

Inibitoria nel corso delle trattative

Controllo sostanziale del Tribunale anche nel procedimento cautelare di concessione dell'inibitoria

Tribunale di Roma, 13 marzo 2012 - Pres. Monsurrò - Rel. Di Salvo - C. Impianti S.p.a.

Accordi di ristrutturazione dei debiti - Proposta - Fase anticipatoria - Inibitoria delle misure esecutive e cautelari - Controllo del Tribunale - Estremi - Contenuto

(legge fallimentare art. 182 bis)

In tema di accordi di ristrutturazione dei debiti, il provvedimento di inibitoria delle azioni esecutive e cautelari di cui all'art. 182 bis, settimo comma, l.fall., ha natura cautelare ed è emesso all'esito di un giudizio sommario e prognostico del Tribunale che non può limitarsi ad un controllo meramente formale circa la correttezza della documentazione allegata dal ricorrente, ma deve per contro procedere, sulla base di un'analisi della relazione del professionista allegata all'istanza, alla verifica sostanziale della sussistenza dei presupposti per addivenire all'accordo con almeno in sessanta per cento dei creditori e al pagamento regolare dei creditori estranei.

Accordi di ristrutturazione dei debiti - Proposta - Fase anticipatoria - Inibitoria delle misure esecutive e cautelari - Relazione del professionista - Verifica della veridicità dei dati aziendali - Necessità - Sussistenza

(legge fallimentare art. 182 bis)

La relazione del professionista che, ai sensi dell'art. 182 bis, sesto comma, l.fall., accompagna il ricorso per l'inibitoria delle azioni cautelari ed esecutive nel corso delle trattative volte al perfezionamento di un accordo di ristrutturazione dei debiti, deve avere ad oggetto anche la verifica della veridicità dei dati aziendali del debitore.

Accordi di ristrutturazione dei debiti - Proposta - Fase anticipatoria - Inibitoria delle misure esecutive e cautelari - Relazione del professionista - Responsabilità - Natura contrattuale nei confronti del debitore ed extracontrattuale nei confronti dei terzi

(legge fallimentare art. 182 bis)

La responsabilità del professionista che redige negligenemente la relazione di cui all'art. 182 bis, sesto comma, l.fall., è di natura contrattuale nei confronti del debitore che gli ha conferito l'incarico e di natura extracontrattuale nei confronti dei terzi.

Accordi di ristrutturazione dei debiti - Dichiarazione - Fase anticipatoria - Inibitoria delle misure esecutive e cautelari - Relazione del professionista - Procedimento - Termine per integrazioni istruttorie - Preclusione

(legge fallimentare art. 182 bis)

Non è consentito, nel corso del procedimento volto alla concessione del provvedimento di inibitoria di cui all'art. 182 bis, settimo comma, l.fall., concedere termini per integrazioni istruttorie.

Il Tribunale (omissis).

La società istante chiede che il Tribunale disponga - nella pendenza delle trattative per un accordo di ristrutturazione dei debiti da stipulare con i creditori rappresentati almeno il sessanta per cento dei crediti ex art. 182 bis l.fall. - la tutela cautelare anticipata prevista dal sesto comma di tale articolo (introdotto dall'art. 48, comma 2, D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modifiche dalla L. 30 luglio 2010, n. 122) consistente nel divieto per tutti i creditori di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione nelle more del deposito - entro sessanta giorni - di tale accordo.

È stata effettuata la prescritta pubblicazione della istanza nel registro delle imprese ed è stata depositata la documentazione espressamente prevista dalla norma (proposta d'accordo; autocertificazione attestante la pendenza di trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti; dichiarazione del professionista circa la sussistenza delle condizioni per assicurare il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative; relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; stato analitico ed estimativo delle attività; elenco nominativo dei creditori e relative cause di prelazione).

È stata quindi effettuata la prescritta comunicazione a tutti i creditori, secondo le modalità stabilite dal giudice delegato con provvedimento del 19 dicembre 2011.

All'udienza fissata dell'8 marzo 2012 si sono opposti all'accoglimento dell'istanza diversi creditori dichiaratisi estranei alle trattative.

Altri creditori intervenuti hanno confermato la pendenza delle trattative ed hanno dichiarato di non opporsi alla richiesta sospensione.

Il Collegio - sulla base di tali premesse - osserva quanto segue.

L'inibitoria ex art. 182 bis, sesto comma, l.fall. - pur essendo un provvedimento cautelare emesso all'esito di un giudizio a carattere sommario e di natura prognostica - non può essere evidentemente affidata ad un controllo solo formale sulla sussistenza della documentazione richiesta.

È la stessa norma a contemplare espressamente una verifica anche sostanziale sulla ricorrenza «dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma» nonché «delle condizioni per il regolare pagamento di creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare».

Tale verifica - nel caso di specie - conduce ad una valutazione negativa sotto entrambi i profili (in buona parte connessi).

La disposizione non impone espressamente la necessità di produrre già in questa fase preliminare una relazione attestativa del professionista sull'attuabilità del proponendo d'accordo (o meglio del piano di cui quest'ultimo costituirà concreta attuazione).

Ciò in quanto l'attuabilità non potrà che esser compiutamente valutata - all'esito finale delle trattative - solo dopo la stipula dell'accordo e la conseguente cristallizzazione definitiva della modalità di ristrutturazione dei de-

biti (ed è solo in questo momento successivo che il deposito della relazione attestativa sull'attuabilità viene infatti richiesto - ai fini dell'omologa - dal primo comma dell'art. 182 bis).

Anche nella fase preliminare delle trattative rimane tuttavia ineludibile - come anticipato - un controllo di tipo sostanziale al precipuo scopo di garantire appunto la posizione dei creditori estranei.

L'attestazione del professionista sulla sussistenza delle condizioni per il loro regolare pagamento prevista a tal fine dalla norma in oggetto - deve allora ritenersi inevitabilmente estesa quantomeno alla veridicità dei dati aziendali (come emergenti dalla documentazione allegata dalla società proponente ai sensi dell'art. 161, 2 comma, l.fall.): non si vede infatti come possa essere appurata la ricorrenza di quelle condizioni senza un riscontro sostanziale - di natura preventiva - su dati meramente contabili di provenienza unilaterale.

Ciò significa - con particolare riguardo al dato più significativo rappresentato dalle "attività" - che il professionista deve necessariamente relazionare sui riscontri effettuati per le singole poste e offrire un'adeguata motivazione sulla conferma (o meno) dei valori nominali espressi dalla società nella sua documentazione contabile: ciò per consentire all'organo giudicante - ed ancor prima ai creditori estranei (anche a tal fine convocati) - un'autonoma verifica sull'adeguatezza e sulla coerenza logica dell'iter argomentativo posto in essere.

L'esigenza appare tanto più avvertita quando alcuni dei suddetti creditori - come nella fattispecie - abbiano manifestato espressa opposizione all'inibitoria.

In sostanza il profilo della attuabilità/fattibilità deve essere vagliato su un piano ancorato, oltre che alla logicità intrinseca del piano, anche alla coerenza e persuasività motivazionale della relazione attentatrice.

Tale assunto muove necessariamente dalla premessa concettuale secondo cui il professionista è tenuto comunque ad attestare, in primis, la veridicità dei dati aziendali, nonostante tale attestazione non sia espressamente richiamata dalla predetta norma, come invece accade per il concordato preventivo nell'art. 161, terzo comma, l.fall. (cfr. sul punto, decreto Trib. Milano 10 novembre 2010).

Se, infatti, non vi fosse la certezza dell'entità e della qualità dell'esposizione debitoria complessiva del ricorrente, ne conseguirebbe la completa, inaffidabilità delle valutazioni inerenti all'attuabilità degli accordi ed alla loro idoneità a garantire il pagamento regolare dei creditori estranei.

Il controllo e la conseguente assunzione di responsabilità dell'attestatore - sulla veridicità dei dati contabili a consuntivo (e quindi relativamente ad una situazione patrimoniale aggiornata) è quindi il presupposto logico e fattuale indefettibile della successiva valutazione di attuabilità/fattibilità, con la conseguente necessaria responsabilità dell'attestatore (di natura contrattuale verso il debitore proponente-committente, e di natura normalmente extracontrattuale verso la generalità dei creditori e/o dei terzi interessati) per l'eventuale colposa erroneità della

verifica stessa o per la dolosa falsificazione dei relativi dati.

Tale idoneità appare nella circostanza evidente.

Il professionista incaricato non ha svolto un'attestazione nel senso innanzi indicato, evidenziato di non avere avuto «modo di verificare le considerazioni poste alla base delle stime e delle citate rettifiche, né di valutare la coerenza temporale tra il progetto di dismissione immobiliare ed il prefissato periodo di 36 mesi successivi all'omologa per l'integrale esecuzione delle previsioni contenute nell'accordo di ristrutturazione».

Le osservazioni che precedono assumono rilevanza riflessa - com'è ovvio - anche sotto il profilo connesso (ed in realtà preliminare) della contestuale verifica sulla sussistenza dei presupposti per pervenire alla stessa stipula dell'accordo di ristrutturazione: la mancanza di alcun riscontro sostanziale sulle attività rappresentate dei crediti - come emergenti solo formalmente dai dati contabili offerti dalla società - non consente infatti alcuna prognosi positiva su un esito finale delle trattative inevitabilmente legato alla previa verifica - esterna - sull'effettiva sussistenza e concreta esigibilità di tali crediti.

