



Ordine
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
di Pescara

COMMISSIONE PROCEDURE CONCORDATARIE



La convenzione di moratoria bancaria

**EX ART. 182-SEPTIES,
COMMA V E SEG., L.F.**

Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Pescara

Presidente

Dott. Giancarlo Grossi

Consiglieri

Dottori: Patrizia Manzoli; Giuliano Della Volpe; Mario Di Giulio; Maria Chiara Agresta; Carlo Cappelluti; Francesca Della Torre; Michele Di Bartolomeo; Alessandro Paglione; Maria Chiara Rapino; Maurizio Tambascia

Commissione Procedure Concorsuali

Presidente

Dott. Saverio Mancinelli

Dottori Commercialisti Autori e Membri della Commissione

Saverio Mancinelli

Francesco Callocchia

Pietro Zincani

Mery Pistillo

Cristian Santurbano

Lorenzo Di Nicola

Nataschia De Luca

Stefano Bellonio

Luca De Gennaro

Roberta Paradiso

Antonio Nino Carozza

Fabiola Di Francesco

Mario Marzovilla

Manfredo Piattella

Luca Cosentino

*E-Book pubblicato in PESCARA, 7 dicembre 2017 su:
sito Ordine Dottori Commercialisti Pescara www.odecec.pescara.it*

SOMMARIO

I	- Premessa	pag. 5
	<i>(dott. Saverio Mancinelli)</i>	
	1.1 Lineamenti della riforma fallimentare	" 5
	1.2 Introduzione alla convenzione di moratoria	" 13
	1.3 Possibili evoluzioni legislative (L. delega 19/10/2017, n. 155)	" 23
II	- I soggetti destinatari della moratoria	pag. 26
	<i>(dott. Francesco Callocchia e dott. Pietro Zincani)</i>	
	2.1 Impresa “in crisi”	" 26
	2.2 Banche e intermediari finanziari	" 33
III	- La convenzione di moratoria	pag. 40
	<i>(dott.ssa Meri Pistillo e dott. Cristian Santurbano)</i>	
	3.1 Composizione dell’indebitamento	" 40
	3.2 Contenuto	" 41
	3.3 Durata	" 44
	3.4 Finalità	" 46
	3.5 Trattative ed oneri informativi	" 48
IV	- La suddivisione dei creditori in “categorie”	pag. 52
	<i>(dott. Lorenzo Di Nicola)</i>	
	4.1 Obbligo o facoltà della suddivisione	" 52
	4.2 Posizione giuridica ed interessi economici.....	" 56
V	- L’attestazione del professionista	pag. 63
	<i>(dott.ssa Natascia De Luca, dott. Stefano Bellonio e dott. Luca De Gennaro)</i>	
	5.1 Requisiti del professionista	" 63
	5.2 Oggetto dell’attestazione	" 67
VI	- Le pattuizioni coercibili e le obbligazioni <i>di facere</i>	pag. 72
	<i>(dott. Saverio Mancinelli e dott.ssa Roberta Paradiso)</i>	
	6.1 Premessa	" 72
	6.2 Divieto di esecuzione di nuove prestazioni	" 73
	6.3 Utilizzo di affidamenti esistenti	" 75
	6.4 Linee di credito “autoliquidanti”	" 76
	6.5 Deroga per contratti di locazione finanziaria	" 79

VII - Gli effetti della moratoria e la loro decorrenza	pag.	81
<i>(dott. Antonio Nino Carozza)</i>		
7.1 Effetti dell'istituto in deroga al codice civile	"	81
7.2 Decorrenza per i creditori finanziari aderenti	"	89
7.3 Decorrenza per i creditori finanziari non aderenti	"	89
VIII - L'opposizione del creditore alla moratoria	pag.	91
<i>(dott.ssa Fabiola Di Francesco e dott. Mario Marzovilla)</i>		
8.1 Decorrenza	"	91
8.2 Oggetto	"	94
IX - L'indagine del tribunale nel giudizio di opposizione	pag.	96
<i>(dott.ssa Fabiola Di Francesco e dott. Mario Marzovilla)</i>		
9.1 Partecipazione e svolgimento alle trattative	"	96
9.2 Formazione delle categorie di creditori	"	98
9.3 Soddisfazione dei creditori rispetto alle alternative praticabili	"	99
X - Le possibili "intersezioni" con gli altri procedimenti	pag.	101
<i>(dott. Manfredo Piattella)</i>		
10.1 Piano attestato di risanamento	"	101
10.2 Accordo di ristrutturazione dei debiti	"	104
10.3 Concordato preventivo	"	114
10.4 Fallimento	"	117
XI - La "trasmissione della relazione" ed eventuali profili penali	pag.	124
<i>(dott. Luca Cosentino e dott.ssa Natascia De Luca)</i>		
11.1 Trasmissione della relazione al pubblico ministero	"	124
11.2 Sanzioni penali per il debitore	"	127
11.3 Sanzioni penali per il professionista attestatore	"	128
APPENDICE - Formulario: Convenzione di moratoria bancaria	pag.	131
<i>(dott. Saverio Mancinelli e dott.ssa Fabiola Di Francesco)</i>		

Premessa

(autore: *dott. Saverio Mancinelli*)

SOMMARIO CAPITOLO I: 1.1 Lineamenti della riforma fallimentare – 1.2 Introduzione alla convenzione di moratoria – 1.3 Possibili evoluzioni legislative per la moratoria (legge delega 19 ottobre 2017, n. 155)

1.1 - Lineamenti della riforma fallimentare

Dopo la modifica nel nostro ordinamento del diritto societario¹, il grande assente era il capitolo della crisi dell'impresa²: anche con lo scopo di “riallineare” i due corpi legislativi, nasceva l'esigenza di modificare il R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (c.d. “legge fallimentare”).

Nell'anno 2002 il governo istituiva una commissione ministeriale per la riforma delle procedure concorsuali (c.d. “commissione Trevisanato”),

¹ La riforma del diritto societario è stata attuata mediante il D.Lgs. n. 61/2002, che ha per oggetto i profili penali e sanzionatori del diritto commerciale e che ha riformato gli artt. 2621 e ss. c.c.; il D.Lgs. n. 5/2003, che ha dettato nuove regole processuali (nonché di risoluzione arbitrale e di conciliazione) per le controversie in materia societaria, bancaria e finanziaria e il D.Lgs. n. 6/2003, che ha riscritto i Capi V e ss. (*Le Società di capitali*) del Titolo V (*Delle Società*) e il Titolo VI (*Imprese cooperative*) del codice civile.

² La ragione, è dovuta al motivo che il corpo legislativo che riguarda la fisiologia dell'impresa (codice civile) è distinto dal corpo legislativo che riguarda la crisi dell'impresa (legge fallimentare), per le ragioni storiche che giustificavano una legge speciale, come all'origine fu la *lex mercatorum*.

preannunciando che in breve tempo sarebbe stata eseguita una sostanziale riforma del diritto fallimentare. Nello stesso periodo veniva varato un disegno di legge (AS 1243 del 2002, denominato “mini riforma”) con contenuto più limitato, rispetto alla missione generale affidata alla commissione Trevisanato. Sostanzialmente nel disegno di legge erano contenuti una serie di innesti alla legge fallimentare, anche provenienti dal diritto vivente e dalla Corte Costituzionale, su norme specifiche. Nel febbraio 2004 la commissione Trevisanato completava il lavoro presentando non uno, ma due concorrenti schemi di riforma della legge fallimentare, uno approvato dalla maggioranza dei componenti, l’altro da una minoranza. In tale fase il Ministro della giustizia decideva la nomina di una commissione ristretta avente il compito di produrre un terzo testo definitivo. Tale compito veniva portato a termine nel luglio 2004 e successivamente reso oggetto di discussioni e congressi. Il testo della commissione Trevisanato e della commissione ristretta, veniva abbondantemente rivisto e stralciato, per trasformarsi nel dicembre 2004, in un maxi-emendamento governativo al disegno di legge che languiva al senato dal 2002.

Il corpo organico della riforma veniva, quindi, scisso: tramite decreto legge, alcune norme venivano introdotte nel nostro ordinamento nel marzo 2005 (**D.L. 14 marzo 2005, n. 35**), successivamente una riforma generale veniva varata nel gennaio 2006 (**D.Lgs. n. 5 del 9 gennaio 2006**) ed infine le norme venivano “corrette” nel settembre 2007 (**D.Lgs. n. 169 del 12 settembre 2007**).

Tra i tre decreti “cardine” della riforma sono stati, inoltre, inseriti ulteriori interventi legislativi minori, definibili di “aggiustamento ed evoluzione”, attuati mediante la seguente decretazione d’urgenza³:

- D.L. 30 dicembre 2005, n. 273 convertito dalla L. 23 febbraio 2006, n. 51;

- D.L. 29 novembre 2008, n.185, convertito dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2;

- D.L. 31 maggio 2010, n. 78 convertito dalla L. 30 luglio 2010, n. 122;

- D.L. 6 luglio 2011, n. 98 convertito dalla L. 15 luglio 2011, n.111;

- D.L. 22 giugno 2012 n. 83 (c.d. decreto legge “crescita e sviluppo”, recante all’art. 33 la “Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale”), convertito, con modifiche, dalla L. 7 agosto 2012 n. 134⁴;

- D.L. 18 ottobre 2012 n. 179 (c.d. decreto legge *bis* “crescita e sviluppo”), convertito dalla L. 17 dicembre 2012 n. 221, che ha introdotto per le procedure concorsuali con decorrenza dal 19/12/2012,⁵ la

³ Appare lecito chiedersi se sussistesse davvero l’esigenza di interventi così improrogabili, da dovere essere disposti con decreto-legge. Al riguardo, va ricordato che la Corte costituzionale, con la sentenza 23 maggio 2007, n. 171, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di un decreto-legge, per carenza «del requisito della straordinarietà del caso di necessità e d’urgenza di provvedere» richiesti dall’art. 77, secondo comma, Cost. escludendo che la stessa possa ritenersi sanata dalla legge di conversione.

