

Modifica e revisione dei piani attestati e degli accordi di ristrutturazione *

SOMMARIO: Premessa. – 2. Il tempo. – 2.1. In particolare: il soggetto incaricato del monitoraggio. – 3. Modifiche del piano e finanziamenti prededucibili.

1. Premessa.

Il notevole interesse generato dalla introduzione, nel nostro ordinamento, di strumenti di “gestione privatistica dell’insolvenza” quali i piani attestati di risanamento di cui all’art. 67, co. 3, lett. d) e gli accordi di ristrutturazione di cui all’art. 182-bis è stato, nel primo momento di applicazione delle relative discipline, caratterizzato soprattutto da una attenzione per l’aspetto “statico” di tali istituti: vale a dire per il loro inquadramento dogmatico, l’analisi della loro struttura, la loro collocazione all’interno del diritto concorsuale; più recentemente, al contrario, una maggiore attenzione viene registrata anche con riguardo all’aspetto, per così dire, “dinamico”, cioè ai problemi ed ai temi posti dallo svolgimento nel tempo dei meccanismi che sottendono gli istituti di cui si è appena detto: in breve, un maggiore interesse riservato alla “fase esecutiva” di tali strumenti.

All’interno di questa fase, poi, sono stati essenzialmente due gli eventi che hanno sollecitato un maggiore approfondimento: da un lato, l’inaidempimento delle obbligazioni nascenti o comunque connesse alla esecuzione del “piano” (e con il termine “piano” da qui in avanti ci si intende-

* Testo, con l’aggiunta di note, della relazione presentata al convegno *Soluzioni negoziali e istituti “preconcorsuali” nella gestione delle crisi di impresa* (Lanciano, 7 e 8 ottobre 2011). Il testo prende in considerazione anche la legge n. 3 del 2012, emanata successivamente.

rà riferire tanto al vero e proprio “piano di risanamento” di cui all’art. 67, co. 3, lett. d) l.fall., quanto a quello sotteso all’accordo di cui all’art. 182-bis l.fall.)¹; dall’altro, la modifica e la revisione del piano iniziale: situazione alla quale si intendono dedicare le riflessioni che seguono.

Per la modifica e la revisione dei “piani” (così come, del resto, per l’inadempimento delle obbligazioni nascenti dal piano) la necessità di una ricostruzione teorica della fattispecie, della individuazione degli effetti e dei soggetti coinvolti, è stata sollecitata essenzialmente dalla circostanza della lamentata assenza di una disciplina positiva della fase esecutiva dei piani².

In realtà, la modifica dei piani è stata – fin dalla prima edizione, nel 2008 – oggetto di un particolare interesse nell’ambito delle cc.dd. “Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi”, documento frutto di un sinergico coinvolgimento tanto del contributo accademico quanto di quello degli organismi professionali e delle associazioni di categoria.

In quel contesto, il punto I.5, dedicato alla “esecuzione del piano”, si occupa rispettivamente di monitoraggio della esecuzione del piano, di effetti degli scostamenti e di meccanismi di aggiustamento, nonché di “riattestazione” del piano divenuto ineseguibile.

La ragione dell’interesse per la modifica del piano risiede, in primo luogo, nella preoccupazione relativa ai limiti oggettivi della previsione di esonero dalla revocatoria per atti pagamenti e garanzie effettuati o costituiti in esecuzione rispettivamente di un piano attestato o di un accordo di ristrutturazione. In particolare ci si interroga intorno alla sorte di atti, pagamenti e garanzie che a) non siano né espressamente ne più neppure implicitamente riconducibili alle previsioni del piano (ond’è che neppure possono considerarsi esecutivi di quello); oppure b) che siano

¹ APPIO, DONATIVI, *Accordi di ristrutturazione del debito: fattispecie e regime di pubblicità*, in *I contratti per il finanziamento dell’impresa*, a cura di Dinacci e Pagliatini, Padova, 2010, p. 190 ss.; LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in *Autonomia negoziale e crisi d’impresa*, a cura di Di Marzio e Macario, Milano, 2010, p. 359 ss.; PACILEO, *Conseguenze civili e penali dell’inadempimento o dell’insuccesso del piano*, in Atti del Convegno *Modifica e revisione degli accordi di ristrutturazione e dei piani di risanamento nella crisi d’impresa*, Milano 24-25 maggio 2011; PIZZIGATI, *Inadempimento del piano*, ivi.

² Rimarcata da CASTIELLO D’ANTONIO, *Gli accordi di ristrutturazione ai sensi degli artt. 182 bis e quater lf.*, in atti del convegno, *Modifica e revisione degli accordi di ristrutturazione e dei piani di risanamento nella crisi d’impresa*, Milano 24-25 maggio 2011; nonché da FICHERA, *I controlli giudiziari e legali in funzione di garanzia della riuscita del piano*, ivi.

esecutivi di un piano, quando però per quest'ultimo siano soprattutte circostanze che lo rendano non più, rispettivamente, “ragionevole”, o “attuabile”.