Peraltro l'attestazione appare redatta esclusivamente dietro l'osservazione dei dati aziendali per come rappresentati nella situazione patrimoniale aggiornata al 31 agosto 2011, senza nessuna attività di riscontro esterno a detta produzione documentale.

Ciò determina un difetto di razionalità nell'attestazione particolarmente evidente nel caso di specie in cui l'atto è costituito per una parte rilevante di crediti.

Non risultano, peraltro, effettuati riscontri verso i debitori per i crediti dedotti; non risulta effettuato alcun vaglio di solvibilità dei debitori.

Risulta altresì incoerente il giudizio sulla fattibilità in quanto fondato su valori dell'attivo non sottoposti a razionale verifica (cfr. la mancanza di circolarizzazione dei crediti).

Resta solo da precisare che le riscontrate carenze non sembrano consentire - almeno in questa fase - possibili integrazioni; la natura cautelare del presente giudizio ne implica una celerità - anche nell'interesse delle posizioni creditorie coinvolte - difficilmente conciliabile con ulteriori complessi supplementi istruttori (da escludere anche in base al tenore letterale dell'art. 182 bis, sesto comma ove si prevede che il Tribunale «nel corso dell'udienza, riscontrata la sussistenza dei presupposti ... dispone con decreto motivato ...»).

Tale inevitabile "contrazione" procedimentale appare del resto coerente con il termine assai ristretto (non superiore a sessanta giorni) previsto - nell'ipotesi di concessione dell'inibitoria - per il successivo deposito dell'accordo di ristrutturazione (sembrando logico ritenere che in caso di ulteriore rinvio - a fronte di una ricorso presentato già da oltre tre mesi - la C. Impianti S.p.a. dovrebbe medio tempore trovarsi nelle condizioni di concludere comunque l'accordo e di avvalersi così - in attesa dell'omologa - della sospensiva "automatica" prevista dal terzo comma dell'art. 182 bis).

(*Omissis*)

L'inibitoria delle azioni cautelari ed esecutive nel corso delle trattative di un accordo di ristrutturazione dei debiti: profili processuali e di merito

di Leonardo Masi (*)

Il Tribunale di Roma affronta il delicato tema dell'ambito dei poteri del Tribunale in sede di concessione del provvedimento di inibitoria delle azioni esecutive e cautelari nel corso delle trattative propedeutiche al raggiungimento di un accordo di ristrutturazione dei debiti. Un tale controllo, ad avviso del collegio romano, non può ridursi alla mera verifica dell'esistenza e completezza della documentazione prescritta dal legislatore, ma deve, per contro, estendersi ad uno scrutinio in ordine alla sussistenza dei presupposti per addivenire al perfezionamento dell'accordo e al regolare pagamento dei creditori estranei, scrutinio da operarsi innanzitutto attraverso l'esame della relazione del professionista. Proprio in ordine alla relazione, il decreto si occupa del ruolo assegnato al professionista nella fase cautelare, affermando che anche in tale ambito egli è tenuto a verificare la veridicità dei dati aziendali. Il provvedimento in esame offre infine l'occasione per una breve panoramica su alcune questioni, sia processuali che di merito, generate dalle disposizioni che regolano il procedimento cautelare strumentale al perfezionamento degli accordi di ristrutturazione. Peraltro, alcuni degli argomenti trattati dal Tribunale di Roma sono stati oggetto di recentissime modifiche, introdotte dall'art. 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 ("Misure urgenti per la crescita del Paese", c.d. Decreto Sviluppo) e delle quali, pertanto, sarà dato conto nella nota di commento.

1. Il decreto del Tribunale di Roma

Con il decreto in commento, il Tribunale di Roma

Nota:

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

ha respinto il ricorso proposto da una società per azioni che chiedeva, ai sensi dell'art. 182 bis, sesto comma, l.fall., disporsi, nel corso delle trattative finalizzate al raggiungimento di un accordo di ristrutturazione dei debiti con almeno il 60 % dei creditori, il divieto di iniziare o proseguire nei suoi confronti azioni cautelari o esecutive, nonché di acquisire titoli di prelazione non concordati.

Ad avviso del Tribunale adito, il procedimento scandito dall'art. 182 bis, commi da sesto a ottavo, l.fall. ha natura cautelare e sommaria, ma ciononostante il controllo cui è chiamata l'autorità giudiziaria non può ridursi alla mera verifica formale dell'esistenza della documentazione prescritta, dovendo per contro estendersi allo scrutinio sostanziale circa la sussistenza sia delle condizioni per pervenire al prospettato accordo con una massa di creditori che superi la soglia prevista, sia, soprattutto, della possibilità di assicurare ai creditori estranei alle trattative il regolare pagamento.

Proprio in ragione delle caratteristiche della funzione di controllo attribuita al Tribunale sin dalla richiesta di inibitoria nel corso delle trattative, nel decreto in commento si afferma che, pur non essendo espressamente prescritta dal legislatore l'allegazione dell'attestazione del professionista circa l'attuabilità del piano e il regolare pagamento dei creditori estranei, detta valutazione deve necessariamente anticiparsi alla richiesta di inibitoria ed essere estesa quantomeno alla veridicità dei dati aziendali forniti dall'imprenditore.

Ciò in quanto la certezza in ordine all'entità dell'attivo e del passivo costituisce il presupposto logico indefettibile per ogni valutazione di attuabilità del piano che supporta l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 bis, l.fall.

Con la conseguenza che ove il professionista attestatore non proceda alla menzionata verifica di veridicità, ovvero essa risulti colposamente erronea, scaturisce la responsabilità risarcitoria, di natura contrattuale nei confronti del debitore, e di natura extracontrattuale nei confronti dei terzi.

Nella fattispecie sottoposta all'esame del Tribunale di Roma, l'attestatore aveva dichiaratamente ommesso di riscontrare le stime dell'attivo della società debitrice, così da rendere impossibile, si legge nel decreto in commento, «alcuna prognosi positiva su un esito finale delle trattative».

In particolare, essendo una voce rilevante dell'attivo quella dei crediti vantati verso terzi, il professionista avrebbe dovuto operare un riscontro attraverso la loro circolarizzazione.

Sotto il profilo processuale, il Tribunale ha anche

avuto modo di precisare che le censurate lacune istruttorie non sono emendabili attraverso integrazioni nel corso del procedimento, che, stante la sua natura cautelare, esige una celerità inconciliabile con supplementi istruttori.

2. L'inibitoria di cui all'art. 182 bis, settimo comma, l.fall. Alcuni spunti di riflessione

Il decreto in rassegna costituisce uno dei primi e più interessanti approdi della giurisprudenza di merito in tema di moratoria sulle azioni esecutive e cautelari in danno del debitore nel corso delle trattative che egli abbia attivato al fine di giungere al perfezionamento di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis, l.fall. (1).

Un tale istituto, si ricorderà, è stato introdotto nella l.fall. dalla mini riforma del 2010, segnatamente dall'art. 48, D.L. 31 maggio 2010, n. 78, in vigore dal 31 maggio 2010 e convertito, con modificazioni, dalla L. 30 luglio 2010, n. 122 (G.U. n. 176 del 30 luglio 2010 - Suppl. Ordinario n. 174), entrata in vigore il 31 luglio 2010, che ha inserito i commi da sesto a nono dell'art. 182 bis, l.fall.

La novità di cui stiamo discorrendo risponde all'esigenza di preservare il debitore che abbia in corso trattative per la conclusione di un accordo di ristrutturazione dall'aggressione disordinata dei propri creditori, così da anticipare l'effetto protettivo sino a quel momento disposto solo dal terzo comma dell'art. 182 bis in quanto conseguente al deposito dell'accordo, già raggiunto, presso il registro delle imprese. È circostanza notoria che le trattative prope-

Nota:

(1) È ormai vastissima la letteratura sugli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.fall.. Tra i tanti interventi: S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare*, in questa Rivista, 2005, 949 ss.; G. Fauceglia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005*, *ibid.*, 1448; C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa Rivista, 2006, 129; C. Presti, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, *ibid.*, 171; G. B. Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *ibid.*, 670; F. Dimundo, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la "meno incerta" via italiana alla reorganizzazione*, in questa Rivista 2007, 703; C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*, *ibid.*, 188; M. Fabiani, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla "reorganizzazione"*, in *Foro It.* 2006, I, 263; M. Fabiani, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182 bis, l. fall.*, *ibid.*, I, 2564; S. Ambrosini, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario* diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna 2006-2007, sub art. 182 bis, 2533; G. Fauceglia, in *Codice commentato del fallimento* a cura di Lo Cascio, Milano 2008, sub art. 182 bis, 1604; P. Valensise, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Torino, 2006; S. Bonfatti-P. F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, IV ed., Padova, 2001.

deutiche al raggiungimento dell'accordo, spesso articolate ed indirizzate verso più direzioni, si estendono per un arco temporale vasto, che come tale non consente nella maggior parte dei casi al debitore di affrontare i creditori, o alcuni di essi, con la serenità derivante dalla protezione da azioni individuali incompatibili con il piano di ristrutturazione e con la sua attuazione (2). In sede giurisprudenziale era stato affermato ciò che peraltro appariva, dal contesto normativo previgente, ineludibile, e cioè che la mera presentazione di una proposta di accordo di ristrutturazione, quand'anche il debitore fosse riuscito a depositarla presso il registro delle imprese, non faceva conseguire alcun effetto (3), essendo per contro necessaria, al fine di rendere inefficaci le azioni cautelari ed esecutive, l'integrazione normativa poi intervenuta e qui oggetto di trattazione (4).