⁴ Le disposizioni del D.L. 83/2012 non hanno avuto effetto immediato, ma si applicano ai procedimenti di concordato preventivo e per l’omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti introdotti dal **trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione** del decreto legge “sviluppo”, nonché ai piani di risanamento elaborati successivamente al predetto termine, ove la conversione è stata attuata dalla Legge 7 agosto 2012 n. 134, pubblicata sul Supplemento Ordinario n. 171 della Gazzetta n. 187 dell’11 agosto.

⁵ In realtà, l’art. 17 della Legge n. 221/12 distingue tra:

digitalizzazione delle comunicazioni, con passaggi procedurali tutti connotati dalla medesima struttura, ovvero dall'inserimento dell'uso della posta elettronica certificata (p.e.c.) per determinate notifiche e comunicazioni ⁶;

- D.L. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. "decreto del fare"), convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98;

A) procedure di fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria pendenti, nelle quali alla data del 19 dicembre 2012 **non sia stata effettuata la comunicazione** prevista dagli articoli 92, 171, 207 L.F. e dall'articolo 22 D.Lgs. n. 270/99 (co. 4): per esse, le nuove disposizioni si applicano dalla data di entrata in vigore della legge, cioè **dal 19 dicembre 2012**;

B) procedure di fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria pendenti, nelle quali alla data del 19 dicembre 2012 **sia stata già effettuata la comunicazione** prevista dagli articoli 92, 171, 207 L.F. e dall'articolo 22 D.Lgs. n. 270/99 (co. 5): per esse, le nuove disposizioni si applicano a decorrere **dal 31 ottobre 2013**. In tal caso, il curatore, il commissario giudiziale, il commissario liquidatore e il commissario straordinario entro il 30 giugno 2013 devono comunicare ai creditori (e ai terzi titolari di diritti sui beni) il loro indirizzo di p.e.c., invitandoli a comunicare, entro tre mesi, l'indirizzo di p.e.c. cui intendono ricevere tutte le comunicazioni relative alla procedura, con l'onere di rendere nota ogni sua successiva variazione, e con l'avvertimento espresso che, in caso di omessa indicazione, le comunicazioni verranno eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria.

⁶ In generale l'uso della p.e.c. è obbligatorio per le comunicazioni all'inizio della procedura e per tutte le successive comunicazioni ed in caso di mancata indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata o di mancata comunicazione di una successiva variazione, ovvero nei casi in cui le comunicazioni sono comunque impossibili per causa imputabile al creditore, esse si eseguono mediante deposito nella cancelleria. Le disposizioni si applicano anche nelle procedure pendenti nelle quali al momento della entrata in vigore della legge di conversione (19 dicembre 2012) non siano state ancora effettuate le comunicazioni degli avvisi *ex* artt. 92 (per il fallimento), 171 (per il concordato preventivo), 207 (per la liquidazione coatta) e 22 D.Lgs. n. 270 per l'amministrazione straordinaria. Nei procedimenti in cui tali adempimenti siano stati già eseguiti alla data predetta, l'applicazione è differita al 31 ottobre 2013 ed è previsto che gli organi delle procedure, entro il 30 giugno 2013, comunichino i loro indirizzi di posta elettronica ai creditori ed ai titolari di beni appresi e li invitino a comunicare i propri indirizzi di p.e.c. entro tre mesi con avviso che, in mancanza, le comunicazioni verranno eseguite mediante deposito in cancelleria.

- D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132 che, tra le altre modifiche della legge fallimentare, ha introdotto, per quanto ci occupa nella presente sede, l'**art. 182-septies**, dove si disciplinano due distinti istituti: l'**accordo di ristrutturazione con le banche e gli intermediari finanziari** (commi da n. 1 a n. 4) e la **convenzione di moratoria** (commi da n. 5 a n. 9);

- D.L. 3 maggio 2016, n. 59, convertito dalla L. 30 giugno 2016, n. 119.

Le prime modifiche della legge fallimentare, circostanziate in materia di revocatoria fallimentare e di concordato preventivo ⁷, si sono, come detto, avute con decretazione d'urgenza mediante il D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con la legge 14 maggio 2005, n. 80.

L'art. 1, comma 5, della medesima legge n. 80/2005, è stato il provvedimento con cui il legislatore ha delegato al Governo l'attuazione della riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, di cui al Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ponendo i principi ed i criteri direttivi per realizzare una tale riforma.

Dalla legge delega è scaturito un decreto delegato: il D.Lgs. n. 5 del 9 gennaio 2006, che modifica vari, essenziali profili della legge fallimentare del 1942, recependo interpretazioni del "diritto vivente", introducendo *ex novo* istituti (tra cui gli accordi di ristrutturazione dei debiti e l'esdebitazione) ed abrogando l'amministrazione controllata ed il procedimento sommario ⁸.

⁷ Risultano modificati l'art. 67 in materia di revocatoria fallimentare e gli artt. 160, 161, 163, 167, 180, 181, in materia di concordato preventivo, introducendosi altresì l'art. 182-*bis* in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti.

⁸ Il procedimento sommario *ex* artt. 155-159 L.F. del 1942, disciplinava situazioni "virtuali". Nella legislazione del 1942 tale procedimento aveva a sua volta preso il posto dell'abrogato "*piccolo fallimento*". Condizione per l'applicazione del procedimento

Tuttavia il D.Lgs. n. 5/2006 non aveva realizzato pienamente le finalità del rinnovamento della disciplina fallimentare ed il testo normativo licenziato conteneva varie disarmonie e difficoltà interpretative. Per rimediare l'art. 1, comma 3, della legge 12 luglio 2006, n. 228 aggiungeva il comma 5-*bis* alla legge n. 80 del 2005, disponendo che il Governo aveva facoltà di adottare “disposizioni correttive ed integrative” alle norme della legge fallimentare, già modificate o introdotte dal D.Lgs. n. 5/2006, al fine di pervenire ad una “riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali”. In definitiva veniva concessa delega di adottare, mediante un D.Lgs. “correttivo”, una “riforma della riforma” della legge fallimentare, soprattutto nella considerazione delle numerose criticità e problematicità derivanti dalla prima applicazione della novella, anche dovute alla cripticità e scarsa coordinazione di nuove norme innestate nel vecchio tessuto del R.D. del 1942. Le disposizioni, correttive ed integrative, venivano approvate il 15/06/2007 dal Consiglio dei Ministri; tuttavia tale primo “schema” aveva vita breve in quanto il 07/09/2007 il Consiglio dei Ministri approvava un secondo “schema”, parzialmente modificativo rispetto al precedente. Tali norme venivano introdotte nel nostro ordinamento mediante il D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, con entrata in vigore dal 1° gennaio 2008. Le disposizioni correttive si

sommario era un passivo fallimentare non superiore, al momento della dichiarazione di fallimento, all'importo di euro 774,69 (già lire 1.500.000). L'esiguità della cifra, non aggiornata dal 1952, aveva reso, di fatto, l'istituto inapplicato nella prassi, anche se contenuto nella normativa. La legge prevedeva, per tale tipo di fallimento, una procedura semplificata, le cui caratteristiche peculiari erano la nomina facoltativa del comitato dei creditori e la verifica dei crediti con la formazione dello stato passivo, direttamente da parte del giudice senza l'intervento dei creditori. Il giudice delegato aveva il potere di risolvere direttamente eventuali controversie, pronunciando le relative *sentenze* e ciò costituiva una deroga al carattere meramente istruttorio dei poteri del giudice delegato.

applicano soltanto ai procedimenti per dichiarazione di fallimento pendenti a tale data ed alle procedure concorsuali e di concordato fallimentare aperte successivamente alla data di entrata in vigore del decreto stesso. Fanno eccezione a tale disciplina gli artt. 107, 108, 214, 215 L.F. che si applicano a tutte le procedure in corso e le disposizioni transitorie in materia di esdebitazione.

La filosofia ispiratrice della riforma riconduce ad una *sostanziale "privatizzazione"* delle procedure concorsuali⁹, con finalità di **semplificazione** ed **accelerazione** delle stesse, dove la giurisdizione viene essenzialmente relegata ad una funzione di controllo e di soluzione di controversie¹⁰. Nel contempo, la riforma risulta finalizzata a considerare le procedure concorsuali non più come esclusivamente liquidatorie, ma piuttosto come destinate ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa, assicurando la sopravvivenza, ove possibile, di questa e, negli altri casi, procurando, alla collettività ed agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento ed il trasferimento a terzi delle strutture aziendali. In sostanza si è cercato di mutare lo scopo eminentemente sanzionatorio del fallimento in finalità di recupero del patrimonio imprenditoriale. Questa nuova ottica si traduce in un rovesciamento del sistema: la liquidazione

⁹ Per alcuni aspetti più che di evoluzione legislativa si potrebbe parlare di "ritorno al passato"; in particolare per il vincolo che viene a legare il curatore fallimentare ed i creditori, ove questi (come nel codice di commercio del 1882) possono anche chiedere la sostituzione di tale organo.

¹⁰ Nelle osservazioni allo schema del decreto legislativo di riforma, il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, osserva che «mentre in altri sistemi, anche coerentemente liberistici, il controllo di merito del giudice si incrementa quale funzione acceleratoria dei meccanismi di stabilizzazione giuridica delle relazioni di mercato imperfette (...) nel nostro ordinamento conquista sempre più terreno una normazione che guarda al processo come mera sede di ratifica di rapporti di forza».

delle imprese in crisi non è più la regola, ma l'eccezione; in più, si registra l'intenzione legislativa di eliminare ogni ostacolo per il raggiungimento di soluzioni concordatarie o, in qualsiasi altro modo, negoziali, attraverso protezioni e incentivi finalizzati a sollecitare comportamenti collaborativi da parte dell'imprenditore ¹¹.