Non estraneo a questo interesse, poi, è anche l'interrogativo in ordine alle conseguenze della modifica del piano sulla sorte dei finanziamenti concessi “in funzione” della presentazione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, o “in esecuzione” dell'accordo omologato: è evidente come la questione si appunti essenzialmente sulla permanenza o meno del carattere prededucibile dei relativi crediti vantati da banche o intermediari finanziari.

D'altra parte, come è stato esattamente rilevato, “la prededuzione e l'esenzione da revocatoria sono due facce della stessa medaglia”³, giacché non avrebbe senso escludere, per ipotesi, la revocatoria di pagamenti effettuati in restituzione di un finanziamento concesso in esecuzione di un “piano” senza riconoscere la prededuzione a tale finanziamento (e viceversa)⁴: sicché la prospettazione di un possibile venir meno dell'effetto “protettivo” dall'azione revocatoria e, allo stesso tempo, della prededuzione accordata ad un finanziamento appare, in linea di principio, tutt'altro che fuori luogo.

È noto come le previsioni di esonero dalla revocatoria previste dall'art. 67, co. 3, lett. d) ed e) facciano perno sul rilascio di una “attestazione” da parte di un professionista dotato di specifici requisiti.

È altrettanto noto come sia diverso l'oggetto di tale attestazione, a seconda che si tratti di piano di risanamento o di accordo di ristrutturazione: nell'un caso la “ragionevolezza del piano” (art. 67, co. 3, lett. d); nell'altro la attuabilità dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei (art. 182-bis).

Orbene, se sulla attestazione del professionista⁵ si regge, quindi, l'esonero dall'esercizio dell'azione revocatoria, a ben vedere, si regge anche il regime della prededuzione prevista per i finanziamenti concessi

³ Così COSTA, *Esenzione dall'azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 536.

⁴ Sul punto BONFATTI, *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi di impresa*, *Le procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa. Opportunità e responsabilità*, atti del convegno di Reggio Emilia, 8 ottobre 2010, a cura di Bonfatti, p. 133 ss.

⁵ Da ultimo, sul punto CECCHERINI, *La qualificazione, l'indipendenza e la terzietà del professionista attestatore negli istituti concorsuali di gestione della crisi d'impresa e le diverse tipologie di relazioni o attestazioni*, in *Dir. fall.*, 2011, I, p. 299 ss.

in funzione o in esecuzione di un accordo di ristrutturazione: non sembra dubbio, infatti, che nell'ambito della attestazione rientri anche – nel primo caso – il giudizio sulla “funzionalità” del finanziamento; mentre, per quanto riguarda i finanziamenti concessi in esecuzione di un accordo, è ragionevole ritenere che tali finanziamenti debbano essere previsti dall'accordo o che comunque l'accordo li presupponga, pertanto su di essi dovrà comunque estendersi la valutazione del professionista in vista del rilascio della attestazione.

In ogni caso l'attestazione non può che avere per oggetto la situazione presa in considerazione dal professionista nel momento stesso in cui la rilascia.

È esattamente questa la motivazione per cui ci si domanda se la modifica di tale situazione oggettiva di partenza non debba portare, innanzi tutto, ad un costante monitoraggio volto, in ultima analisi, a verificare “nel durante” se i presupposti di tale attestazione continuino a sussistere; ed, in secondo luogo – nell'ipotesi di modifiche sopraggiunte che costringano a modificare il piano – a verificare se, pur nelle nuove condizioni, continuino a sussistere elementi di ragionevolezza (di un piano modificato) ovvero di attuabilità (di un accordo modificato); e, infine, se siano necessarie – continuando a ricorrere la ragionevolezza o l'attuabilità (benché a diverse condizioni) – nuove formalità, come in particolare una nuova attestazione e, nel caso di accordo, una nuova omologazione.

Tutto ciò – è bene ritornare a sottolinearlo – senza che peraltro le norme positive contengano previsione alcuna riferita ad eventi modificativi o a nuove attestazioni: è ben comprensibile, quindi, che la preoccupazione relativa a tali eventualità abbia iniziato a maturare e a produrre ipotesi di soluzioni proprio in punto non tanto di interpretazione normativa, quanto di elaborazione di “buone pratiche”, ricavate nelle maglie lasciate larghe dal legislatore. È proprio in questa prospettiva che si sono individuati come elementi di rilievo il monitoraggio nel tempo del piano – salvo poi ad individuare il soggetto cui tale monitoraggio debba competere; l'opportunità di contenere nel piano stesso dei “meccanismi di aggiustamento” per l'ipotesi di scostamento rispetto al piano iniziale; la necessità, altrimenti, di procedere, ove possibile, ad una nuova attestazione per fare salvi dalla revocatoria gli atti successivi allo scostamento; nonché, in ultima analisi, la ricerca volta all'individuazione di un soggetto cui possa essere attribuita – in forza di una previsione negoziale o addirittura in forza di una interpretazione “estensiva” delle norme di legge – una funzione di controllo sulla esecuzione del piano.