Se da un lato la scelta di esaltare la fase delle trattative a momento giuridicamente rilevante in punto di effetti protettivi del patrimonio del debitore che abbia optato, con sufficiente serietà, per il ricorso ad uno dei nuovi strumenti della soluzione concordata della crisi d'impresa, appare meritorio in quanto rispondente ad un'esigenza effettiva degli operatori, dall'altro ha generato una serie di problematiche interpretative ed applicative di cui la giurisprudenza, allo stato solo di merito, si sta facendo carico (5).

Problematiche che traggono origine, direttamente o indirettamente, dalla circostanza per cui il sistema delineato dai commi da sesto a ottavo dell'art 182 bis rappresenta un vero e proprio procedimento autonomo, caratterizzato da una fase d'impulso, da una di verifica dei presupposti prescritti dal legislatore e infine da una decisoria, culminante con l'emissione del decreto di inibitoria o di rigetto del ricorso.

Ciascuna di tali fasi genera alcuni interrogativi, processuali e di merito, che si passano sinteticamente in rassegna, lasciando in disparte i profili affrontati dal decreto del Tribunale di Roma in commento, sui quali sarà opportuna una più approfondita disamina nel prosieguo del presente intervento.

Intanto, il nuovo strumento è stato correttamente inquadrato, anche dal decreto in commento, nell'ambito dei provvedimenti cautelari a cognizione sommaria (6). Tale natura è riscontrabile dalla strumentalità degli effetti dell'inibitoria rispetto ad altro provvedimento giudiziario, segnatamente quello dell'omologazione dell'accordo, tanto che l'efficacia del decreto di accoglimento dell'istanza è destinato

Note:

(2) Ad una tale esigenza non poteva né può ovviare l'art. 15, ottavo comma, l.fall., che come noto prevede che il Tribunale, nel corso del giudizio per la dichiarazione di fallimento, possa emettere provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio del debitore. Infatti, da un lato, lo strumento presuppone, appunto, la pendenza di giudizio prefallimentare, ciò che quindi preclude all'imprenditore che non abbia subito una tale iniziativa l'accesso alla tutela anticipatoria in funzione del perfezionamento dell'accordo di ristrutturazione. Dall'altro, è stato affermato (Tribunale Prato 4 febbraio 2011, in www.ilcaso.it) che l'utilizzo dell'art. 15, ottavo comma, l.fall. per ottenere l'inibitoria delle azioni esecutive e cautelari in vista di un accordo di ristrutturazione si sostanzierebbe nella non consentita anticipazione degli effetti della dichiarazione di fallimento o degli effetti ricollegati all'attuazione di istituti tipici previsti dal legislatore (concordato preventivo o accordi di ristrutturazione).

(3) Tribunale Vicenza 21 dicembre 2009, in www.ilcaso.it.

(4) L'esigenza di protezione del debitore che intende misurarsi con la crisi della propria impresa è avvertita anche dal recentissimo art. 33, D.L. 22 giugno 2012, n. 83, cit.. In particolare, l'art. 33, primo comma, lett. b), n. 4), del d.l. 83/2012, innovando la disciplina del concordato preventivo, ha introdotto il sesto comma dell'art. 161 l. fall., il quale prevede che: «L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni. Nello stesso termine, in alternativa e con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, il debitore può depositare domanda ai sensi dell'articolo 182 bis, primo comma. In mancanza, si applica l'articolo 162, commi secondo e terzo». Evidentemente, la *ratio* sottesa a tale intervento è quella di anticipare gli effetti protettivi di cui all'art. 168 l.fall., tanto da renderli operativi con il mero deposito di un'istanza priva del piano e della proposta, nonché dei complessi e notevoli contenuti documentali di cui all'art. 161, secondo e terzo comma, l.fall. (si segnala inoltre che, nella medesima ottica di rafforzamento della tutela del debitore da aggressioni al proprio patrimonio, l'art. 33, primo comma, lett. c), n. 2), D.L. n. 83/2012 ha aggiunto al terzo comma dell'art. 168 l.fall. il seguente periodo: «le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato»).

(5) Tra i primi commenti sulle novità normative del 2010, A. Di-done, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: presupposti, procedimento ed effetti dell'anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi*, in *Dir. Fall.* 2011, 1, 8; G. B. Nardecchia, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista* 2011, 705; G. Carmellino, *Riflessioni sul procedimento cautelare ex art. 182 bis, sesto comma, ibid.*, 1223; M. Fabiani, *L'ulteriore up grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista* 2010, 902.

(6) Sui procedimenti cautelari: C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2010, Vol. III, 235 ss.; P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano 2009, Vol III, 183 ss.; S. De Matteis, *La riforma del processo cautelare*, Milano 2006. In linea con il decreto M. Fabiani, *L'ulteriore up grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit.; G. Lo Cascio, *Finanziamenti alle imprese in crisi: nuove garanzie alle banche*, in *Corr. Giuridico* 2010, 1265. Contesta invece la natura cautelare del provvedimento in questione M. Montanari, *La protezione dell'imprenditore in crisi*, in M. Fabiani - A. Guiotto (a cura di), *Il ruolo del professionista nei risanamenti aziendali*, Torino, 2012, 127 ss. per il quale difetta il connotato della strumentalità fra provvedimento di cui all'art. (segue)

ad esaurirsi - in ogni caso - per il decorso del termine previsto dal legislatore, vale a dire non oltre sessanta giorni, entro i quali il debitore è tenuto a depositare l'accordo di ristrutturazione. Infatti, sia che l'accordo non venga depositato (nel qual caso la cessazione degli effetti deriva dallo spirare del termine, analogamente a quanto previsto dall'art. 669 *novies*, primo comma, c.p.c.), sia che l'accordo venga depositato (ed allora gli effetti inibitori proseguono, ma in forza di altra norma, segnatamente l'art. 182 *bis*, terzo comma, legge fallimentare), non vi è spazio per l'ultrattività del decreto cautelare (7).

Si è visto che attraverso il deposito dell'istanza di inibitoria di cui al sesto comma dell'art. 182 *bis*, l.fall., il debitore può anticipare l'effetto protettivo sul proprio patrimonio da azioni cautelari o esecutive, nonché dall'acquisizione di titoli di prelazione, nelle more della definizione dell'accordo di ristrutturazione. È stato chiarito di recente, da attenta giurisprudenza, che lo scopo perseguito dal legislatore con il blocco delle azioni esecutive e cautelari nel corso del procedimento di omologa dell'accordo di ristrutturazione, oggi anticipato alla fase delle trattative, non è quello, ad esempio conseguito dall'art. 168, l.fall. per il concordato preventivo, di evitare la concorrenza tra azioni esecutive individuali e collettive e di assicurare ai creditori il mantenimento delle condizioni di parità del concorso, quanto piuttosto quello di agevolare l'esito favorevole di una soluzione negoziale della crisi di impresa che, notoriamente, è messa a repentaglio delle iniziative disordinate ed autonome dei singoli creditori (8). Tanto premesso, si è posto il problema dell'assimilazione o meno alle "azioni esecutive" di cui all'art. 182 *bis*, terzo, sesto e settimo comma, l.fall., dell'istanza di fallimento, quesito risolto in senso negativo dalla giurisprudenza dominante (9).

Note:

(segue nota 6)

182 *bis*, settimo comma, ed il successivo giudizio di omologazione. In sostanza, secondo l'A., il provvedimento di cui al settimo comma dell'art. 182 -*bis* non sarebbe qualificato da una precipua funzione volta a garantire l'efficacia di una successiva decisione di merito, che è tipica della giurisdizione cautelare: «se proprio si vuole, dunque, un rapporto di strumentalità si lascia apprezzare, ma rispetto all'accordo con i creditori e non alla relativa omologa: e poiché a godere di assicurazione in via cautelare possono essere solamente gli effetti di altro provvedimento giurisdizionale, è evidente che qui, di tutela cautelare, non si possa parlare, perlomeno in quell'accezione tecnica che sola permetterebbe (...) di integrare le lacune della presente disciplina di legge mediante rinvio alle regole del procedimento cautelare uniforme ex artt. 669 *bis* ss. c.p.c.».