Sullo scenario di fondo sono stati messi a fuoco i seguenti obiettivi:

➤ attenuazione delle differenze tra il nostro sistema normativo e altri ordinamenti stranieri;

➤ concentrazione di compiti di gestione nelle mani del curatore e del comitato dei creditori, organi che divengono "l'asse portante" della procedura;

➤ conservazione dell'impresa, sia attraverso particolari modalità di esecuzione della procedura fallimentare, sia attraverso la previsione di accordi stragiudiziali, ma anche giudiziali, tra debitore e creditori non legati a schemi fissi;

➤ rimozione di sacrifici ingiustificati per i soggetti coinvolti, con l'eliminazione degli aspetti puramente afflittivi se non ricollegabili ad accertate condotte colpevoli;

➤ salvaguardia delle esigenze di stabilità dei rapporti giuridici e dei traffici economici;

➤ celerità della procedura concorsuale (imposta anche dal diritto alla **ragionevole durata del processo**, principalmente mediante l'abbandono

¹¹ Già da parecchi anni si auspicava un'oculata regolamentazione della prassi delle c.d. "convenzioni bancarie di salvataggio", che avrebbe potuto "aumentare le *chances* di risanamento delle imprese in crisi, considerato che esse presentano il vantaggio di non essere soffocate da ingessature e sovrastrutture gestionali, il che può consentire – quando serve – istantaneità e velocità di decisioni". Così APICE, *L'impresa in crisi: rischi e responsabilità delle banche*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1999, p. 222 ss.

del rito ordinario per le liti interne alla procedura, l'adozione di criteri di "liquidazione selettiva" dell'attivo e l'anticipazione della chiusura in pendenza di giudizi).

Nel suo complesso la riforma delle procedure concorsuali, inizialmente e parzialmente attuata mediante decretazione d'urgenza (D.L. n. 35/2005), completata mediante il D.Lgs. n. 5/2006, "rivista e corretta" tramite il D.Lgs. n. 169/2007 e supportata da singhiozzanti "interventi minori", rappresenta un'occasione mancata di ricostruire integralmente il sistema concorsuale su basi totalmente nuove ed appare, in definitiva, come un "tagliando" ad un sistema vecchio, che lascia ancora l'Italia isolata dagli altri Paesi occidentali.

Da ciò l'esigenza di una definitiva e complessiva rivisitazione della materia concorsuale (**legge 19 ottobre 2017, n. 155**, che contiene la delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza) che, si auspica, dovrebbe intervenire in tempi brevi, in un'ottica di armonizzazione comunitaria e di cui si parlerà nel terzo paragrafo.

1.2 - Introduzione alla convenzione di moratoria

Come già accennato, il D.L. 27 giugno 2015 n. 83, convertito, con modificazioni, dalla Legge 6 agosto 2015 n. 132, ha, tra le altre modifiche, introdotto nella legge fallimentare l'art. 182-*septies*¹².

¹² Come si legge nella Relazione illustrativa ministeriale al D.L. 27 giugno 2015 n. 83, convertito, con modificazioni, dalla Legge 6 agosto 2015 n. 132, la norma introdotta costituisce attuazione della "**raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014**", nella parte in cui (con il dichiarato intento di permettere alle imprese di risanarsi in una fase precoce della crisi, minimizzando i costi, i tempi e l'impatto della ristrutturazione sulla funzionalità dell'impresa) prevede che «per rendere più efficace

Tale norma disciplina due distinti istituti:

- l'**accordo di ristrutturazione con le banche e gli intermediari finanziari** (commi da n. 1 a n. 4);
- la **convenzione di moratoria** (commi da n. 5 a n. 9);

dove entrambi gli istituti sono finalizzati a regolamentare una soluzione negoziale tra l'imprenditore in crisi e gli istituti di credito finanziatori.

Occorre precisare che l'accordo di ristrutturazione con le banche e gli intermediari finanziari (che potrebbe definirsi accordo "speciale") non è un nuovo distinto procedimento, ma è una *sub* fase, facoltativa ed eventuale che si innesta necessariamente in un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis* (che potrebbe definirsi accordo "generale")¹³.

Il presente lavoro tralascia l'accordo di ristrutturazione dei debiti con le banche e con gli intermediari finanziari e focalizza l'attenzione soltanto sui commi 5 e seguenti dell'art. 182-*septies*, che, come accennato, disciplinano la **convenzione di "moratoria temporanea dei crediti"** (anche definita "accordo di sospensione" o *standstill*) tra l'imprenditore "in crisi" (da

l'adozione del piano di ristrutturazione, gli Stati membri dovrebbero inoltre garantire che possano adottarlo soltanto determinati creditori o determinati tipi o classi di creditori, a condizione che gli altri creditori non siano coinvolti».

¹³ Per quanto attiene accordo di ristrutturazione dei debiti, il legislatore della riforma fallimentare ha in parte "rispolverato" l'**art. 825 del codice del commercio del 1882**, contenente un istituto che offriva all'imprenditore – debitore la possibilità di raggiungere un accordo con il 75% dei creditori rappresentanti il totale del passivo, purché il patto contenesse il comune impegno di soluzione di ogni controversia con i creditori non aderenti, finanche pagandoli per intero; l'accordo così strutturato poteva successivamente ricevere l'omologazione del tribunale. Tale istituto venne abrogato dalla legge n. 197/1903, che introduceva il concordato preventivo, lasciando di fatto privi di regolamentazione eventuali accordi stragiudiziali, "abbandonati", quindi, alla creatività dell'autonomia privata.

intendersi nell'ampia accezione che va dalla temporanea tensione finanziaria sino all'insolvenza¹⁴) e le banche¹⁵ e gli intermediari finanziari¹⁶.

In estrema sintesi tale procedimento (per quel che consta, ad oggi, alquanto inesplorato) è riconducibile ad un *pactum de non petendo*, necessariamente temporaneo (infatti, anche se non viene posto alcun riferimento temporale a tale locuzione, la norma esplicitamente utilizza l'espressione “*in via provvisoria*”¹⁷) e con il fine di una successiva e definitiva regolazione del credito.

La “convenzione di moratoria” è un istituto totalmente nuovo, autonomo e non necessariamente collegato ad altri procedimenti, in quanto non è espressamente prevista la funzionalità della moratoria ad una soluzione predeterminata, né che ad essa faccia seguito l'impiego di un qualche diverso strumento; pertanto, nell'ambito di un tentativo di risanamento aziendale, la convenzione di moratoria potrebbe essere utilizzata:

- quale istituto a sé stante;
- quale istituto prodromico o accessorio alla predisposizione di:
 - ✓ un piano attestato di risanamento;
 - ✓ di un accordo ristrutturazione dei debiti;
 - ✓ di un concordato preventivo, liquidatorio o in continuità.

¹⁴ In realtà, affinché il processo di ristrutturazione possa avere esiti favorevoli, appare necessaria l'attuazione in una **fase anticipata della crisi**, quando l'impresa è ancora dotata di larga parte del suo valore.

¹⁵ Sono “banche” gli istituti, autorizzati all'esercizio dell'attività bancaria, che sono iscritti nell'apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia (art. 13 T.U.B.).

¹⁶ La nozione di “intermediari finanziari” è quella che si ricava dagli artt. 106 e 107 T.U.B. e fra questi vanno incluse le società di *leasing*.

¹⁷ Ciò sembra implicare che la “temporaneità della sospensione” debba essere lasciata alla volontà delle parti.

Differentemente dagli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari, l'**accesso** alla convenzione di moratoria non è subordinato alla prevalenza del debito verso le banche e gli intermediari finanziari, rispetto alla totalità dell'indebitamento dell'impresa in crisi.

La peculiarità dell'istituto è quella di essere vincolante, espressamente in deroga agli articoli 1372¹⁸ e 1411¹⁹ del codice civile, anche nei confronti degli intermediari finanziari **non aderenti**, se questi siano stati informati dell'**avvio delle trattative** e siano stati messi in condizione di parteciparvi²⁰.

Inoltre, affinché ciò si verifichi, è necessario che le banche e gli intermediari finanziari vengano suddivisi in **categorie omogenee**²¹ *per posizione giuridica e interessi economici* e che (solo) tale **omogeneità** debba

¹⁸ A norma dell'art. 1372 cod. civ., il contratto ha forza di legge fra le parti, mentre produce effetto verso i terzi solo nei casi previsti dalla legge.

¹⁹ La stipulazione di un contratto a favore di terzi può avere effetto solo quando questi accettino di profittarne.

²⁰ La convenzione di moratoria dovrebbe essere idonea a tutelare anche gli interessi dei non aderenti ed il profilo della tutela sostanziale del creditore non aderente emerge di fronte ad un'opposizione del creditore stesso, dove il tribunale deve effettuare le opportune valutazioni (v. *infra*). Pertanto la comunicazione di avvio delle trattative deve essere sufficientemente circostanziata, per consentire di coinvolgere ogni singolo creditore bancario e deve pervenire in tempo utile per una tempestiva sua attivazione, non escludendosi l'esigenza della convocazione di una riunione del debitore con i creditori.

²¹ Ad esempio le categorie potrebbero essere individuate in relazione: alla scadenza del credito (breve, medio e lungo termine); alla natura chirografaria o privilegiata del credito; alle modalità tecniche di apertura del credito (anticipazioni, finanziamenti, prestiti di firma, mutui ipotecari ecc.). Tuttavia, *“si potrebbe ritenere che la temporaneità della moratoria renda superflua la suddivisione dei creditori in categorie e **ben potrebbe applicarsi a tutti i creditori “bancari” indistintamente.** Sotto tale profilo non deve essere trascurato il fatto che, mentre l'art. 182-septies pone l'accento sulla possibilità di suddividere i creditori in questione in categorie omogenee, la definizione “categorie” non è mai utilizzata con riguardo alla convenzione di moratoria”*; così RANALLI “La convenzione di moratoria di cui all'art. 182-septies” in *Il Fallimento*, n.8-9/2016, p. 891.

essere **attestata da un professionista**²² (che nel silenzio della norma dovrebbe essere nominato dal debitore) in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), L.F.

È ragionevole ritenere che a tal fine l'attestatore dovrebbe effettuare (anche) una disamina delle risultanze contabili con quelle della Centrale Rischi della Banca d'Italia, quale presupposto per una corretta individuazione dei creditori che versano in situazioni omogenee.

La **posizione giuridica** può essere utilmente ricercata dall'attestatore nell'elemento soggettivo del creditore in relazione al rapporto pendente (creditore principale, garante, cessionario di crediti, concedente di beni in leasing), mentre l'**interesse economico** discende dalle conseguenze in capo al creditore del comportamento del debitore (conseguenze quali, ad esempio, l'interesse alla continuità aziendale ovvero alla liquidazione dei beni).