In ogni caso, non pare dubbio che la variabile più importante che condiziona il verificarsi di dette situazioni risulti essere il tempo.

2. Il tempo.

Tanto più cruciale diventa la funzione di controllo sulla esecuzione del piano, quanto più sia probabile la necessità di apportarvi modifiche, e cioè quanto più il piano stesso si dilati temporalmente⁶.

L'importanza del tempo è stata particolarmente rimarcata, tanto da essere finanche considerata come un fattore condizionante la stessa scelta di ricorrere ad una procedura di gestione della crisi rispetto ad un'altra⁷.

Sulla considerazione del fattore temporale non soltanto si soffermano le "linee-guida", ma ha cominciato a prendere posizione anche la giurisprudenza.

Nelle prime, si esprime la convinzione che il piano debba in via normale coprire un arco temporale non superiore ai 3/5 anni⁸.

La giurisprudenza, dal canto suo, con riguardo a un piano di ristrutturazione esteso nel tempo, ha ritenuto di dover esercitare un controllo di legittimità basandosi su di una valutazione che tenga conto di un lasso temporale non superiore all'anno. Tale affermazione – notoriamente compiuta con riferimento all'accordo di ristrutturazione che ha visto coinvolta la "Risanamento S.p.A."⁹ – viene fondata sulla considerazione che "fatti e circostanze destinate a verificarsi a distanza di alcuni anni sono maggiormente esposti a variabili non controllate e non controllabili". Pensiero che, pervero, potrebbe non essere immune da critiche. Infatti, se davvero si ritiene che un piano così esteso nel tempo non possa essere valutato, se ne dovrebbe concludere che non è comunque possibile predicarne nel presente la attuabilità, con conseguente impossibilità – indipendentemente dall'opinione che si abbia intorno alla natura ed al contenuto del procedimento di omologazione – di provvedere alla omologazione stessa: soprattutto se – come nel caso appena citato – tale

⁶ ARATO, *Ammissibilità e limiti delle modificazioni del piano*, in atti del convegno, *Modifica e revisione degli accordi di ristrutturazione e dei piani di risanamento nella crisi d'impresa*, Milano 24-25 maggio 2011, p. 2.

⁷ LOMBARDI, BELTRAMI, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 731 ss.

⁸ *Raccomandazione n. 5.*

⁹ Una ricostruzione della vicenda "Risanamento S.p.A.", BONELLI, *Le insolvenze dei grandi gruppi: i casi Alitalia, Chrysler, Socotherm, Viaggi del Ventaglio, Gabetti, Risanamento e Tassara*, in *Crisi di imprese: casi e materiali*, a cura di Bonelli, Milano, 2001, pp.1-46; nonché MOLINARI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall.: i casi Gabetti Property Solutions S.p.A. e Risanamento S.p.A.*, ivi, p. 47-80.

avviso venga accompagnato dal “fatalistico” assunto per cui “nessuno, nel lungo periodo, è destinato a sopravvivere, e non solo gli uomini, ma nemmeno le società di capitali”.

La durata nel tempo di un piano pone quindi chi lo articola (e chi lo attesta) di fronte alla necessità – nei limiti del possibile – di anticipare quelle che potrebbero essere nel “durante” le eventuali situazioni capaci di non consentire l’adempimento del piano o dell’accordo nei termini previsti o concordati.

Di qui il suggerimento di due ulteriori presidi: strumenti (per lo più negoziali) che consentano al piano, fin dalla sua iniziale attestazione, di “aggiustarsi” nel corso del tempo, sicché le eventuali modifiche risultino già “coperte” dalle iniziali previsioni; e, comunque, un controllo sulla esecuzione del piano, un monitoraggio al fine di verificare gli eventuali scostamenti rispetto a quanto previsto, permettendo in tal modo di ipotizzare delle soluzioni alternative (salvo poi ad individuare quali in concreto).

Quanto al primo punto, si è detto che il piano stesso potrebbe individuare fin dall’inizio una pluralità di scenari alternativi¹⁰ o meccanismi di adeguamento automatico (cosiddette clausole di “*self adjusting*”). Ed in ogni caso che, laddove il piano assuma una forma negoziale, potrebbero essere inserite delle clausole che disciplinano dei meccanismi di rilevazione di dati (i cosiddetti “*covenants* informativi”).