(7) In questi termini, A. Didone, *Gli accordi di ristrutturazione dei*

debiti, cit.. Il provvedimento di cui all'art. 182 *bis*, settimo comma, l.fall. è perciò da ricondursi nell'ambito della vasta categoria dei provvedimenti cautelari, tra quelli non anticipatori, come tali insuscettibili di mantenere efficacia in assenza dell'introduzione del successivo procedimento rispetto al quale essi sono strumentali. Tuttavia, come si è visto *supra* (v. nota 2) l'ottavo comma dell'art. 182 *bis*, l.fall. è stato integralmente riscritto dall'art. 33, primo comma, lett. e) n. 5), D.L. n. 83/2012. Sulla base della novità normativa è oggi consentito al debitore che ha ottenuto l'inibitoria di cui al settimo comma, di depositare, in alternativa all'accordo di ristrutturazione, un ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo. In tal caso la norma prevede che "si conservano gli effetti di cui ai commi sesto e settimo", così prospettando quell'ultrattività del decreto di inibitoria che invece in caso di deposito dell'accordo di ristrutturazione non vi è (in quanto gli effetti sono assicurati dal terzo comma della medesima disposizione). Peraltro, a ben guardare, l'integrazione dell'ultima parte dell'ottavo comma dell'art. 182 *bis*, l.fall., prevista dal Decreto Sviluppo, è forse superflua, atteso che con il deposito del ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, oggi addirittura nella forma semplificata di cui all'art. 161, sesto comma, l.fall., si determinano - in forza dell'art. 168 l.fall. - quegli identici effetti protettivi previsti dal decreto di cui all'art. 182 *bis*, settimo comma, l.fall.

(8) Tribunale Bologna, 17 novembre 2011, in www.ilcaso.it.

(9) Corte Appello Milano, 21 giugno 2011, in www.ilcaso.it; Tribunale Milano, 15 ottobre 2009, *ivi*. Piuttosto, il vero nodo problematico si sposta sul piano processuale, in particolare per quanto attiene al rapporto tra le due iniziative: la domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione (oggi anche l'istanza di inibitoria) da un lato, e l'istanza di fallimento dall'altro. In particolare, se la seconda, una volta ritenuta ammissibile, è procedibile in pendenza della prima. La soluzione affermativa, cui è giunta una parte della giurisprudenza di merito, muove dalla premessa per cui l'accordo di ristrutturazione è strumento alternativo al fallimento, attesa la sua idoneità, naturalmente da verificare nel giudizio di omologa, a superare lo stato di insolvenza, per concludere che di fronte ai due procedimenti il Tribunale dovrebbe riunirli, trattando prioritariamente quello di omologa dell'accordo di ristrutturazione rispetto a quello di dichiarazione di fallimento. In questo senso, F. Rolfi, *Gli accordi di ristrutturazione: profili processuali e ricadute sostanziali*, in questa *Rivista*, 2011, 107; Tribunale Milano, 10 novembre 2009, in questa *Rivista* 2010, 195 con nota di M. Fabiani, *Competizione fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, il quale invece sostiene che l'istanza di fallimento, anche del P.M., sarebbe preclusa dal blocco delle azioni esecutive. Ci si domanda oggi se la tesi della procedibilità delle istanze di fallimento sia sostenibile anche in caso di contestuale pendenza non ancora del procedimento di omologa dell'accordo, bensì solo di quello attivato con il deposito dell'istanza di inibitoria ex art. 182 *bis*, sesto comma, l.fall. La soluzione preferibile appare quella affermativa, atteso che l'anticipazione nel corso delle trattative di effetti importanti quali quelli inibitori depone nel senso di ritenere che il legislatore abbia accordato dignità anche a tale fase e che quindi sarebbe illogico consentire che il percorso finalizzato al perfezionamento dell'accordo, sebbene iniziato solo a livello cautelare, possa essere travolto dalla declaratoria di fallimento: in questo senso, di recente, Tribunale Novara 1° febbraio 2011, in questa *Rivista* 2011, 703; Tribunale Udine 30 marzo 2012, in www.unijuris.it. Si segnala anche Tribunale Prato 4 febbraio 2011, cit. il quale, nell'ambito di un procedimento per la dichiarazione di fallimento, ha ritenuto ammissibile la concessione al debitore di un termine per presentare l'istanza di inibitoria di cui all'art. 182 *bis*, sesto comma, l.fall.. Di contrario avviso M. Montanari, *La protezione dell'imprenditore in crisi*, cit., secondo il quale, ove la domanda di fallimento concorra con l'istanza di protezione anticipata di cui all'art. 182 *bis*, sesto comma, i presupposti per la declaratoria di fallimento non verrebbero meno. In sostanza, a fronte dell'istanza di inibitoria, il giudice viene chiamato a svolgere un mero giudizio prognostico-
(segue)

Si nota poi un disallineamento di effetti protettivi tra fase cautelare e giudizio di omologazione. Infatti, nonostante l'art. 182 bis, sesto comma, esordisca affermando che il divieto "di cui al terzo comma" (quello cioè di iniziare o proseguire azioni cautelari ed esecutive) può essere disposto anche nel corso delle trattative, a ben guardare il legislatore prevede, in tale fase preliminare, effetti protettivi più intensi di quelli indicati dal terzo comma. Infatti, mentre il terzo comma dell'art. 182 bis afferma che - una volta depositato l'accordo presso il registro delle imprese - oggetto del divieto è l'inizio o la prosecuzione di azioni esecutive o cautelari, per contro, al deposito, sempre presso il registro delle imprese, dell'istanza volta ad ottenere l'inibitoria nel corso delle trattative consegue, oltre ai divieti suddetti, anche quello di "acquisire titoli di prelazione" non concordati (art. 182 bis, sesto comma, ultima parte) (10). Allo stesso modo, ove il Tribunale accolga con decreto l'istanza di inibitoria, il debitore può contare sulla protezione, per 60 giorni, vale a dire sino allo spirare del termine assegnato per il deposito dell'accordo di ristrutturazione, sia da azioni cautelari o esecutive, che dall'acquisizione di titoli di prelazione (art. 182 bis, settimo comma, ultima parte) (11).

In altre parole, mentre nelle more tra il deposito dell'istanza di inibitoria ex art. 182 bis, sesto comma e l'emissione del decreto di cui al settimo comma, nonché, se il decreto è di accoglimento, nei successivi 60 giorni, i pegni e le ipoteche non concordati debbono ritenersi inefficaci, una volta depositato l'accordo di ristrutturazione presso il registro delle imprese ed in attesa della sua omologa, i titoli di prelazione conseguiti in tale arco temporale saranno invece normalmente efficaci, atteso che il terzo comma, come detto, limita l'effetto protettivo alle azioni esecutive e cautelari e non anche ai titoli di prelazione.

La sfasatura può essere giustificata tenuto conto che mentre nella fase delle trattative non è possibile determinare in via definitiva quali siano i soggetti aderenti all'accordo (potendo dette trattative investire una massa più ampia rispetto a coloro che poi accetteranno le proposte del debitore) e quindi si rende opportuna la protezione anche dall'acquisizione di posizioni di vantaggio che alterino la parità tra i creditori, tutti potenzialmente destinatari delle proposte del debitore, una volta che l'accordo è raggiunto e perfezionato sarebbe eccessivamente gravoso per i creditori estranei (che hanno diritto al regolare pagamento) non potersi munire di titoli di prelazione. Per quelli intranei, il problema è mar-

ginale, potendo l'eventuale acquisizione di titoli di prelazione, ovvero il divieto, costituire oggetto dell'accordo e quindi essere regolato in via negoziale (12).

Quanto alla legittimazione attiva, è da ritenersi che, in ragione dell'appena rilevato rapporto di intima strumentalità tra il procedimento cautelare inibitorio e quello successivo di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, siano legittimati ad attivare il primo i soggetti che hanno titolo a ricorrere al secondo, vale a dire - secondo l'orientamento prevalente - imprenditori in stato di crisi potenzialmente fallibili (13). Se il requisito soggettivo rileva in punto di legittimazione attiva, è difficile escluderne la rilevanza d'ufficio e non ammettere che di fronte ad istanza presentata ai sensi dell'art. 182 bis, sesto comma, l.fall. il Tribunale sia tenuto a verificarne la sussistenza, con riferimento al momento del deposito dell'istanza di inibitoria (14). Resta inteso che il Tribunale dovrà poi, comunque, replica-

Note:

(segue nota 9)

co sulle probabilità di rimuovere, tramite l'accordo, lo stato di insolvenza del debitore. Tuttavia, il fatto che tale insolvenza esista, la renderebbe immediatamente accertabile dall'organo giudicante con una sentenza di fallimento, che eliminerebbe in radice la possibilità di intraprendere la strada della ristrutturazione concordata dei debiti.

(10) Tale ulteriore effetto è conseguente alla modifica introdotta in sede di conversione del D.L. n. 78/2010.

(11) L'inutile spirare dei 60 giorni non può che portare al venir meno degli effetti del provvedimento di inibitoria, con decorrenza ex tunc. Si veda M. Montanari, *La protezione dell'imprenditore in crisi*, cit.

(12) Peraltro, la riscontrata disomogeneità dell'oggetto di protezione tra fase cautelare e giudizio di omologazione degli accordi è stata oggetto di correttivo da parte dell'art. 33, primo comma, lett. e), n. 2), D.L. n. 83/2012, il quale integra il terzo comma dell'art. 182 bis, inserendo, dopo le parole "patrimonio del debitore" l'inciso "né acquisire titoli di prelazione se non concordati".