Da un primo esame della normativa, sembrerebbe che il professionista non debba esprimersi circa:

- la **conduzione delle trattative**, quali buona fede, concreta possibilità per le banche di parteciparvi, simmetria informativa. Infatti, in assenza di disposizione di legge, è alquanto dubbio che il professionista attestatore debba verificare che i creditori non aderenti siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e sembra apparire sufficiente esprimersi in termini di *negative*

²² L'oggetto dell'attestazione professionale nell'ambito della moratoria è, infatti, circoscritto alla sola suddivisione in categorie omogenee per posizione giuridica e interessi economici delle banche e degli intermediari finanziari, senza alcuna implicazione circa la veridicità dei dati aziendali e/o l'attuabilità della moratoria.

assurance, ossia di mancata conoscenza di elementi indicatori dell'assenza delle condizioni di legge;

- la **convenienza della moratoria**, dove, anche in tal caso, sembrerebbe opportuno esprimersi in termini di “assicurazione negativa”, quindi escludendo di conoscere elementi che inducano a ritenere svantaggiosa, rispetto alle alternative concretamente praticabili, la coercizione delle banche non aderenti (dove tale informazione sembra apparire necessaria per consentire ai creditori non aderenti, nonché al tribunale in caso di opposizione, di valutare la sussistenza della convenienza rispetto alle alternative concretamente praticabili).

In breve all'attestatore è richiesto (solo) il giudizio sull'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati alla manovra e suddivisi in categorie (in questo ambito, l'attestazione professionale svolge quasi un “ruolo di supplenza” rispetto al giudizio di omologazione, assente nella convenzione di moratoria) e, come detto, potrebbe esprimersi in termini di *negative assurance*, circa le altre condizioni di legge²³.

Qualora l'accordo sia sottoscritto da almeno il **75% dei creditori del sistema bancario**, aventi medesima *posizione giuridica e interessi economici*, lo stesso **sprigiona effetti anche nei confronti di tutti gli altri creditori** (appartenenti a quella specifica “categoria”), anche se non aderenti. In altre parole, possono essere coartati solo gli intermediari bancari che siano

²³ Da notare che l'introduzione di tale nuova **attestazione speciale di moratoria** ha implicato una modifica nell'art. 236-*bis* L.F. (“Falso in attestazioni e relazioni”), che oggi comprende anche il riferimento all'art. 182-*septies*. L'applicazione della disciplina penale trova la sua ragione nella considerazione che la moratoria può avere effetti in deroga al principio dell'art. 1372 di relatività del contratto anche verso terzi, quali, appunto, le banche non aderenti.

omogenei rispetto ai creditori aderenti, con riferimento alla posizione giuridica ed agli interessi economici, apparendo opportuno, anche se non necessario, suddividere gli intermediari finanziari in *cluster* omogenei.

A titolo di esempio la convenzione di moratoria potrebbe contenere:

- ✓ l'impegno dei creditori finanziari a non esigere obbligazioni scadute;
- ✓ il riscadenziamento dei termini di adempimento;
- ✓ la rimodulazione degli interessi applicati;
- ✓ il congelamento degli interessi;
- ✓ la rinuncia, temporanea, ad agire per la riscossione del credito;
- ✓ il divieto di acquisizione di garanzie collaterali;
- ✓ una qualsiasi rinuncia o modifica di un diritto di credito²⁴.

Per esplicita disposizione di legge, con la convenzione di moratoria non possono essere mai imposte ai soggetti non aderenti obbligazioni *di facere*, quali la concessione di nuovi affidamenti, l'erogazione di nuovi finanziamenti o l'obbligo di consentire al debitore di continuare ad utilizzare delle linee di credito esistenti (da intendersi "per la parte non usufruita")²⁵. In ogni caso, la prosecuzione della concessione del

²⁴ Si evidenzia che da tale istituto potrebbero derivare **benefici anche in favore delle stesse banche**, che possono conseguire l'effetto di congelare le posizioni reciproche.

²⁵ Secondo FABIANI "La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi", in *Il Fallimento*, n. 12/2015, p. 1274: "se alla data di riferimento dell'apertura della crisi la Banca Alfa aveva concesso un affidamento per 100, ma in quel momento l'impresa Zeta aveva utilizzato solo 70, ad Alfa non si può imporre di consentire l'utilizzo del differenziale di 30, perché in tal modo il rischio di credito aumenterebbe rispetto alla data di riferimento", tuttavia nei limiti dell'affidamento utilizzato (70) la banca non aderente è vincolata dalla convenzione e deve consentire il normale smobilizzo ed il simmetrico riutilizzo. In breve non è coercibile, per previsione di legge, il mantenimento delle linee di credito, dove dovrebbero intendersi tali le **linee di credito in essere al momento della sottoscrizione della convenzione, per la parte non utilizzata**.

godimento di **beni oggetto di contratti di locazione finanziaria** già stipulati non è considerata come “*nuova prestazione*”.

La convenzione produce effetti nei confronti degli aderenti contestualmente alla sottoscrizione, mentre produce effetti verso i creditori finanziari non aderenti nel momento in cui il documento, accompagnato dalla relazione del professionista, viene loro formalmente comunicato, **senza la necessità che intervenga alcuna omologazione** da parte del tribunale.

Quindi, la condizione (unica) per il prodursi degli effetti della moratoria *erga omnes* è che la convenzione stipulata con la maggioranza di legge venga comunicata, mediante raccomandata o posta elettronica certificata, agli istituti creditori non aderenti, unitamente all’attestazione sull’omogeneità delle formazione delle eventuali categorie (*per posizione giuridica ed interessi economici*).

Il “rimedio” per ciascuna banca o intermediario finanziario non aderente è quello di **proporre opposizione** al tribunale “*entro 30 giorni dalla comunicazione della convenzione stipulata*”²⁶, chiedendo che questa non produca effetti nei propri confronti²⁷.

²⁶ Si ritiene che la norma vada intesa nel senso di “entro 30 giorni dalla **ricezione della comunicazione** della convenzione”. Quindi, il momento che rileva ai fini del *freezing* della esposizione bancaria è quello della (ricezione della) comunicazione ai creditori della convenzione stessa unitamente all’attestazione. Questo, infatti, è il *dies a quo* dal quale decorrono i termini per l’opposizione, ma è anche il momento dal quale decorrono gli effetti della moratoria: prima di questo momento il creditore non aderente era libero di intervenire sul rapporto con le azioni che riteneva più opportune (tra cui la revoca degli affidamenti e la decadenza dal beneficio del termine in caso di finanziamenti, mutui e contratti di *leasing*); successivamente alla comunicazione, se non impugnata, egli deve invece attenersi a quanto contenuto nella convenzione.

²⁷ Ad esempio il creditore potrebbe lamentare che: - la sua posizione giuridica o i suoi interessi economici non siano omogenei rispetto ai creditori aderenti; - non vi sia stata un’adeguata informazione sull’inizio e sullo sviluppo delle trattative; - non sia stato

Il tribunale, con decreto motivato, deve decidere sull'opposizione; al fine della decisione l'indagine del tribunale è circoscritta e finalizzata a verificare che:

- gli istituti di credito siano stati concretamente messi in condizione di partecipare alle trattative;
- le trattative siano state svolte “*in buona fede*” e, conseguentemente che il debitore abbia fornito complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa in crisi;
- la formazione delle categorie di creditori, oggetto di **attestazione “speciale” di moratoria**, risulti omogenea per posizione giuridica ed interessi economici;
- i creditori possano risultare soddisfatti “*in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili*”²⁸; da ciò scaturisce l'esame non agevole sulla maggiore convenienza della convenzione di moratoria (con una valutazione *ex ante* della convenienza), anche nella considerazione della probabile assenza di un piano cui riferire le necessarie valutazioni comparative²⁹.

posto in grado di partecipare alle trattative secondo canoni di buona fede; - la soglia di aderenti non abbia raggiunto il 75%.

²⁸ Il “modello” è affine a quello del *cram down* di cui all'art. 180, comma 4, nel concordato preventivo.

²⁹ Secondo FABIANI, *cit.*, p. 1277, “poiché la convenzione di moratoria, per sua più decisiva connotazione, può regolare solo in via provvisoria gli effetti della crisi, il richiamo al soddisfacimento del credito è sicuramente incoerente”.

Per l'indagine di cui sopra, il tribunale potrebbe avvalersi³⁰ di un **ausiliario**; l'ultimo comma dell'articolo 182-*septies* prevede che la relazione dell'ausiliario debba essere trasmessa al pubblico ministero³¹.

Il decreto emesso dal tribunale è reclamabile alla corte di appello nel termine di quindici giorni dalla sua comunicazione.

Una (raggiunta) convenzione di moratoria vincola solo i creditori finanziari, pertanto qualunque creditore non finanziario è libero di agire contro il debitore, anche presentando ricorso per fallimento. In tale eventualità, appare pertanto lecito interrogarsi se il debitore possa eccepire l'insussistenza dello stato di insolvenza, opponendo l'intervenuto accordo con i creditori finanziari. Nel dubbio può risponderci che l'accordo di moratoria è idoneo a rimuovere uno stato di insolvenza solo quando per effetto di esso siano liberate (o liberabili) risorse sufficienti per soddisfare, regolarmente e con mezzi normali, le proprie obbligazioni nei confronti dei creditori estranei. Se questo non è possibile, è evidente che l'accordo non può essere un salvacondotto dal fallimento, purché, ovviamente ne ricorrano tutti i presupposti oggettivi e soggettivi.

1.3 - Possibili evoluzioni legislative per la moratoria (legge delega 19 ottobre 2017, n. 155)

³⁰ Nella Comma IV terzo periodo richiamato dal comma Vi, si legge “avvalendosi ove occorra di un ausiliario”; in realtà la complessità dell'indagine fa apparire la nomina quasi un obbligo.

³¹ In breve: se c'è opposizione innanzi al tribunale, tale organo nomina un ausiliario per verificare la convenzione e l'attestazione; l'ausiliario (che fa quasi le veci di un commissario giudiziale) deposita una relazione; la cancelleria trasmette la relazione al PM, al fine di “renderlo vigile” e (ricorrendone i presupposti) di chiedere il fallimento. Nel contempo, anche su *imput* della relazione dell'ausiliario, il PM potrebbe rilevare fattispecie di reato, *ex* 236-*bis* L.F., nei confronti dell'attestatore.