Ma l’aspetto maggiormente problematico si delinea in un orizzonte temporale successivo, allorché sia appurato che non sono ipotizzabili gli scenari alternativi pur preventivamente ipotizzati; che non sono previsti o che non possono operare le clausole di adeguamento automatico; e allorché l’attività di monitoraggio sulla esecuzione del piano faccia emergere chiaramente che, rispetto al momento della attestazione, sono intervenute delle modifiche che rendono il piano ormai “irragionevole” ovvero “inidoneo”, realizzando uno “scostamento tra la realtà e le previsioni”¹¹.

Da tale circostanza si trae, in primo luogo, la conseguenza che l’originaria attestazione non può più assolvere alla funzione di esentare “atti, pagamenti e garanzie” dall’esercizio dell’azione revocatoria fallimentare,

¹⁰ Così MELECCHI, *La rilevanza giuridica del piano economico finanziario (Business Plan)*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 272 ss., ove si individua la possibilità di distinguere un *base*, un *best* e un *worst case*.

¹¹ ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 1261.

per quegli atti, pagamenti e garanzie che fossero posti in essere successivamente al verificarsi di quello “scostamento” (ma analogamente potrebbe argomentarsi in tema di perdita della “prededuzione”).

Questo può dirsi in un duplice senso:

da un lato perché, ove si intendesse comunque percorrere la strada del risanamento ovvero della ristrutturazione, sarebbe comunque necessario porre in essere operazioni diverse da quelle originariamente contemplate nel piano, che pertanto resterebbero comunque al di fuori delle previsioni originariamente “coperte” dalla attestazione; in questo caso – si nota – il terzo non potrebbe comunque giovarsi della esenzione dalla revocatoria ¹²;

dall’altro perché, ancorché l’operazione posta in essere sia effettivamente contemplata nel piano, il venir meno – a seconda dei casi – della ragionevolezza ovvero della attuabilità del piano stesso comporterebbe comunque il venir meno della efficacia esimente della attestazione, essendo quest’ultima riferita ad una situazione non più attuale.

Con riferimento, più in particolare, al caso degli accordi di ristrutturazione, in dottrina si sono sollevati vari problemi, “stratificati”:

- se la modifica del piano importi anche una modifica dell’accordo;
- se la modifica dell’accordo debba essere sottoposta a nuova omologazione;
- se oltre alla nuova omologazione, sia altresì necessaria anche una nuova attestazione ¹³.

Quanto al primo punto, esso sottintende che nell’accordo di ristrutturazione il *piano* sia qualcosa di diverso dall’*accordo* ¹⁴. Da una parte, è evidente che il piano finanziario – nella misura in cui sia considerato qualcosa di diverso dall’accordo – potrà essere modificato liberamente, laddove tale modifica non trasmodi, peraltro, in un disallineamento rispetto agli impegni assunti dell’accordo. Ma, almeno se concepito in questa prospettiva, il fenomeno risulta giuridicamente irrilevante ¹⁵.

¹² MEO, *I “piani di risanamento” previsti dall’art. 67, l. fall.*, in *Giur. comm.*, 2011, I, pp. 50-51, il quale ritiene necessaria una nuova attestazione.

¹³ MOLINARI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall.*, cit., pp. 76-80.

¹⁴ Per una sostanziale identità tra piano ed accordo LOMBARDI, BELTRAMI, *I criteri*, cit., p. 738; nel senso per cui anche nei piani di risanamento si presuppone comunque una negoziazione COSTA, *Esenzione dall’azione revocatoria e prededuzione nelle procedure stragiudiziali di risanamento delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 537.

¹⁵ A questa eventualità pare alludere MOLINARI, *Accordi*, cit., p. 79, laddove ipotizza una situazione in cui “gli accordi già omologati non vengano modificati, ma la loro effi-

Nella prospettiva, invece, di addivenire ad una modifica delle clausole costituenti nel loro insieme l'accordo, si è ipotizzato che una nuova omologazione sarebbe necessaria soltanto nel caso in cui la nuova situazione determinatasi possa pregiudicare l'idoneità dell'accordo a garantire il pagamento dei creditori non aderenti ovvero dei creditori successivi alla omologazione, mentre la nuova omologazione non sarebbe necessaria nel caso in cui intervengano correttivi con i creditori aderenti (salvo il caso in cui sopraggiunga una crisi "grave")¹⁶. Sempre secondo quanto parrebbe evincersi da tale opinione, soltanto in tale ipotesi la modifica andrebbe non soltanto nuovamente *omologata*, ma altresì *attestata*.