(13) Si è infatti affermato che soltanto l'imprenditore fallibile può accedere al procedimento di omologa degli accordi di ristrutturazione, atteso che l'unico effetto legale conseguente a tale istituto (*id est*: l'esenzione dalla revocatoria fallimentare ex art. 67, quarto comma, lett. e), l.fall., degli atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato) presuppone appunto la potenziale successiva declaratoria di fallimento: così Tribunale Milano, 25 marzo 2010, in questa *Rivista* 2010, 92; Tribunale Roma, 20 maggio 2010, in *www.ilcaso.it*. In dottrina G.B. Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit. A. Didone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit.

(14) Si esprimono invece in termini dubitativi circa il potere del Tribunale di eseguire una tale verifica, in sede di omologazione dell'accordo, G. Presti, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, cit.; C. Proto, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti e ruolo del giudice*, cit., il quale rileva che l'assoggettabilità a fallimento deve considerarsi un presupposto di fatto, da ritenersi presunto nel momento in cui il debitore richiede l'omologa dell'accordo, e quindi non oggetto del controllo omologatorio, neppure in presenza di opposizioni.

re la verifica nell'ipotesi del successivo deposito dell'accordo ai fini dell'omologazione, potendo infatti, quantomeno potenzialmente, accadere che i requisiti di fallibilità vengano meno tra il deposito dell'istanza di inibitoria e quello dell'accordo ai fini dell'omologazione. Non pare invece porsi, sotto tale profilo, un problema di ripartizione dell'onere della prova, essendo evidente che è il debitore ad avere interesse, una volta affermato che la sua fallibilità è presupposto per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione e quindi, conseguentemente, per la concessione della misura cautelare dell'inibitoria, a dimostrare il possesso dei requisiti di cui all'articolo 1 della l.fall., talché, ove egli tali requisiti non provi, l'istanza di inibitoria dovrebbe essere rigettata. Sin dalla fase dell'inibitoria nel corso delle trattative emerge poi il problema di individuare i criteri di computo dei crediti ai fini del raggiungimento della soglia del 60%, dovendo appunto il debitore dimostrare, ai sensi dell'art. 182 bis, sesto comma, l.fall., che le trattative investono una massa pari o superiore a detta soglia. È ragionevole ritenere che valgano, anche in questa fase anticipata, i criteri affinati per il calcolo in sede di omologazione dell'accordo, in particolare circa l'inclusione di tutti i crediti, compresi quelli muniti di privilegio (15) e circa il mancato computo dei crediti contestati, a condizione che la contestazione del debitore non risulti palesemente pretestuosa e quindi infondata (16). Parallelamente, si può dubitare circa l'individuazione del criterio temporale in base al quale eseguire la verifica del raggiungimento della soglia del 60 %, se cioè debba esser considerata la situazione esistente al momento in cui viene presentata l'istanza, ovvero quella che risulterà, con giudizio prognostico, al momento in cui sarà depositato l'accordo di ristrutturazione. La giurisprudenza di merito sembra propendere per la prima soluzione (17), approccio che dovrebbe tuttavia essere temperato includendo nel calcolo quantomeno i debiti per i quali, sin dal momento della presentazione della domanda cautelare, è certa la maturazione a breve termine e comunque entro il termine per il deposito dell'accordo di ristrutturazione (quindi nei successivi novanta giorni dal deposito dell'istanza cautelare, avendo il Tribunale trenta giorni per fissare l'udienza e potendo concedere un termine non superiore a sessanta giorni per il deposito dell'accordo raggiunto). Naturalmente, il criterio di calcolo proposto è funzionale alla sola istanza di inibitoria, dovendo il Tribunale ripetere la verifica del raggiungimento della soglia anche in sede di omologazione dell'ac-

cordo, sulla base dei crediti a quel momento esistenti (18).

Altra questione consiste nello stabilire allorquando possa dirsi pendente una trattativa ai sensi delle norme in esame. Non avendo il legislatore fornito elementi a riguardo appare ragionevole ritenere che l'accertamento positivo della pendenza delle trattative (che è una delle condizioni per la concessione dell'inibitoria) presupponga da un lato l'intervenuta trasmissione della proposta che poi viene depositata a supporto dell'istanza di inibitoria, e, dall'altro, un riscontro positivo del debitore, nel senso quantomeno di una disponibilità al confronto per definire la posizione. Per contro, di fronte al silenzio, o al rifiuto, del destinatario della proposta, non potrà dirsi pendente con quel creditore alcuna trattativa. Al fine di consentire al Tribunale una tale verifica, è stato correttamente sostenuto che la dichiarazione del debitore circa la pendenza delle trattative venga corredata da documentazione probatoria di supporto (19).

Anche per il procedimento cautelare si può discutere circa l'ammissibilità o meno dell'intervento del pubblico ministero, questione invece già risolta affermativamente per quanto riguarda il procedimento di omologazione, sulla base dell'art. 70, terzo

Note:

(15) Ciò che è emerso immediatamente come evidente: Tribunale Roma 16 ottobre 2006, in questa *Rivista* 2007, 187, con nota adesiva, sul punto, di C. Proto, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, cit.

(16) In questo senso Tribunale Bologna 17 novembre 2011, cit., secondo cui: «Al fine di valutare se l'accordo di ristrutturazione dei debiti abbia ottenuto l'adesione da parte del 60% dei creditori del proponente, non si deve tener conto dei crediti contestati, a meno che le contestazioni non risultino *ictu oculi* talmente infondate da apparire dilatorie e strumentali proprio al raggiungimento di quella soglia. Infatti, in mancanza di un accertamento ed in presenza di una contestazione non meramente formale, il credito non solo non è esigibile nell'attualità ma è, soprattutto, incerto nella esistenza, prima ancora che nel suo ammontare».

(17) In questo senso Tribunale Bergamo, 5 maggio 2011, in *www.ilcaso.it*: «Poiché l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182 bis, legge fallimentare può essere omologato solo se prevede il regolare pagamento dei creditori estranei, non è di ostacolo all'accoglimento dell'istanza di cui al comma 6 della citata norma (volta ad ottenere il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive) la circostanza che la proposta di accordo faccia riferimento ad una situazione patrimoniale che non tenga conto di eventuali debiti sorti successivamente alla formulazione della proposta stessa».

(18) V. *infra* alla nota 32 circa la funzione del professionista anche in ordine alla verifica del raggiungimento della soglia.

(19) G.B. Nardecchia, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista*, 2001, 705.

comma, c.p.c. (20). Una tale conclusione è da ritenersi valida anche per la fase cautelare, posto che i requisiti soggettivi di accesso al procedimento sono, come si è visto, gli stessi richiesti per quello successivo di omologazione, potendosi quindi ravvisare sin da tale fase un pubblico interesse alla verifica dello stato di insolvenza.

Altra questione riguarda la possibilità o meno per creditori estranei alle trattative di partecipare al procedimento, di opporsi all'emanazione del decreto di accoglimento, ed in ipotesi di proporre il reclamo di cui al settimo comma, ultima parte, ipotesi nessuna delle quali contemplate dal testo normativo. Pare tuttavia che la soluzione negativa, su ognuna delle tre iniziative, sia dissonante con la struttura del procedimento, per almeno due ragioni. Intanto, appare irragionevole negare ai destinatari degli effetti preclusivi del provvedimento il diritto di poter partecipare al relativo procedimento e di opporsi alla concessione dell'inibitoria. In secondo luogo, l'articolo 182 bis, settimo comma, prevede che il Tribunale, verificata la correttezza della documentazione, fissi l'udienza di comparizione e trasmetta "la documentazione stessa ai creditori", ed allora non è dato rinvenire la finalità della trasmissione degli atti ai creditori ove ad essi fosse non consentito di partecipare al procedimento, di opporsi alla concessione del provvedimento e, di conseguenza, di poter reclamare quello positivo (21).

Ci si domanda inoltre che sorte abbiano gli atti esecutivi, cautelari e i diritti di prelazione acquisiti in violazione del divieto di cui al sesto comma, una volta che l'istanza è rigettata, ovvero se l'accordo non viene depositato nel termine assegnato dal decreto di accoglimento. In particolare, ci si chiede se essi, per effetto della mancata concessione o della caducazione del provvedimento di inibitoria, riacquistino la propria efficacia. Allo stato è prevalente la soluzione affermativa (22), da ritenersi corretta, sia perché la sanzione dell'inefficacia degli atti compiuti in pendenza di inibitoria cautelare non può ritenersi irreversibile in caso di riscontrata assenza dei presupposti che consentano la "saldatura" di tali effetti a quelli della successiva omologazione dell'accordo (cui la misura cautelare è strumentale), sia per scongiurare abusi da parte di debitori che, al solo scopo di precludere o procrastinare il compimento di atti esecutivi o cautelari, ovvero l'acquisizione di titoli di prelazione, potrebbero presentare istanze cautelari palesemente inconsistenti e raggiungere comunque lo scopo prefissato.

Si tratta, come si vede, di una molteplicità di que-

stioni problematiche sulle quali nei prossimi mesi molti Tribunali saranno chiamati a misurarsi.