Come accennato in precedenza, sussiste l'esigenza di una definitiva e complessiva rivisitazione della materia concorsuale; attualmente, ottenuto il *placet* dalla Camera dei Deputati (A.C. n. 3671-*bis*, approvato in data 1° febbraio 2017) e dal Senato (A.S. 2681, approvato in data 11 ottobre 2017), esiste la **legge 19 ottobre 2017, n. 155**, (pubblicata nella G.U. n. 254 del 30 ottobre 2017) che contiene la delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Nella normativa, che ha ereditato dalla **commissione "Rordorf"** gran parte delle novità per la regolazione della crisi d'impresa, il legislatore appare (sempre più) orientato ad incrementare gli strumenti volti ad offrire soluzioni stragiudiziali, allo scopo non solo di incentivare l'emersione anticipata della crisi (che dovrebbe agevolare la ripresa economica dell'impresa), ma anche di promuovere un effetto deflattivo della gestione giudiziale della crisi.

Per quanto ci occupa, nell'art. 5 della legge delega, intitolato "Accordi di ristrutturazione dei debiti e piani attestati di risanamento", si legge che *"nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, al fine di incentivare gli accordi di ristrutturazione dei debiti, i piani attestati di risanamento e le convenzioni di moratoria nonché i relativi effetti, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: a) estendere la procedura di cui all'articolo 182-septies del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, all'accordo di ristrutturazione non liquidatorio o alla **convenzione di moratoria conclusi con creditori, anche diversi da banche e intermediari finanziari, rappresentanti almeno il 75 per cento dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee; ...**"*.

Alla luce di ciò, lo strumento della **convenzione di moratoria** dovrebbe essere potenziato attraverso la previsione della sua applicazione

anche a **figure di creditori diversi da banche o intermediari finanziari**, purché rappresentanti almeno il 75% dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee.

In tal modo in futuro dovrebbe essere possibile gestire momenti di crisi (temporanea) ricorrendo a soluzioni che permettano di raggiungere accordi vincolanti per la minoranza dei creditori omogenei (quindi, oltre che con istituti di credito ed intermediari finanziari, anche con categorie suddivise ad esempio in fornitori, lavoratori, professionisti ...), al fine di contrarre o differire il pagamento di debiti per il periodo necessario a ristabilire l'equilibrio dell'impresa, impedendo che semplici criticità temporanee, risolvibili con la collaborazione ed il dialogo tra le varie parti in causa, si possano tradurre in difficoltà sempre più complesse, con creazione di una spirale di “catene di insolvenza”.

A ciò si aggiunga che, nell'ambito dello scenario comunitario, nel marzo del 2014 la Commissione europea ha pubblicato la Raccomandazione per “un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza” e nel 2015, con una serie di interventi specifici, prima i presidenti del Parlamento, della Commissione, del Consiglio, dell'Eurogruppo e della B.C.E. hanno sollecitato un'armonizzazione del diritto fallimentare, poi la Commissione ha inserito tale armonizzazione fra gli obiettivi della Comunicazione sulla Capital Market Union. Successivamente, il 22 novembre 2016, la Commissione ha pubblicato una proposta di direttiva che dopo la sua (eventuale) definitiva approvazione, dovrà essere recepita negli 27 Stati membri della U.E.

In breve, la proposta di direttiva mira ad assicurare che in tutto il territorio dell'U.E. gli imprenditori in crisi abbiano accesso a strumenti

che consentano loro di ristrutturarsi in modo efficiente, evitando di essere assoggettati a procedure di carattere liquidatorio.

Più in dettaglio si prevede che:

- l'accesso a tali strumenti deve essere garantito a tutti gli imprenditori (che si trovano in una condizione di "probabilità di insolvenza"), a prescindere dalla loro dimensione e dalla natura dell'attività svolta;
- la ristrutturazione va attuata non mediante una procedura, ma tramite una serie di strumenti di efficacia e invasività crescente, cui corrispondono crescenti tutele e cautele.

Il debitore, in altre parole, deve essere messo in condizione di utilizzare strumenti rapportati alla gravità della situazione, tra cui una **moratoria con la ristrutturazione dell'intera massa debitoria, suddivisa in classi**, con blocco delle azioni esecutive e, in caso di dissenzienti, con intervento del giudice mediante il *cram-down of dissenting creditors*³² ed il ***cross class cram down***³³ che in sostanza sono le possibilità oggi concesse, nel nostro ordinamento, sia dall'art. 182-*septies* (limitatamente ai creditori finanziari) che dal concordato preventivo.

³² Il principio del ***cram down of dissenting creditors*** viene così definito all'art. 2.7 della proposta di direttiva: "l'omologazione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa di un piano di ristrutturazione che ha il sostegno della maggioranza in valore dei creditori o della maggioranza in valore di ciascuna classe di creditori, rispetto al dissenso della minoranza dei creditori o al dissenso della minoranza dei creditori di ciascuna classe".

³³ Viene fatto proprio dalla Commissione anche il principio del ***cross class cram down***, indicato all'art. 2.8 come "ristrutturazione trasversale dei debiti" e così definito: "l'omologazione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa del piano di ristrutturazione nonostante il dissenso di una o più classi interessate di creditori".

I soggetti destinatari della moratoria

(autori: *dott. Francesco Callocchia e dott. Pietro Zinani*)

SOMMARIO CAPITOLO II: 2.1 Impresa in “crisi” – 2.2 Banche e intermediari finanziari

2.1 - Impresa in “crisi” (*dott. Francesco Callocchia*)

L’art. 182-*septies*, commi da 5 ad 8, della Legge Fallimentare, prevede la possibilità di realizzazione di una **convenzione di moratoria**, che:

- è un istituto nuovo, autonomo e non necessariamente collegato ad altre procedure o procedimenti;
- non presuppone l’esistenza da parte dell’impresa in crisi di debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell’indebitamento complessivo;
- ha la finalità di disciplinare “in via provvisoria” gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari.

Presupposto oggettivo essenziale per accedere all’istituto della convenzione di moratoria è rappresentato dallo “**stato di crisi**” dell’impresa.

Va anzitutto sottolineato come il richiamo al concetto di stato di crisi dell'impresa non avviene in maniera esplicita e diretta³⁴, bensì si realizza mediante espresso rinvio alla disciplina ordinaria prevista dall'art. 182-*bis* L.F.³⁵

Da attenta lettura della disposizione normativa di cui all'art. 182-*septies* L.F. nonché di quella espressamente richiamata di cui all'art. 182-*bis* L.F., ci si accorge come venga meno una precisa definizione e qualificazione dello stato di crisi di impresa; diversamente, ai fini di una sua interpretazione di rilievo giuridico, soccorre il comma 3 dell'art. 160 L.F. il quale testualmente recita: *“Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”*.

Fatto questo doveroso preambolo, si intuisce chiaramente come lo stato di crisi vada a configurarsi inevitabilmente in una situazione nebulosa, di non facile ed immediata decifrazione, certamente riconducibile a contesti di difficoltà aziendale di ampia tipologia.

Prescindendo per un istante da un'indagine prettamente finalizzata a conquiste di rilievo giuridico, appare opportuno ed interessante segnalare che, per il concetto di crisi, la ricerca storica rimanda ad un significato di origine medica che indica l'evento di cambiamento nella malattia, preludio ad un esito fausto o infausto. Nell'evoluzione dei significati, il momento di trasformazione è stato progressivamente riferito anche a sistemi complessi, assumendo soprattutto una connotazione negativa e giungendo

³⁴ Si fa notare che la disposizione normativa di cui all'art. 182-*septies* comma 5 L.F., specificamente riferita all'istituto della convenzione di moratoria, richiama semplicemente la finalità esclusiva di *“... disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi”*.

³⁵ L'art. 182-*septies* comma 1 L.F. richiama espressamente l'art. 182-*bis* L.F. il cui comma 1 testualmente recita: *“L'imprenditore in stato di crisi ...”*.

ad indicare un fenomeno di disfunzione. Assai genericamente può dirsi che lo stato di crisi è caratterizzato dal progressivo cambiamento in peggio rispetto ad una situazione data e dall'esigenza di un'intraprendenza finalizzata ad arginare e superare la negatività sopravvenuta.

Diversamente, ai fini del trattamento giuridico dello stato di crisi dell'impresa, è indubbio che, con la previsione normativa sopra richiamata di cui all'art. 160 L.F. comma 3 L.F., si sancisce l'esistenza di un nesso indissolubile tra stato di crisi e stato di insolvenza e si assiste, contestualmente, ad un innegabile accostamento concettuale che definisce lo stato di crisi come una situazione di più vasto raggio in cui si inserisce anche lo stato di insolvenza.

Crisi ed insolvenza costituirebbero, dunque, stadi successivi di un identico fenomeno degenerativo dove lo stato di insolvenza è utilizzato per significare l'epilogo dello stato di crisi.

Sempre al riguardo, ai fini della comprensione/distinzione del significato concettuale insito nei due fenomeni terminologici, potrebbe rivelarsi utile ricorrere all'immaginazione della precisa figura geometrica da individuarsi in due cerchi concentrici posti l'uno dentro all'altro, dei quali il cerchio maggiore simboleggia lo stato di crisi ed il cerchio minore simboleggia lo stato di insolvenza.

Circa la commistione di significato dei due concetti in argomento, potrebbero richiamarsi anche quelle interpretazioni estensive dello stato di crisi che giungono a ricomprendere entro i suoi confini situazioni di difficoltà tipiche dello stato di insolvenza³⁶.

³⁶ Tribunale Pescara 13/10/2005, in *Il diritto fallimentare*, n. 1, anno 2006, pag. 134 ss.

Premesso quanto sopra, ad oggi, non possono, o meglio non devono, confondersi i rapporti e le affinità tra lo stato di crisi e lo stato di insolvenza.

Per riuscire in tale conquista, non si può prescindere dalla definizione del concetto di stato di insolvenza di cui all'art. 5, comma 2 L.F., il quale statuisce testualmente che *“Lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”*, attesa anche l'inesistenza di una comparabile definizione da parte del legislatore del concetto di stato di crisi, da utilizzarsi quale termine di accostamento ermeneutico.