In realtà non vi è ragione per scindere, nel meccanismo di omologazione previsto dall'art. 182-*bis*, l'omologazione stessa dalla previa e necessaria attestazione, né è possibile immaginare che il Tribunale, chiamato ad una nuova omologa, non pretenda una nuova attestazione. Sicché non si comprende sulla base di quale assunto, in sede di modifica del piano sotteso all'accordo, questo possa essere "omologato" senza essere prima "attestato"; o ritenersi, come nell'opinione poc'anzi ricordata, che l'attestazione sia necessaria alla nuova omologa soltanto nel caso di sensibile aggravamento della crisi. Probabilmente l'equivoco sorge già nelle "linee-guida", la cui raccomandazione n. 15 così si esprime: "in caso di modifica del piano è necessario procedere alla redazione di un nuovo piano, da sottoporre, qualora si intenda assicurare effetti protettivi agli atti da compiere in sua esecuzione, all'attestazione ex art. 67, comma 3 lett. d) o all'omologazione ex art. 182-*bis*": ma è da credere che i redattori delle linee-guida abbiano così inteso fare riferimento sinteticamente all'intero procedimento che mette capo all'omologa, ricomprensivo, quindi, dell'attestazione del professionista: né si vede come si possa pervenire a soluzioni diverse sulla base di solide argomentazioni testuali.

cacia o eseguibilità venga ad essere interessata dalle modifiche apportate al piano". L'A. esprime chiaramente l'idea che il piano sia distinto ed autonomo rispetto all'accordo, giacché allude anche all'ipotesi in cui l'accordo sia stato già integralmente eseguito, e ciononostante si addivenga ad una revisione del piano.

¹⁶ MOLINARI, *Accordi*, cit., p. 78. Nel senso per cui non sarebbe necessario procedere ad una nuova omologa nel caso in cui il fatto nuovo pregiudica soltanto i creditori aderenti al piano, ARATO, *Ammissibilità*, cit., p. 3.

2.1. In particolare: il soggetto incaricato del monitoraggio.

Come già accennato, la disciplina di legge non prevede espressamente né che il piano debba essere monitorato, né, tantomeno, a chi competa detto monitoraggio: anzi, è stato giustamente evidenziato come il monitoraggio del piano non sembrerebbe rappresentare – stante l'assenza di riferimenti normativi – oggetto di un *obbligo*, quanto, se mai, di un *onere*, che dovrebbe fare capo a coloro che compiono “atti anormali”, che sono poi coloro che benificerebbero dell'esenzione dalla revocatoria¹⁷. È quindi evidente che l'opportunità della attività e della sua attribuzione ad uno specifico soggetto possa e debba essere risolta proprio in sede di piano o di accordo, attraverso delle apposite previsioni, che nel caso di accordo dovranno necessariamente assumere carattere convenzionale¹⁸.

Le “linee-guida” già citate, oltre a ritenere presupposto un monitoraggio da parte della stessa impresa, ipotizzano la individuazione di un “comitato tecnico”, composto da due o più professionisti di fiducia dell’impresa e dei creditori, con il coinvolgimento dell’organo di controllo. Non escludono – peraltro – che detto compito di controllo possa essere attribuito *in via negoziale* allo stesso professionista attestatore¹⁹.

In fattispecie complesse, si è anche affermato che un compito di monitoraggio possa essere attribuito al fiduciario di un *trust*, laddove appunto quest’ultimo strumento venga utilizzato per favorire la liquidazione della società attraverso un accordo di ristrutturazione²⁰.

La giurisprudenza ha talora evidenziato una soluzione ulteriore, consistente nella attribuzione del ruolo di monitoraggio (in questo caso

¹⁷ ZORZI, *Il finanziamento*, cit., p. 1261. Analogamente FICHERA, *I controlli*, cit., p. 7, evidenzia la mancanza dell'apprestamento di una strumentazione necessaria per monitorare l'adempimento degli accordi, di talché tale monitoraggio non potrebbe che spettare all'iniziativa dei creditori, e segnatamente delle banche.

¹⁸ CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 322.

¹⁹ Si veda al riguardo la *Raccomandazione n. 13* all'interno della edizione 2010 delle *Linee-guida*.

²⁰ Così CAPOBIANCO, *Gli accordi*, cit., che richiama al riguardo Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in www.ilcaso.it. Secondo FIMMANO, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. not.*, 2011, I, p. 522, nel nostro ordinamento sarebbe ipotizzabile un utilizzo del trust in quanto “funzionale alla segregazione soltanto di beni di terzi diversi dal debitore posti a garanzia della corretta e tempestiva esecuzione dell'accordo”.

di un accordo di ristrutturazione) alle banche aderenti: il riferimento è ancora una volta al noto caso della ristrutturazione ²¹ di “Risanamento S.p.A.”.