3. La delimitazione dei poteri del Tribunale nella concessione della moratoria nel corso delle trattative

Il tema centrale affrontato dal decreto in commento concerne invece la consistenza del potere di controllo attribuito al Tribunale nello scrutinare l'istanza di inibitoria di cui all'art. 182 bis, sesto comma, l.fall., e quindi, anche in sede cautelare, si propone la *vexata questio* dei rapporti, nell'ambito delle soluzioni negoziali della crisi di impresa, tra autonomia privata e i poteri dell'autorità giudiziaria investita della funzione di controllo (23). Il procedimento cautelare in esame prevede che il debitore alleggi all'istanza una serie di documenti: quelli di

Note:

(20) L'intervento del P.M. è stato ritenuto ammissibile nel corso del giudizio di omologazione dell'accordo da parte di Tribunale Milano, 25 marzo 2010, cit.; Tribunale Bari, 21 novembre 2005, in *Dir. Fall.* 2006, 536 ss..

(21) In senso favorevole alla legittimazione dei creditori estranei a proporre opposizione, G. Carmellino, *Riflessioni sul procedimento cautelare ex art. 182 bis, sesto comma*, cit.; Tribunale Bergamo 12 maggio 2011, in questa *Rivista* 2011, 1219, che, respingendo nel merito l'opposizione proposta da un creditore estraneo, ha implicitamente ritenuto ammissibile l'iniziativa. Peraltro, lo stesso decreto in commento si pronuncia su fattispecie ove erano state proposte opposizioni da parte di alcuni creditori estranei, senza che ne sia stata dichiarata l'inammissibilità. Per quanto riguarda invece il particolare caso di creditori nei cui confronti non sia stato regolarmente instaurato il contraddittorio, si segnala M. Montanari, *La protezione dell'imprenditore in crisi*, cit.: l'irregolarità processuale consumatasi nei loro confronti conferirebbe il diritto di esperire il reclamo contro il provvedimento di cui all'art. 182 bis, settimo comma, anche una volta decorso il termine relativo, alla stregua di contumaci involontari ex art. 327, secondo comma, c.p.c.

(22) G.B. Nardecchia, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., G. Carmellino, *Riflessioni sul procedimento cautelare ex art. 182 bis, sesto comma*, cit., M. Montanari, *La protezione dell'imprenditore in crisi*, cit. Secondo Tribunale Novara, 1° febbraio 2011, cit. vi sarebbe la caducazione *ex tunc* degli effetti inibitori, compresi quelli derivanti dalla concessione del decreto cautelare, addirittura anche in caso di mancata omologazione dell'accordo successivamente depositato.

(23) Non è questa la sede ove sia possibile dare conto dell'ampio dibattito sul tema: tra i vari interventi C. Proto, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, cit.; G. Lo Cascio, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica*, in questa *Rivista* 2008, 994; I. Pagni, *Il controllo del Tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 1008, 1095; A. Paluchowski, *L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del Tribunale nel giudizio di omologazione*, in questa *Rivista* 2011, 98; A. Patti, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del Tribunale*, in questa *Rivista* 2012, 42, con ampi richiami giurisprudenziali e di dottrina.

cui ai primi due commi dell'art. 161 l.fall. (24), la proposta di accordo, la dichiarazione dell'imprenditore attestante che sulla proposta sono in corso trattative con creditori che rappresentano il 60 % dei crediti, e, di particolare rilevanza ai fini del profilo in questione, la dichiarazione del professionista circa l'idoneità della proposta, ove accettata, ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei. Sulla base di tale documentazione, il Tribunale, recita il settimo comma, «riscontrata la sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma e delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare» accoglie con decreto l'istanza e dispone la richiesta inibitoria.

Si tratta allora di cogliere il senso e conseguentemente l'estensione del potere di verifica del Tribunale, soprattutto considerato che le due condizioni richieste dalla norma ai fini della concessione della misura cautelare (*id est*: trattative idonee ad addivenire all'accordo con una frazione qualificata della massa dei creditori e regolare pagamento di quelli estranei) dovrebbero essere già dimostrate, la prima, dall'imprenditore attraverso la dichiarazione con valore di autocertificazione circa la pendenza delle predette trattative e, la seconda, dalla dichiarazione del professionista. Il laconico articolato normativo può quindi far scaturire il dubbio che il Tribunale sia relegato ad una funzione notarile, limitata ad un controllo estrinseco e documentale, tanto più considerato che un controllo più penetrante sarebbe riservato alla successiva ed eventuale fase di richiesta di omologa dell'accordo raggiunto.

Il decreto in commento, invece, opera una scelta diversa, affermando che il Tribunale è investito di una funzione di controllo sostanziale sin dall'istanza di inibitoria, così ponendosi sul solco di una giurisprudenza di merito in corso di consolidamento (25).

Una tale opzione sembra cogliere bene il senso del nuovo istituto cautelare messo a disposizione dell'imprenditore in crisi, valorizzando l'importanza dei suoi effetti e preservando una coerenza sistematica rispetto a quanto affermato dalla giurisprudenza dominante in punto di controllo del Tribunale in sede di omologazione degli accordi.

È infatti opportuno ricordare che tale ultima questione è stata risolta, con alcune sfumature, nel senso appunto del controllo sostanziale circa l'attuabilità dell'accordo e il pagamento regolare dei creditori estranei (26). In particolare, una parte signifi-

cativa degli arresti rinvenibili nei repertori distingue tra l'avvenuta presentazione o meno di opposizioni, per affermare che anche in loro assenza il controllo del Tribunale non può limitarsi alla verifica cartolare della documentazione, ma neppure può replicare il giudizio di attuabilità dell'accordo reso dall'esperto attentatore attraverso un controllo di merito. Dovrà, per contro, esaminare la congruità della relazione di attestazione, segnatamente se essa sia completa, analitica, coerente e non contraddittoria, dando vita ad un giudizio che può essere definito di legittimità sostanziale (27). In presenza invece di opposizioni che contestino l'attuabilità dell'accordo, il Tribunale dovrà estendere il proprio sindacato anche al merito, sebbene limitatamente ai profili censurati degli oppositori (28). Tale distinzione non ha però soddisfatto quella parte della dottrina che, proprio per esigenze di tutela dei creditori estranei, ritiene insufficiente, pur in assenza di opposizioni, il controllo indiretto attraverso l'esame dei contenuti della relazione del professionista, dovendo invece il Tribunale, in ogni caso, verifica-

Note:

(24) L'art. 33, primo comma, lettera e), n. 3a), D.L. n. 83/2012 integra il sesto comma dell'art. 182 *bis*, specificando che i documenti richiesti sono quelli di cui all'art. 161, secondo comma, lettere a), b), c) e d). La specificazione è resa necessaria perché, sempre in conseguenza delle modifiche apportate del Decreto Sviluppo, è aggiunto all'elenco dell'art. 161, secondo comma, l.fall. una lettera e), vale a dire il "piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta", che il Governo con il suddetto Decreto Sviluppo ha ritenuto di non estendere all'istanza di cui all'art. 182 *bis*, sesto comma, l.fall.

(25) Nello stesso senso del decreto in commento; Tribunale Udine 30 marzo 2012, cit; Tribunale Roma 4 novembre 2011, in *www.ilcaso.it*; Tribunale Torino, 15 febbraio 2011, in *questa Rivista* 2001, 701.

(26) Sul tema, A. Paluchowski, *L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del tribunale nel giudizio di omologazione*, in *questa Rivista* 2001, 99.

(27) Tribunale Milano, 10 novembre 2009, in *questa Rivista* 2009, 195. In dottrina, nei medesimi termini, G. Presti, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, cit., nonché M. Montanari, *La protezione dell'imprenditore in crisi*, cit..

Anche chi si è espresso criticamente circa l'estensione del controllo del Tribunale sulla fattibilità del piano a corredo del concordato preventivo (A. Patti, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e controllo del Tribunale*, cit.) ha sostenuto che i termini della questione mutano nell'ipotesi di accordo di ristrutturazione, atteso che in questo secondo caso i creditori estranei non hanno possibilità di espressione, ciò che giustifica il controllo sostanziale da parte del Tribunale circa l'attuabilità del piano.

(28) Ha sviluppato in termini chiari questa distinzione Tribunale di Roma, 20 maggio 2010, in *www.ilcaso.it*; Tribunale Milano, 25 marzo 2010, *ivi*; Tribunale Milano, 15 ottobre 2009, *ivi*; C. Proto, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti e ruolo del giudice*, cit..

re i fatti costitutivi del diritto all'omologazione, tesi che ha trovato anche un qualche supporto giurisprudenziale (29).

Resta in ogni caso salva l'insindacabilità del merito della scelta dell'imprenditore circa lo strumento più idoneo per la soluzione della crisi, a condizione che la scelta non impatti sull'attuabilità del piano (30), nel qual caso riemergerebbe il potere di sindacato di cui si è detto.

Il decreto in commento, se da un lato afferma la necessità di una verifica sostanziale sin dalla fase dell'inibitoria nel corso delle trattative, dall'altro sembra sposare la tesi per cui tale verifica si attua in via indiretta, attraverso lo scrutinio della relazione del professionista (31), escludendo pertanto la possibilità di operare autonomi accertamenti circa l'attuabilità del piano e il regolare pagamento dei creditori estranei.

