza: Cass. Civ. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2168, con nota di M.R. Morelli; Cass. Civ. 19 agosto

1996, n. 7614, in *Giust. civ.*, 1997, I, 107, con nota di Vidiri, fino alla recente Cass. Civ. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2009, 1009.