Soltanto cogliendo gli aspetti più intrinseci del concetto di stato di insolvenza si può riuscire ad afferrare la dimensione più ampia del concetto di stato di crisi e, così, comprendere quel rapporto di imprescindibile interdipendenza che esiste tra crisi ed insolvenza.

Ai fini di quanto appena sopra, non va mai dimenticato che il rilievo giuridico del fenomeno della crisi di impresa dipende inevitabilmente dal diverso e connesso fenomeno della insolvenza.

Fino a quando la crisi di impresa non compromette in apprezzabile misura la sua stessa solvenza, essa rimane irrilevante per il diritto di settore; quando invece la crisi d'impresa determina insolvenza, sorge la questione giuridica sul trattamento della crisi di impresa.

Questo affinamento concettuale trova giustificazione nella vigente Legge Fallimentare e, coerentemente, nel trattamento giuridico operante, si individuano le risposte allo stato di insolvenza (quali il fallimento e

l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi³⁷) e le risposte allo stato di crisi (quali il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani attestati di risanamento³⁸).

L'art. 5, comma 2 L.F. non fornisce una definizione specifica e circoscritta di stato di insolvenza, bensì ne indica i sintomi più frequenti attraverso i quali si manifesta, offrendo di fatto un concetto giuridico molto generico entro il quale possono stare i più disparati apprezzamenti. Così il concetto di insolvenza è impiegato nella vasta concezione che abbraccia, accanto al fenomeno dell'insolvenza irreversibile, anche fenomeni meno gravi, riassumibili in stati di difficoltà economica variamente denominati, ma comunque eventualmente prodromici all'insolvenza irreversibile.

Nell'ambito della sua stessa concezione più vasta, la più difficile distinzione da tracciare è sicuramente quella tra i fenomeni della pre-insolvenza o pericolo di insolvenza e della insolvenza conclamata ed irreversibile, quale situazione quest'ultima coincidente con la descrizione di cui all'art. 5, comma 2 L.F.

Sono stati proprio questi rapporti problematici, certamente impossibili da circoscrivere in maniera incontrovertibile, che hanno indotto nel linguaggio del diritto l'uso del termine crisi, quest'ultimo sfornito di memoria giuridica e perciò meno impegnativo e più sfumato del termine insolvenza, certamente più idoneo a ricomprendere in maniera meno

³⁷ Il fallimento e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi rappresentano istituti che presuppongono lo stato di insolvenza "irreversibile".

³⁸ Il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani attestati di risanamento rappresentano istituti compatibili con lo stato di insolvenza, ma che presuppongono, più modestamente, uno stato di difficoltà economica.

problematica tutte le diverse accezioni del concetto di insolvenza, che muovono in senso iperbolico dai fenomeni meno gravi della difficoltà economica alla insolvenza irreversibile.

Alla luce di tutto quanto sopra, ai fini dell'analisi che qui ci occupa e volendo proiettarsi nel tentativo di puntuale definizione dello stato di crisi, non può non condividersi l'opinione di chi ritiene che, indipendentemente dalla sua genesi, lo stato di crisi sia un qualcosa in più della temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni e nel contempo un qualcosa in meno dello stato di insolvenza, da individuare come uno stato di difficoltà economica dell'impresa che, se non contrastata con mezzi idonei e tempestivi, può probabilmente sfociare nello stato di insolvenza conclamata ed irreversibile.³⁹

Sempre al riguardo e condividendone ancora le opinioni, lo stato di crisi dell'impresa può enuclearsi nella individuazione di diverse entità, chiaramente tra loro consequenziali, connesse e rispettivamente caratterizzate da un livello di gravità sempre maggiore, che trovano epilogo nello stato di insolvenza irreversibile, così come definito dall'art. 5 comma 2 L.F.⁴⁰

Per completezza va segnalato anche il prezioso contributo offerto in occasioni e tempi diversi da interpretazioni giurisprudenziali di legittimità.

La suprema Corte ha individuato lo stato di crisi come “uno stato di difficoltà economico-finanziaria non necessariamente destinato ad

³⁹ V. APICE – MANCINELLI, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, G. Giappichelli Editore, Torino, p. 439 e seguenti.

⁴⁰ Sempre APICE – MANCINELLI, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, a cit., p. 40 e seguenti.

evolversi nella definitiva impossibilità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni”⁴¹.

Inoltre, sempre la Suprema Corte, ha affermato che lo stato di insolvenza “si realizza in presenza di una situazione di impotenza strutturale e non transitoria a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, venendo meno le condizioni di liquidità e di credito necessarie all’attività dell’impresa”⁴².

Per concludere, in maniera sempre conferente alle finalità di disamina del presente contributo, ci si chiede se, ai fini dell’accesso all’istituto della convenzione di moratoria, la condizione oggettiva richiesta debba necessariamente configurarsi nello stato di crisi (quindi, situazione di difficoltà reversibile), o, diversamente, possa invadere i confini dello stato di insolvenza (situazione di difficoltà irreversibile), magari ricorrendo a quanto previsto dall’art. 160 comma 3 L.F., il quale testualmente recita: *“Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”*⁴³.

In considerazione delle argomentazioni sopra riportate, la risposta appare positiva, anche rilevando che per la convenzione di moratoria non è previsto alcun giudizio del tribunale da svolgersi in via preliminare o in sede di omologa, ma l’unico eventuale giudizio potrebbe essere (solo) espressamente attivato dal singolo creditore dissenziente ed opponente. Ovviamente al fine della realizzabilità della “soluzione stragiudiziale

⁴¹ Cassazione n. 18437 del 06/08/2010.

⁴² Cassazione n. 4787 del 04/03/2005.

⁴³ Al riguardo si rammenta che con l’introduzione della suddetta disposizione normativa, di fatto si consente l’ammissione alla procedura di concordato preventivo anche quando si versa in uno stato di insolvenza, senza possibilità di differente interpretazione.

mediante moratoria”, la stessa dovrebbe essere **strumentale alla soluzione della crisi** e, quindi, finalizzata a consentire di riportare l’impresa in una situazione differente dallo “stato di insolvenza” *ante moratoria*⁴⁴.

Da ultimo appare anche interessante e doveroso volgere uno sguardo al futuro alla luce della recente approvazione in via definitiva della Legge di delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza.

In attesa delle previste novità normative, appare opportuno segnalare che sarà introdotta una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica e mantenendo l’attuale nozione di insolvenza di cui all’art. 5, comma 2 L.F.; in tal modo sembra finalmente prospettarsi la destituzione del termine di crisi e l’elevazione del termine di insolvenza, in tutte le sue molteplici enucleazioni.

2.2 - Banche e intermediari finanziari (*dott. Pietro Zincani*)

L’art. 182-*septies* L.F. contiene la disciplina degli accordi e delle convenzioni conclusi tra il debitore e le banche o intermediari finanziari. Con la nuova normativa si prevede che gli effetti di accordi funzionali al superamento della crisi d’impresa, se approvati da una maggioranza qualificata di banche e di intermediari finanziari, si estendano e siano obbligatori anche per le banche e gli intermediari non aderenti.

⁴⁴ Esempio tramite uno stralcio e/o rinegoziazione delle posizioni creditorie a breve termine in medio - lungo termine.

La nuova disciplina riguarda solo l'ambito dei creditori qualificati quali sono le banche e gli intermediari finanziari che, anche se non individuati in modo preciso nella norma della legge fallimentare, sono riconducibili agli **istituti di credito iscritti nell'albo di cui all'art. 13, D.Lgs. n. 385/1993** e agli **intermediari finanziari di cui all'art. 106-107 T.U.B.** (ai quali rinvia l'art. 18 T.U.F.⁴⁵), quindi ai soggetti abilitati ai servizi di investimento, come ad esempio le imprese di *leasing*, i consorzi fidi, le società di *factoring*, le realtà di credito al consumo, le società veicolo impiegate nelle cartolarizzazioni.

Gli **istituti di credito** sono tipicamente i soggetti autorizzati all'esercizio dell'attività bancaria; possono però prestare nei confronti del pubblico anche servizi e attività di investimento, oltre ai servizi accessori.

In relazione alla ubicazione della sede legale ed amministrazione centrale, possono distinguersi in:

- banche di diritto italiano;
- banche comunitarie, con sede in uno Stato comunitario diverso dall'Italia;
- banche extracomunitarie, con sede in uno Stato extracomunitario.

Le banche italiane ed extracomunitarie possono prestare servizi e attività di investimento in Italia sulla base di un'autorizzazione rilasciata dalla Banca d'Italia, sentita la Consob.

Le banche comunitarie sono autorizzate nello Stato di appartenenza e possono prestare servizi di investimento in Italia (sia tramite succursale sia in libera prestazione di servizi) a seguito di una semplice comunicazione

⁴⁵ Testo Unico della Finanza, D.Lgs. n. 58/1998.

alla Banca d'Italia da parte dell'Autorità competente dello Stato di appartenenza. La Banca d'Italia dà notizia alla Consob delle autorizzazioni ricevute.

In base ai principi comunitari, l'operatività in Italia in regime di libera prestazione di servizi da parte di banche comunitarie è sottoposta esclusivamente alla vigilanza dell'Autorità del Paese di origine (alle Autorità italiane non sono pertanto riconosciuti poteri/doveri di vigilanza).

Nel caso in cui, invece, una banca comunitaria operi in Italia attraverso una succursale, il controllo sul rispetto delle regole di condotta dell'attività svolta dalla succursale italiana spetta alla Consob.

Le banche sono istituti che, come recita l'articolo 10 del T.U.B. in vigore dal 1994, si occupano dell'esercizio congiunto dell'attività di raccolta di risparmio tra il pubblico e dell'attività di concessione del credito.

Queste sono, sostanzialmente, imprese private che svolgono attività di intermediazione finanziaria a scopo di lucro. Infatti, i ricavi delle banche consistono nei tassi di interesse derivanti dalle attività di investimento intraprese con i capitali raccolti e nelle commissioni incassate sui servizi prestati al pubblico; mentre le passività di un istituto bancario sono rappresentate dalle spese correlate al personale dipendente e alle sedi fisiche, nonché dagli interessi che devono essere corrisposti alla clientela.

Vi sono diverse attività accessorie che possono essere esercitate da una banca in congiunzione alla gestione dei capitali investiti: dal cambio di valuta, all'emissione di titoli di credito quali assegni e carte di credito,

passando per la custodia di valori fino alle operazioni finanziarie di compravendita di obbligazioni e azioni.