È peraltro singolare che tale affermazione intervenga nel contesto di una fattispecie concreta in cui vi erano state opposizioni, ipotesi nella quale, come si è visto, pare esservi sufficiente concordia di vedute sul fatto che il Tribunale sia legittimato ad un controllo esteso al merito, quantomeno sui profili censurati dagli oppositori. Tuttavia, è doveroso segnalare che nel caso di specie il Tribunale aveva potuto appurare la forte inidoneità della relazione ad assolvere la funzione che le è propria, quella cioè di consentire al Tribunale una verifica immediata della sussistenza dei presupposti per la concessione della misura cautelare, e quindi ha potuto rigettare l'istanza senza neppure affrontare l'esame dei motivi di opposizione. Per cui il provvedimento in esame non contribuisce a sciogliere definitivamente tutti i nodi circa il diverso atteggiarsi del potere del Tribunale - nel procedimento cautelare di inibitoria - a seconda che vi siano o meno opposizioni al rilascio della misura richiesta dal debitore. Questione nient'affatto secondaria, una volta che si è affermata, come si è detto, la possibilità dei creditori estranei di opporsi alla concessione della misura cautelare.

Come si vede, il tema dell'estensione del controllo dell'autorità giudiziaria, con la conseguente connessa esigenza di individuare di un punto di equilibrio che fornisca una qualche certezza agli operatori, ruota attorno alla tutela dei soggetti deboli, segnatamente dei creditori estranei (32).

Naturalmente, la verifica di natura sostanziale da parte del Tribunale presuppone la completezza ed analiticità della proposta, pena l'impossibilità di verificare la sua idoneità, se accettata, ad assicurare il

Note:

(29) Tribunale Bologna, 17 novembre 2011, cit.; Tribunale Rimini 20 marzo 2009, in *www.ilcaso.it*; Tribunale Milano, 23 gennaio 2007, in questa *Rivista* 2007, 701; A. Paluchowski, *L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del tribunale nel giudizio di omologazione*, cit.; G. Lo Cascio, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica*, cit.; R. Proietti, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.* 2008, 136; I. Pagni, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, in AA.VV., *Trattato di diritto fallimentare a cura di Buonocore e Bassi*, Padova, 2010, 608, secondo la quale l'attuabilità dell'accordo rappresenta elemento costitutivo del diritto all'omologazione, talché la sua carenza può essere rilevata d'ufficio a prescindere dai contenuti della relazione di attestazione. Analogamente, G. B. Nardecchia, *La relazione del professionista ed il giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit.

(30) Tribunale Bologna, 17 novembre 2011, cit.

(31) Ciò si desume dal passaggio del decreto ove si legge: «In sostanza il profilo della attuabilità / fattibilità deve essere vagliato su un piano ancorato, oltre che alla logicità intrinseca del piano, anche alla coerenza e persuasività motivazionale della relazione attestatrice».

(32) Si è subito avvertito in dottrina che la posizione dei creditori estranei rappresentava l'oggetto principale della tutela approntata dalla disciplina relativa agli accordi di ristrutturazione, tanto da essere stata correttamente indicata quale *ratio* della stessa omologazione e quindi dell'intervento dell'autorità giudiziaria in un contesto che resta prettamente negoziale (così, G. Presti, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, cit., il quale ha infatti osservato che il poter contare sul pagamento regolare non consolida in modo impermeabile la posizione dei creditori estranei, atteso che, in caso di successivo fallimento, l'esenzione dalle azioni revocatorie degli atti, dei pagamenti e delle garanzie intervenuti in esecuzione dell'accordo omologato riducono l'attivo distribuibile anche ai creditori estranei). Quanto alla questione su cosa debba intendersi per "pagamento regolare", in base alle prime interpretazioni giurisprudenziali si riteneva che non possa considerarsi regolare il pagamento postergato rispetto all'originaria scadenza: Tribunale Bari, 21 novembre 2005, in questa *Rivista* 2006, 169; Tribunale di Brescia, 22 febbraio 2006, *ibid.*, 269. Solo Tribunale di Milano, 21 dicembre 2005, in questa *Rivista* 2006, 670 era giunto ad una conclusione, isolata ed oggettivamente poco sostenibile (per una tagliente critica M. Fabiani, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182 bis l.fall.*, in *Foro It.* 2006, I, 2566), per cui per "pagamento regolare" doveva intendersi la medesima misura di soddisfazione assicurata ai creditori aderenti. Secondo le elaborazioni più recenti (anticipate da G. Presti, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, cit.), invece, è stato, in modo condivisibile, osservato che la tempistica richiesta per giungere al perfezionamento dell'accordo di ristrutturazione e alla sua successiva omologa induce a ritenere illogico e probabilmente neppure astrattamente configurabile il pagamento dei creditori estranei alle scadenze originarie dei debiti, essendo invece coerente e ragionevole intendere come "regolare" il pagamento che interviene immediatamente dopo l'omologazione. In tal senso Tribunale Bergamo, 12 maggio 2011, in questa *Rivista* 2001, 1227; *contra* G. Carmellino, *Riflessioni sul procedimento cautelare ex art. 182 bis, sesto comma*, cit. Tale interpretazione risulta avvalorata dal recentissimo e più volte citato art. 33, D.L. n. 83/2012, che ha apportato modifiche all'art. 182 bis, primo comma, disponendo che il pagamento dei creditori estranei deve essere "integrale" ed nel rispetto dei seguenti termini: «a) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione». La novità assume quindi i caratteri di un'interpretazione autentica del requisito del "pagamento regolare" ai creditori estranei quale indefettibile presupposto dell'istituto.

superamento della crisi e il regolare pagamento dei creditori estranei (33).

Allo stato, l'unica certezza, rafforzata dal provvedimento in esame, è che la tesi del controllo tenue, di natura pressoché notarile, non appare persuasiva neppure nel procedimento di concessione della misura cautelare, nonostante la sua sommarietà. Tale impostazione non può neppure fondarsi sull'obbligo imposto al ricorrente di depositare, con il ricorso, la dichiarazione dello stesso debitore (sulla pendenza delle trattative) e del professionista (sul regolare pagamento dei creditori estranei) (34).

Infatti, la dichiarazione del debitore ha ad oggetto, letteralmente, la sola pendenza delle trattative, mentre per l'accoglimento dell'istanza è richiesta la verifica positiva dei presupposti "per pervenire ad un accordo di ristrutturazione" e quindi il Tribunale non può non essere investito della verifica, oltre che della pendenza delle trattative, anche e soprattutto della loro consistenza e serietà, tali da far ritenere, secondo un giudizio prognostico di verosimiglianza, che esse potranno condurre al perfezionamento dell'accordo (35).

Per quanto riguarda poi la dichiarazione del professionista da allegare all'istanza, pur avendo essa il medesimo oggetto di quanto il settimo comma richiede per la concessione della misura cautelare, si è già visto che risulta incoerente con il sistema la mancata attribuzione al Tribunale di un potere di verifica avente ad oggetto quantomeno la coerenza, logicità e completezza della relazione stessa, che quindi non può essere autosufficiente.

Peraltro, la tesi del controllo sostanziale trova un ulteriore riscontro positivo nell'architettura del procedimento cautelare in esame, quale risultante dal tenore letterale delle disposizioni che lo disciplinano. Infatti, a ben guardare, il decreto di cui al settimo comma non può fondarsi sulla mera verifica formale della documentazione versata dal debitore, atteso che tale verifica cartolare è anticipata ad una fase anteriore. Infatti il settimo comma esordisce affermando che il Tribunale "verificata la completezza della documentazione" fissa con decreto l'udienza di comparizione del debitore e delle parti. Con la conseguenza, evidente, che ove la documentazione non sia completa l'udienza di discussione non viene neppure fissata. Ne deriva che l'accesso al procedimento per la concessione o meno dell'inibitoria presuppone la già avvenuta verifica, con esito positivo, della regolarità formale dell'istanza e della documentazione che deve correderla, cosicché non avrebbe senso limitare la successiva fase decisoria a tale già intervenuto scrutinio.

4. Il ruolo del professionista nel procedimento di cui all'art. 182 bis, sesto comma, l.fall.: la veridicità dei dati aziendali

Il decreto del Tribunale di Roma è poi interessante perché getta un faro anche sul contenuto della relazione del professionista che deve accompagnare l'istanza di inibitoria ai sensi del sesto comma dell'art. 182 bis, l.fall.

Anche in questo caso, il legislatore, analogamente a quanto accadeva (36) per i piani di risanamento (art. 67, quarto comma, lett. d), l.fall.) e per il procedimento di omologazione degli accordi (art. 182 bis, secondo comma, l.fall), non ha previsto che tra i compiti del professionista vi sia quello della verifica della veridicità dei dati aziendali forniti dall'imprenditore, ciò che poteva indurre a ritenere che da tale onere l'attestatore fosse dispensato.

La giurisprudenza è peraltro ormai consolidata nel ritenere, con riferimento alla relazione di attestazione da depositarsi unitamente all'accordo di cui si chiede l'omologazione, che l'omissione normativa non sia decisiva e che quindi che il professionista

Note:

(33) Il tema ha costituito oggetto di due provvedimenti Tribunale Torino 15 febbraio 2011 e Tribunale Novara 1° febbraio 2011, in questa *Rivista* 2011, 701 con nota di G. B. Nardecchia, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit.

(34) Si ritiene che, sebbene non espressamente previsto, tra la documentazione da allegare all'istanza vi debba essere anche l'attestazione di avvenuto deposito dell'istanza di inibitoria presso il registro delle imprese, come previsto dall'art. 182 bis, sesto comma, ultimo periodo, l.fall.. Ciò si desume dal fatto che analoga attestazione è stata richiesta, a pena di inammissibilità, nel procedimento di omologazione dell'accordo raggiunto: G. B. Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit..