Tale soluzione non pare destinata ad assumere particolare significatività, ed in ogni caso non può assurgere a criterio generale, non fosse altro che per la constatazione che le banche (ancorché coinvolte nella assoluta maggioranza dei casi) non sono destinate ad essere necessariamente parte di un accordo. È vero peraltro che, laddove siano partecipi del piano, le banche avrebbero comunque uno specifico obbligo di monitoraggio, ma soltanto ove uno degli atti esecutivi del piano sia la concessione di un finanziamento, di talché l’obbligo di monitoraggio coinciderebbe in ultima analisi con il controllo della sussistenza nel tempo della meritevolezza del credito ²². Tali considerazioni devono però essere mitigate alla luce della esistenza di disposizioni normative che effettivamente attribuiscono alle banche (oltre che agli intermediari finanziari) un compito (se non di controllo) di attenta verifica degli atti che sono compiuti nell’ambito di operazioni di ristrutturazione e di risanamento. Il riferimento è alla Comunicazione UIF del 24 settembre 2009, recante “Schemi rappresentativi di comportamenti anomali ai sensi dell’art. 6, co. 7, lett. b) del d.lgs. 231/2007 – Imprese in crisi ed usura”. In tale documento le banche sono chiamate a “valutare con la massima attenzione (...) l’evoluzione dei rapporti intrattenuti con soggetti in difficoltà economica o finanziaria”: nella individuazione degli schemi operativi collegati, molte situazioni descritte potrebbero astrattamente essere coinvolte nella esecuzione di un piano ²³. Tuttavia va rimarcato che in tale contesto il controllo sulla esecuzione del piano non è finalizzato a rendere attuale un monitoraggio volto ad attivare tutti i meccanismi necessari per assicurare successo al piano, ma semplicemente ad attivare banche ed intermediari finanziari in presenza di indici di anomalia che possano anche astrattamente ricondurre ad ipotesi di riciclaggio (nella nozione fatta propria dal d.lgs. n. 231 del

²¹ Trib. Milano, Sez. II, decr. 10 novembre 2009, in *Il fallimento*, 2010, 195 ss., con nota di FABIANI, “*Competizione*” fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali, nonché in *Corr. giur.*, 2010, p. 109 ss., con nota di COLESANTI, *Crisi d’impresa, accordi di ristrutturazione e insolvenza (“prospettica”)*.

²² ZORZI, *Il finanziamento*, cit., p. 1263.

²³ Sul punto SPAZIANI, *Il ruolo delle banche nella revisione dei piani attestati*, in atti del convegno, *Modifica e revisione degli accordi di ristrutturazione e dei piani di risanamento nella crisi d’impresa*, Milano 24-25 maggio 2011.

2007). Sicché non pare che il documento, pur autorevole, possa costituire un indice normativo volto ad attribuire in via normale alle banche e agli intermediari finanziari un ruolo di monitoraggio sulla esecuzione dei piani.

Al di là di tale appunto, quanto sin qui detto si muove nell'ambito di mere valutazioni di "opportunità", che, ove compiute, sarebbero destinate a tradursi in corrispondenti previsioni di natura necessariamente negoziale.

È però opportuno e doveroso rilevare che, al di là di quelle che possono essere le determinazioni della autonomia negoziale delle parti, un importante esercizio, erroneamente trascurato in modo aprioristico, potrebbe essere quello di verificare se, pur in mancanza di una espressa indicazione da parte del diritto positivo in tal senso, non possano ricavarsi in via interpretativa dalle norme regolatrici delle indicazioni circa l'esigenza di un controllo nel tempo e la individuazione del soggetto a cui tale controllo competa.

In questo senso si è sostenuta la possibilità e l'opportunità di una "interpretazione adeguatrice" delle disposizioni in tema di accordo di ristrutturazione, alla luce della quale si è ritenuto di poter evincere una volontà del legislatore nel senso di attribuire al professionista attestatore anche il compito del controllo nel tempo del perdurare della fattibilità della esecuzione ²⁴.