Gli **intermediari finanziari** sono soggetti, diversi dalle banche, ai quali l'ordinamento nazionale consente di erogare credito in via professionale nei confronti del pubblico nel territorio della Repubblica. Si tratta di soggetti la cui disciplina non è armonizzata a livello europeo e pertanto, fatta eccezione per l'ipotesi di soggetti controllati da banche comunitarie (*rif.* art. 18 del T.U.B.), non è consentito il mutuo riconoscimento in ambito U.E.

Gli intermediari finanziari collegano i soggetti con *surplus* finanziario (i cosiddetti centri di formazione del risparmio, tipicamente individui e famiglie), con unità in *deficit* finanziario (tipicamente imprese che intendono realizzare investimenti), favorendo la trasformazione del risparmio in investimenti produttivi.

L'attività bancaria di concessione del credito alle imprese e alle famiglie è forse la funzione d'intermediazione finanziaria oggi più conosciuta.

Alla base di questa attività c'è l'importante lavoro di raccolta e gestione delle informazioni relative allo stato dell'economia nel suo complesso (informazioni pubbliche) e alla solidità patrimoniale e alla redditività attesa futura dei soggetti che richiedono credito (informazioni private).

In effetti, tutte le attività d'intermediazione finanziaria sono fondate sull'acquisizione continua e l'elaborazione di informazioni di natura economica. La qualità di queste informazioni (per esempio, la loro autenticità) incide sulla capacità di compiere scelte ragionate e assumere rischi misurabili.

In senso generale, gli intermediari finanziari mettono in collegamento tutti gli agenti economici (famiglie, imprese, Stato). Tanto più elevata è la loro capacità di indirizzare risorse verso gli investimenti produttivi, tanto maggiore sarà il grado di crescita dell'economia nel suo complesso.

E' oggetto di discussione se attualmente sia configurabile con certezza l'attività bancaria nell'ambito della più generale attività di intermediazione finanziaria.

In base alla riforma del Titolo V del T.U.B., entrata in vigore l'11 luglio 2015, gli intermediari finanziari sono ora:

- autorizzati dalla Banca d'Italia all'esercizio dell'attività di concessione di finanziamento sotto qualsiasi forma, ivi incluso il rilascio di garanzie;

- iscritti in un apposito albo previsto dall'art. 106 del T.U.B. (come modificato dal D.lgs. n. 141/2010, nel seguito "nuovo T.U.B."). Nel medesimo albo sono iscritti: i Confidi con volumi di attività pari o superiori ai 150 milioni di euro; i *servicer* delle operazioni di cartolarizzazione, cioè quei soggetti che esercitano l'attività di riscossione di crediti ceduti e i servizi di cassa e di pagamento ai sensi della legge n. 130 del 30 aprile 1999; le società fiduciarie di cui all'art. 199 del T.U.F. (cosiddette statiche).

Gli intermediari finanziari (incluse le agenzie di prestito su pegno), i confidi e i *servicer* delle operazioni di cartolarizzazione iscritti nell'albo ex art. 106 del nuovo T.U.B. sono sottoposti a un regime di vigilanza prudenziale equivalente a quello delle banche, finalizzato a perseguire obiettivi di stabilità finanziaria e di salvaguardia della sana e prudente gestione, declinato secondo il principio di proporzionalità per tener conto

della complessità operativa, dimensionale e organizzativa degli operatori nonché della natura dell'attività svolta.

È stata altresì introdotta, per la prima volta, la disciplina dei gruppi finanziari sottoposti a vigilanza su base consolidata. Un gruppo finanziario è composto da uno o più intermediari finanziari, da banche extracomunitarie, da società finanziarie e da società strumentali controllate. Capogruppo di un gruppo finanziario può essere un intermediario finanziario, oppure una società finanziaria che controlla direttamente o indirettamente le altre società che appartengono al gruppo.

La riforma, quindi, ha abrogato il precedente regime di controllo esistente per gli intermediari finanziari, che distingueva, in ragione delle dimensioni, gli intermediari iscritti nell'elenco generale, sottoposti a controlli formali sui requisiti di iscrizione, dagli intermediari iscritti nell'elenco speciale sottoposti a vigilanza prudenziale.

È stato previsto un adeguato periodo di transizione per il passaggio dal vecchio al nuovo assetto del mercato, che si è concluso il 12 maggio 2016; da tale data possono continuare a esercitare l'attività di concessione di finanziamenti nei confronti del pubblico, come definita dal T.U.B. e dalle relative norme di attuazione (*rif.* D.M. n. 53/2015), gli intermediari di cui ai precedenti elenchi generale e speciale che, avendo presentato istanza nei termini previsti per l'iscrizione nel nuovo albo *ex* art. 106 T.U.B., hanno tuttora un procedimento amministrativo avviato ai sensi della Legge n. 241/90 e non ancora concluso. Tali soggetti restano sottoposti alle norme, con le relative disposizioni di attuazione del “vecchio T.U.B.” abrogate o sostituite dal D.Lgs. n. 141/2010 fino alla conclusione del procedimento di iscrizione.

Una convenzione di moratoria, stipulata con la maggioranza qualificata dei “creditori finanziari”, sopra meglio individuati, con distinzione tra istituti di credito ed intermediari finanziari, purché suddivisi in categorie omogenee per posizione giuridica ed interessi economici, può essere vincolante anche per la minoranza non aderente, al fine di accelerare i tempi della negoziazione e impedire che il risanamento aziendale sia pregiudicato dall’atteggiamento ostruzionistico o disinteressato da parte di finanziatori con una minore esposizione creditoria.

La convenzione di moratoria

(autori: *dott. Cristian Santurbano e dott.ssa Mery Pistillo*)

SOMMARIO CAPITOLO III: 3.1 Composizione dell'indebitamento – 3.2 Contenuto – 3.3 Durata – 3.4 Finalità – 3.5 Trattative ed oneri informativi

3.1 - Composizione dell'indebitamento

A differenza di quanto previsto dal primo comma dell'art. 182-*septies* della Legge Fallimentare per gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, l'accesso alla convenzione di moratoria non è condizionato dalla prevalenza del debito verso banche e intermediari finanziari rispetto alla totalità dell'indebitamento dell'impresa in crisi.

Pertanto, la convenzione di moratoria potrà essere perfezionata e i suoi effetti essere estesi ai creditori non aderenti anche qualora il debito verso banche e intermediari finanziari *ex* artt. 106 e 107, T.U.B. rappresenti una parte minore dell'indebitamento complessivo dell'impresa in crisi⁴⁶.

⁴⁶ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili “Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria”, novembre 2016, p. 11.

Quindi, ai fini legali essa è valida se è stipulata con creditori finanziari ma, come già asserito, può riguardare anche situazioni di crisi nelle quali la maggior parte dell'indebitamento non sia finanziario⁴⁷.

3.2 - Contenuto

L'**accordo di moratoria** è una convenzione nella quale si mira a disciplinare sia il *rapporto sostanziale* che quello *processuale* fra **debitore** e **creditori**.

Il termine “moratoria” nel lessico corrente evoca il concetto di sospensione dell'esigibilità di una prestazione connessa ad una obbligazione. Infatti, uno degli elementi-cardine nell'ambito di tali accordi è costituito dal c.d. “*pactum de non petendo*” (patto di non richiedere). Esso si basa sul presupposto che la conclusione di un accordo con tutti i creditori, ovvero anche con solo una parte degli stessi (ma con la previsione della liberazione di risorse per il pagamento dei creditori estranei al patto o con quella dell'assolvimento dei debiti estranei a cura dei creditori partecipanti all'intesa), renda inesigibili i crediti e ciò determini l'eventuale (ma non certa) esclusione dello stato di difficoltà ad adempiere.

Nelle convenzioni di moratoria il patto è sempre **temporaneo** e ciò è funzionale a guadagnare tempo necessario per pervenire ad una più strutturata regolazione della crisi. La naturale provvisorietà della moratoria è certificata proprio dall'art. 182-*septies* L.F., che esplicitamente utilizza l'espressione “in via provvisoria”.

⁴⁷ FABIANI “La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi”, in *Il Fallimento* n. 12/2015, p. 1272.

Essa **può avere come contenuto l'impegno dei creditori finanziari a non esigere le obbligazioni scadute.** Tale impegno può tradursi:

- dal punto di vista *sostanziale*, in un riscadenziamento dei termini di adempimento, talora considerando anche un congelamento degli interessi;
- dal punto di vista *processuale*, nella rinuncia temporanea ad agire per la riscossione del credito, sia con iniziative individuali, sia con iniziative collettive.

Spesso le obbligazioni che vengono assunte, non attengono soltanto al rapporto debitore - creditori, bensì al rapporto fra creditori. In tal modo si stabilisce che nessuna banca possa conquistare posizioni di vantaggio acquisendo garanzie collaterali.

Inoltre, anche **il debitore assume una serie di impegni** che in sintesi si potrebbero tradurre in un vincolo a non modificare la propria situazione patrimoniale e finanziaria, o anche a non intraprendere nuove iniziative sul piano industriale e dell'organizzazione societaria.

I creditori finanziari che sottoscrivono la convenzione rinunciano, dunque, ad esercitare provvisoriamente il loro diritto di credito. Tuttavia un semplice rinnovo dei termini di adempimento e un impegno a non agire giudizialmente per la riscossione del credito e a non preconstituirsì forme di garanzia in danno degli altri creditori potrebbe essere un contenuto insufficiente per affrontare la crisi. In argomento occorre precisare che, mentre nel codice A.B.I. viene preso in considerazione anche l'argomento della concessione di "nuova finanza", nell'art. 182 *septies* L.F., al comma 7 si prevede espressamente che "*In nessun caso, per effetto degli accordi e convenzioni di cui ai commi precedenti, ai creditori non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il*

mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. Agli effetti del presente articolo non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati?.

Appare pacifico che gli intermediari finanziari che aderiscono alla convenzione possano **volontariamente** stabilire l'erogazione di nuovi finanziamenti e nuovi affidamenti, ma per quelli non aderenti è ammessa una estensione degli effetti che non può imporre la concessione di nuovo credito. In breve, è considerato tollerabile forzare il creditore non aderente a non esigere il credito per un tempo limitato, ma non è plausibile chiedere di sostenere l'impresa con nuove risorse.