(35) Risulta sufficientemente chiaro che la dichiarazione del debitore, con valore di autocertificazione, circa la pendenza delle trattative con almeno il 60 % dei creditori debba contenere anche l'elenco analitico dei suddetti creditori intranei, pena l'impossibilità per il Tribunale di verificare il requisito prescritto dall'art. 182 bis, primo comma, l.fall.. Altra questione è stabilire se oggetto della dichiarazione del professionista circa l'idoneità dell'accordo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei debba essere anche il raggiungimento o meno della soglia del 60 %. Secondo Tribunale Bari, 21 novembre 2005, cit., sì. Tesi condivisibile, in quanto se è vero che la norma non si esprime, è altrettanto vero che la consistenza pari o superiore al 60 % dei creditori intranei rispetto alla massa complessiva dei crediti è un presupposto indefettibile dell'accordo del quale si ipotizza di chiedere l'omologazione, talché è preferibile che anche nella relazione del depositarsi a corredo dell'istanza cautelare, strumentale appunto, per quanto abbiamo detto, alla successiva omologazione dell'accordo, venga dato atto del raggiungimento della soglia prescritta, al fine di agevolare il controllo del Tribunale su tale indispensabile presupposto.

(36) V. *infra* circa le novità del *Decreto Sviluppo*.

sia tenuto a verificare la veridicità dei dati forniti dall'imprenditore e risultanti dai documenti contabili, ciò in quanto la rispondenza alla realtà della situazione economico-patrimoniale di partenza, sulla quale si poggia il piano di ristrutturazione dei debiti, impedisce l'espressione di un attendibile giudizio di fattibilità (37).

Il decreto in commento non solo si dimostra coerente con tale linea interpretativa, ma impone la verifica sui conti aziendali addirittura sin dalla relazione che il professionista redige a supporto dall'istanza cautelare di inibitoria, pur non essendo richiesta in questa fase la vera e propria attestazione (la norma fa riferimento, infatti, ad una "relazione" e non ad una "attestazione") circa l'attuabilità del piano.

Invero, posto che, come affermato dalla richiamata giurisprudenza, il piano a supporto di un accordo di ristrutturazione può dirsi attuabile solo se i dati sono stati verificati, e posto che l'istanza di inibitoria nella fase delle trattative è meritevole di accoglimento solo se il debitore dimostra, con l'ausilio della relazione del professionista, che la proposta di accordo, se accettata, è idonea ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei, risulta allora di tutta evidenza che anche in sede cautelare è impossibile prescindere dalla verifica della veridicità dei dati aziendali. Altrimenti - in assenza di certezza circa la effettiva consistenza delle attività e delle passività del debitore - non è dato scorgere la possibilità di considerare, secondo un giudizio prognostico quale quello richiesto dall'art. 182 bis, settimo comma, l.fall., una ipotesi di accordo come idonea al superamento della crisi.

Su tale necessaria operazione di *audit* la giurisprudenza ha mostrato di essere particolarmente rigorosa, atteso che, ad esempio, non è ritenuto sufficiente che il professionista operi un mero rinvio agli esiti dell'attività di revisione dei conti che abbia interessato l'azienda, dovendo per contro provvedere ad un'autonoma attività verificatoria (38).

Il decreto ha poi confermato, in linea con la tendenza già formatasi, che la responsabilità dell'attestatore per non aver eseguito la verifica della veridicità dei dati aziendali è di natura contrattuale verso l'imprenditore che gli ha conferito l'incarico e di natura extracontrattuale nei confronti dei terzi (39).

Il provvedimento del Tribunale di Roma è pertanto in linea con le tendenze espresse dalla consolidata giurisprudenza di merito, tese ad enfatizzare la funzione del professionista attestatore nel contesto degli strumenti di superamento della crisi d'impresa,

onerandolo di adempimenti che peraltro, quantomeno per quanto attiene alle operazioni di *audit* di cui stiamo discorrendo, appaiono ragionevoli e proporzionati rispetto agli importanti effetti che tali strumenti hanno su posizioni giuridico soggettive di terzi e, di conseguenza, sul credito quale valore oggetto di tutela.

Tale tendenza giurisprudenziale è peraltro perfettamente in linea con le recentissime novità espresse dall'art. 33, D.L. 22 giugno 2012, n. 83, il quale ha anzitutto sostituito l'art. 67, terzo comma, lett. d), l.fall., prevedendo che il professionista «deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano» diretto a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa.

Previsione pressoché identica è stata inserita - ed è questo il punto che maggiormente in questa sede interessa - anche nell'art. 182 bis, primo comma, l.fall., laddove si specifica che la relazione del professionista debba vertere anche sulla «veridicità dei dati aziendali».

Il problema interpretativo che potrebbe porsi concerne la natura della richiamata esplicitazione legislativa: se cioè essa sia intervenuta a colmare un *deficit* di tutela della normativa previgente (che quindi, in contrasto con gli indirizzi giurisprudenziali già commentati, non imponeva al professionista l'obbligo di attestare la veridicità dei dati aziendali), oppure se il recentissimo intervento del Governo si limiti, recependo i contenuti delle pronunce di merito, a chiarire ciò che nella precedente normativa era soltanto sottinteso.

La pregnanza degli argomenti che la citata giurisprudenza ha offerto a supporto della tesi della preesistenza dell'obbligo anche nel silenzio delle norme

Note:

(37) Corte Appello Milano, 21 giugno 2011, in *www.ilcaso.it*; Tribunale Piacenza, 2 marzo 2011, *ivi*; Tribunale Bologna 11 novembre 2011, *ivi*. Tribunale Milano, 25 marzo 2010, cit. Tribunale Roma, 5 novembre 2009, *ivi*. Tribunale Milano, 10 novembre 2009, cit.; C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, cit.; P. Valensise, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit.; G. B. Nardecchia, *La relazione del professionista e il giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista* 2010, 216.

(38) Tribunale Milano, 25 marzo 2010, cit.; G. B. Nardecchia, *La relazione del professionista e il giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit.

(39) S. Fortunato, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi di impresa*, in questa *Rivista* 2009, 889; V. Rinaldi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Diritto Fallimentare riformato*, a cura di Schiano e Di Pepe, Padova 2007, 664.

di cui si discorre, inducono a propendere per quest'ultima soluzione interpretativa (40).

5. Le ulteriori novità introdotte dal "Decreto Sviluppo"

Come si è esposto in alcune parti del testo che precede e delle relative note, l'entrata in vigore di modifiche alla legge fallimentare per effetto del recentissimo *Decreto Sviluppo* ha determinato interessanti novità in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti, anche con particolare riferimento all'istituto dell'inibitoria oggetto della presente trattazione.

Oltre a quelle già segnalate, meritano un'autonoma segnalazione i profili connessi agli artt. 182 *quinquies* e 182 *sexies*, l.fall., entrambi introdotti dall'art. 33, primo comma, lett. f), D.L. n. 83/2012.

Il quinto comma dell'art. 182 *quinquies* è rilevante perché, per effetto del mero deposito della proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182 *bis*, sesto comma, risultano esentati da future azioni revocatorie i pagamenti di crediti (anche anteriori), effettuati dal debitore, se autorizzati dal Tribunale.

Evidentemente, la novità si pone in linea con imprescindibili esigenze della pratica imprenditoriale durante la gestione della crisi d'impresa, esigenze che sovente impongono l'esecuzione di pagamenti anche nella complessa fase delle trattative.

La tendenza del *Decreto Sviluppo* ad estendere le ipotesi di protezione da possibili azioni revocatorie, tuttavia, non trova riscontro in un simile allargamento dell'oggetto delle connesse norme penali.

Si osserva infatti che, a *latere* delle novità di cui si è dato conto, non sia stata invece apportata alcuna modifica al contenuto dell'art. 217 *bis*, a norma del quale, come noto, i reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice non si configurano in relazione ai pagamenti e alle operazioni esentati da revocatoria ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lettere d) ed e).

Il legislatore, difficile capire se per voluta omissione o per semplice svista, abbandona insomma il criterio della perfetta simmetria fra definizione dei contorni dell'area di esenzione da revocatoria e definizione di quelli dell'area penalmente rilevante.

Infine, un breve cenno all'art. 182 *sexies*: sulla base della nuova disposizione, l'esenzione dagli obblighi di riduzione del capitale e dagli obblighi di scioglimento della società per perdita o riduzione al di sotto dei limiti legali del capitale sociale, è estesa anche alla situazione di mero deposito dell'istanza di protezione nel corso delle trattative, così confermandosi l'attribuzione all'istituto di cui si discorre

di una significativa dignità nel contesto normativo vigente.

Nota:

(40) Si segnala infine che l'art. 33, primo comma, lett. i), n. 1), D.L. n. 83/2012 ha introdotto l'art. 236 *bis*, che contempla una specifica fattispecie delittuosa a carico del professionista che, nelle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 67, terzo comma, lett. d), 161, terzo comma, 182 *bis*, 182 *quinquies* e 186 *bis*, l.fall. esponga informazioni false ovvero ometta di riferire rilevanti informazioni.