Tale interpretazione si pone certamente oltre i limiti di quanto si è ad oggi ritenuto costituire il "perimetro" della responsabilità del professionista: e nondimeno l'attribuzione allo stesso di una sorta di "posizione di garanzia" potrebbe astrattamente ben porsi in linea di continuità con il contenuto della sua funzione, con la quale risulterebbe del tutto coerente. Tuttavia l'attribuzione di siffatta responsabilità comporterebbe una dilatazione di quel perimetro talmente ampia da ritenere difficilmente comprensibile il silenzio della legge su di un punto così significativo, se non attribuendo a quel silenzio il valore di una esclusione. Il legislatore sembra peraltro aver fornito un indiretto argomento a sostegno della interpretazione "adeguatrice" cui si è fatto cenno: nel dettare – con la legge n. 3 del 2012 – la disciplina degli ac-

²⁴ Questa è la tesi fatta propria da CASTIELLO D'ANTONIO, *Gli accordi*, cit., secondo cui ben potrebbero definirsi i compiti informativi spettanti al professionista alla luce di quanto attribuito al "comitato ristretto" nel "Codice di comportamento banche – imprese in crisi" di cui alla *Circolare ABI Serie Legale n. 9* del 3 aprile 2000.

cordi nelle situazioni di sovraindebitamento di soggetti non sottoponibili a procedure concorsuali, ha infatti affidato il compito di «monitorare» l'attuazione dell'accordo allo stesso soggetto che ne attesta la fattibilità (organismo di composizione delle crisi: art. 17).

3. Modifiche del piano e finanziamenti prededucibili.

Un ultimo accenno deve compiersi con riguardo ai possibili effetti della modifica del piano omologato sui finanziamenti concessi in esecuzione di quest'ultimo, ovvero in funzione della presentazione della domanda di omologazione di un accordo ²⁵. A questi finanziamenti, infatti, l'art. 182-*quater* accorda, rispettivamente, la prededuzione e la “parificazione alla prededuzione”, in questo secondo caso purché il finanziamento sia previsto dal piano e la prededuzione sia espressamente prevista nel provvedimento di omologa.

Nel caso di un finanziamento concesso in esecuzione di un piano si potrebbe astrattamente ipotizzare che, nell'ipotesi in cui l'accordo modificato e la relativa attestazione non prendano più in considerazione il finanziamento, il relativo credito perda il carattere di prededucibilità.

Si tratterà, in generale, di finanziamenti concessi successivamente alla stipulazione dell'accordo (ma non necessariamente alla sua omologazione ²⁶).

Sennonché, poiché la prededuzione consegue all'omologazione dell'accordo, ed è intesa ad assicurare un particolare trattamento del credito proprio per il caso in cui l'accordo non sortisca il suo fine, tanto più dovrebbe – comunque – conservare detto carattere per il caso di modifica del piano, intervenuta successivamente alla omologazione, e sempreché, beninteso, il finanziamento sia stato già erogato, o comunque la banca non abbia condizionato la erogazione alla circostanza che non siano sopraggiunte *medio tempore* situazioni nuove.

Più articolata l'ipotesi nella quale sia stato previsto un “finanziamento ponte”, vale a dire un finanziamento effettuato in funzione della doman-

²⁵ Sul punto PERUGINI, *L'intervento delle banche nei finanziamenti di cui al primo ed al secondo comma del nuovo art. 182 quater legge fallim.*, in *Dir. fall.*, 2011, I, p. 335 ss.

²⁶ BONFATTI, *Il sostegno*, cit., p.143. Nella stessa prospettiva anche AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Il fallimento*, 2011, p. 644, a condizione, però, che il finanziamento sia espressamente previsto dal piano.

da di omologazione di ristrutturazione dei debiti. Il credito relativo a tale finanziamento, infatti, ai sensi dell'art. 182-quater, co. 1, l.fall, è prededucibile, a condizione però che il finanziamento sia previsto nell'accordo, e che la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento di omologa.

È stato esattamente osservato²⁷ che, nel momento in cui il finanziamento ponte viene concesso, non vi è ancora alcun accordo – se mai, una proposta di accordo, rispetto alla quale va valutato il requisito della *funzionalità alla presentazione della domanda di omologazione* – sicché, al momento della concessione, non vi è certezza né che un accordo raggiunto preveda il finanziamento, né che un provvedimento di omologa dell'accordo disponga la prededuzione. Senza contare che, ove poi l'accordo differisca dalla proposta, si potrebbe dubitare della sussistenza della aspirazione alla prededuzione, giacché il finanziamento risulterebbe difettare, *ex post*, del requisito della *funzionalità*, essendo stato “pensato” con riferimento ad una proposta che non è conforme al successivo accordo.

Certamente, è ben possibile anche l'eventualità che il finanziamento non venga previsto nella proposta di accordo, perché non vi è nessuna proposta di accordo, vale a dire perché non è stato posto in essere alcun meccanismo di protezione delle trattative ai sensi dell'art. 182-bis, co. 4. In tal caso non si porrebbero problemi di coerenza tra accordo e proposta di accordo e la funzionalità andrebbe riguardata unicamente con riferimento all'accordo. È soltanto in questo ambito che può ammettersi la teoria – proposta in dottrina – del c.d. “finanziamento-ponte ambivalente”, vale a dire del finanziamento concesso in funzione sia di un accordo di ristrutturazione, sia di un concordato preventivo²⁸. Tuttavia non pare di poter condividere l'opinione secondo la quale il giudizio di funzionalità avvenga “ex post”, nel senso di una vera e propria scelta, tra i finanziamenti concessi prima dell'accordo, di quelli destinati a essere “salvati”, in quanto la funzionalità pare essere una qualità del finanziamento che deve sussistere fin dal momento della sua concessione.

Non potrebbe invece sostenersi la teoria del “finanziamento-ponte ambivalente” quando il finanziamento sia già previsto nella proposta di accordo di ristrutturazione.

²⁷ GIOVETTI, *Modifica*, cit., p. 16.

²⁸ STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Il fallimento*, 2010, pp. 1355-1356.

In quest'ultimo caso potrebbe piuttosto porsi l'eventualità che pur essendo il finanziamento previsto nella proposta di accordo – sulla base della quale il tribunale, ricorrendone le condizioni, abbia disposto il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati – la protezione venga a “scadere” prima della omologazione. Ma tale eventualità – pur evidentemente mettendo in pericolo la possibilità di giungere poi concretamente alla omologazione – non pare di per sé pregiudicare il riconoscimento della prededuzione, ove beninteso a quella omologazione si addivenga comunque.

Un'ultima riflessione deve essere riservata alla forma tecnica – vale a dire alla tipologia contrattuale – che potrà assumere in finanziamento concesso “in funzione” o “in esecuzione” di un accordo.

Il testo dell'art. 182-*quater*, co. 2 (relativo ai finanziamenti effettuati in funzione della domanda di omologazione), non riproduce, al riguardo, esattamente quello dell'art. 182-*quater*, co. 1 (relativo ai finanziamenti effettuati in esecuzione di un accordo di omologazione). Soltanto in quest'ultimo caso, infatti, il riferimento è ai finanziamenti concessi “in qualsiasi forma”: di talché potrebbe argomentarsi che le forme tecniche consentite nel primo caso diano corpo ad una gamma (per lo meno) più ristretta. L'argomento esulerebbe dal contesto del tema trattato, se non per la circostanza che si è ipotizzato che la differente espressione utilizzata sia indicativa del richiamo al tipo contrattuale del mutuo per i finanziamenti c.d. “funzionali alla domanda”. Ove fosse privilegiata questa ipotesi interpretativa, se ne dovrebbe dedurre che non avrebbero a porsi i problemi di “congelamento” degli effetti del finanziamento fino al momento della omologazione, pure paventato in dottrina²⁹.

Tutto ciò a meno che non si attribuisca al termine “finanziamento” non già il valore atecnico di “contratto di credito” – significato che viene invece senz’altro fatto proprio, ad esempio, nella disciplina delle “particolari operazioni di credito” contenuta nel Testo Unico Bancario (artt. 38-48)³⁰ – bensì quello, fatto proprio dalla giurisprudenza, di “mutuo di scopo legale”³¹. Tale possibilità, nella misura in cui il finanziamento

²⁹ AMBROSINI, *Profili*, cit., p. 645.

³⁰ Sul punto sia consentito fare riferimento a FALCONE, *Riflessioni sulla nozione di “finanziamento” negli artt. 38 segg. del decreto legislativo n. 385 del 1993: il credito fondiario come contratto*, in *Dir. fall.*, 1999, I, p. 659 ss.

³¹.... Per tutte Cass., 3 dicembre 2007, n. 25180, in *Vita not.*, 2008, 1, p. 161.

venga concepito come un “mutuo consensuale” con obbligo di destinazione, consentirebbe allora al finanziatore di condizionare l’erogazione del finanziamento al riscontro della omologazione, oltre che all’effettivo utilizzo delle somme finanziate per le finalità declinate all’interno del “piano”, e quindi, in ultima analisi, ad effettuare l’erogazione soltanto al ricorrere delle condizioni indicate nel piano, così da evitare il rischio che la modifica di queste possa comportare una perdita della “prededuttività”.

Se la logica giuridica – la stessa che ha informato il brocardo *“ubi lex distinguit et nos distinguere debemus”* – continua a costituire un parametro preso in considerazione dal legislatore, la necessaria valorizzazione della distinzione terminologica potrebbe allora portare alla conclusione che l’utilizzo di strumenti contrattuali di credito di natura consensuale quali il “finanziamento” (inteso quale “mutuo di scopo”) possa prestarsi non tanto al “governo” delle modifiche intermedie del piano, quanto alla tutela della posizione creditoria della banca o dell’intermediario finanziario che abbia consentito al finanziamento stesso.

GIOVANNI FALCONE