Occorre leggere la disposizione normativa in modo da renderla efficiente e, quindi, l'espressione *“non si può imporre il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti”*, va intesa in modo restrittivo: la banca non è obbligata a garantire al cliente di potersi approvvigionare sull'affidamento esistente, ma non utilizzato, perché questo si tradurrebbe in un surrettizio nuovo impegno finanziario; tuttavia **nei limiti dell'affidamento utilizzato** la banca non aderente è vincolata dalla convenzione e deve consentire il normale smobilizzo e il simmetrico riutilizzo.

È bene precisare che “l'accordo di moratoria” è funzionale non a trovare, in sé, la soluzione per gestire la crisi che non sia temporanea, ma potrebbe essere strumentale per poi condurre il debitore a proporre ai creditori una compiuta regolazione del proprio debito. Dunque, è un fenomeno di più ampia portata rispetto al semplice *“pactum de non petendo”*, da cui emana solo la vocazione processuale sul piano della provvisoria

paralisi della tutela giudiziaria per coloro (e solo per coloro) che partecipano alla convenzione.

3.3 - Durata

La moratoria ha, per espressa disposizione della norma, natura **temporanea** e i suoi effetti nei confronti dei creditori non aderenti sono destinati a cessare nel momento della sua scadenza, visto che il periodo di efficacia della moratoria è concordato con i creditori aderenti e la sua durata dipende anche dalla situazione del debitore, in quanto, oltrepassato un certo orizzonte temporale, può rinvenirsi la convenienza rispetto alle alternative concretamente applicabili.

Affinché la convenzione sia assunta nel modello legale, è necessario che sia diretta a regolare provvisoriamente gli effetti della crisi. Il legislatore ha utilizzato la locuzione “*in via provvisoria*” senza, però, specificare una misura della provvisorietà. Occorre chiedersi se sia una lacuna da riempire, magari ricorrendo a qualche altra disposizione simile, oppure se il legislatore sia stato consapevolmente generico.

La temporaneità di alcuni effetti ricollegati all’apertura di una crisi incontra una declinazione sia nell’art.182-*bis*, comma 6, L.F. che nell’art.161, comma 6, L.F., dove la variabile temporale oscilla fra i sessanta e i centoventi giorni.

Tuttavia appare assai opinabile che questi termini rivestano un certo significato a proposito della durata della convenzione di moratoria, se non forse il limite massimo dei centottanta giorni quando il tribunale concede la proroga, sempre in base all’art. 161, comma 6, L.F. Se il legislatore ha voluto stabilire una disciplina non invasiva di questi accordi, è di riflesso

ragionevole che la provvisorietà della convenzione non abbia un riferimento temporale certo. La provvisorietà dipenderà dalla tipologia della crisi. Orientativamente si potrebbe consigliare che i centottanta giorni sopra menzionati rappresentino un orizzonte temporale plausibile, ma senza la coerenza propria di una norma che fissa il termine.

Se è chiara la volontà del legislatore di limitare nel tempo gli effetti della convenzione, resta oscuro quanto possa durare la **gestazione della convenzione**. A tal proposito l'esperienza insegna che la durata della concertazione per la predisposizione dell'accordo è, il più delle volte, molto lunga.

Forse sarebbe stato opportuno stabilire che dall'apertura del "tavolo della crisi" alla chiusura dell'accordo non si può oltrepassare un determinato tempo e ciò per la semplice ragione che, nell'osservanza del **Codice di autodisciplina ABI**⁴⁸, di fatto le banche, che partecipano alle trattative, si vengono a trovare in una situazione di moratoria di fatto, viste le regole di comportamento prescritte.

Pertanto appare sempre opportuno, al fine di creare un *humus* adatto all'attivazione del processo di risanamento, prevedere patteggiamente un *pactum de non petendo*, temporaneo e provvisorio, al quale si affianchi un accordo di *standstill* per il mantenimento dell'utilizzo esistente all'apertura del tavolo di ristrutturazione.

⁴⁸ Dal 20 ottobre 1999 le banche hanno siglato il Codice di autodisciplina ABI con il quale si sono impegnate a tenere comportamenti in buona fede sin dall'apertura del tavolo di consultazione. Tale codice prevede l'impegno delle banche "a non utilizzare la notizia della riunione, di avvio delle negoziazioni, al fine di modificare la propria situazione o realizzo di garanzie verso l'impresa o il gruppo, dal momento in cui è pervenuta la notizia e sino alla comunicazione delle proprie decisioni", che le banche stesse si impegnano "a far pervenire ... prima del compimento di eventuali atti urgenti nei confronti dell'impresa".

Volendo comunque dare un significato, si potrebbe dedurre che si tratta di un istituto destinato a operare solo in un orizzonte temporale di **breve termine**. Il che è ragionevole in considerazione della sua natura strumentale rispetto alla ricerca di composizioni definitive della crisi.

Nel caso in cui la moratoria da sola non sia in grado di rimuovere l'insolvenza, sarebbe auspicabile che la sua durata non ecceda il termine di 90 giorni entro il quale l'art. 168 L.F. rende inefficaci le ipoteche giudiziali iscritte prima della presentazione di un ricorso di concordato preventivo⁴⁹.

3.4 - Finalità

La convenzione di moratoria descritta nel quinto comma dell'art. 182-*septies* L.F., stipulata con una maggioranza qualificata dei creditori finanziari può essere vincolante anche per le banche e gli intermediari finanziari non aderenti, al fine di accelerare i tempi della negoziazione e impedire che il risanamento aziendale sia pregiudicato dall'atteggiamento ostruzionistico e disinteressato da parte di finanziatori con una minore esposizione creditoria. Essa mira a consentire all'impresa di guadagnare il tempo necessario per predisporre una compiuta risposta alla situazione di difficoltà.

L'interesse del debitore⁵⁰ è quello di evitare che vi siano aggressioni al patrimonio da parte dei creditori finanziari, quando, però, vi sia al contempo una certa tranquillità in ordine al fatto che iniziative giudiziarie non provengano da altri creditori. È chiaro, infatti, che l'accordo di

⁴⁹ RANALLI, "La convenzione di moratoria di cui all'art.182-*septies* L.F.", in *Il Fallimento* n. 8-9/2016, p.889.

⁵⁰ Il comma 5 dell'art.182-*septies*, a proposito della convenzione di moratoria, parla genericamente di "*impresa debitrice*".

moratoria ha senso là dove il debitore continui ad avere il controllo della situazione sui fornitori.

Il debitore ha l'interesse a poter continuare a operare con gli istituti di credito e quindi c'è bisogno di pattuire che le linee di credito restino aperte e che non vi siano flussi di rientro "anomalo", ma solo quelli correlati alle operazioni "autoliquidanti" o a quelle a lungo termine.

Per l'altro verso, l'interesse delle banche a negoziare un accordo di moratoria solo in parte coincide con l'interesse del debitore a che si stabilizzino determinati rapporti e altri continuino regolarmente, posto che in regime di crisi ormai declamata e sotto la sorveglianza dei creditori, è improbabile che sia il debitore a compiere qualche atto (o qualche attività) distrattiva, posto che un comportamento prudente è (praticamente) imposto se poi quel debitore vuole concludere un accordo di regolazione della crisi vero e proprio (il piano attestato o l'accordo di ristrutturazione).

I presupposti per l'efficacia *ultra partes* della convenzione sono:

- a) l'omogeneità (attestata da un professionista) della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria;
- b) la previa informativa dell'avvio delle trattative inoltrata alle banche e agli intermediari finanziari onde consentire loro di parteciparvi in buona fede;

- c) una maggioranza pari ad almeno il 75% dei crediti (come già detto, non è invece fissata una soglia minima di indebitamento finanziario⁵¹).

Ulteriori oneri a carico del debitore sono ricavabili dal comma 6 dell'art.182-*septies*, che, a sua volta, rinvia al terzo periodo del comma 4, dal quale si desume la necessità:

- della completezza e dell'aggiornamento informativo sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore, nonché sulla convenzione e sui suoi effetti (lett. b);
- della concreta possibilità di partecipare alle trattative da parte dei creditori coartati (lett. b);
- della loro soddisfazione in base alla convenzione in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili (lett. c).

3.5 - Trattative ed oneri informativi

La circostanza che l'art.182-*septies*, comma 5, L.F. contenga uno specifico riferimento all'avvio delle trattative (non, genericamente, alla loro esistenza) sembra postulare che tutte le banche vadano coinvolte sin dalla prima fase, con la conseguenza che, laddove la comunicazione ad alcuni istituti intervenga quando l'imprenditore abbia già raggiunto un'intesa con i principali creditori finanziari, l'adempimento rischia di rilevarsi **tardivo** (pregiudicando la diffusione degli effetti del contratto ai non aderenti). Infatti, nella convenzione di moratoria è onere del debitore assicurare **simmetria informativa** alle banche interessate all'accordo.

⁵¹ Desumibile anche dalla constatazione che nell'articolo 182-*septies* in commento, il comma 5 rinvia al comma 2, ma non al comma 1, nel quale si prevede un indebitamento finanziario non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo.

Occorre altresì che l'imprenditore metta tutti gli intermediari in condizione di partecipare alla trattativa e ciò avvenga “*in buona fede*”⁵².

Affinché la trattativa possa davvero dipanarsi secondo *buona fede*, il debitore è tenuto a offrire ai propri interlocutori un adeguato *set* di informazioni, che il debitore è tenuto a dare a tutte le banche interessate per ottenere l'estensione della portata della convenzione alle non aderenti, con valutazioni di convenienza che costituiscono nulla di più e nulla di meno della rappresentazione degli effetti della convenzione di cui alla lett. b) del comma 4 dell'art. 182-*septies*.

L'informativa, in caso di convenzione di moratoria, è opportuno sia costituita da:

- indebitamento complessivo con separata indicazione dello scaduto;
- indebitamento bancario;
- situazione patrimoniale;
- *budget* e piano di tesoreria che copra l'intero orizzonte temporale sino al termine della moratoria;
- effetti della convenzione rappresentati in modo tale da consentire ai creditori bancari e finanziari interessati di valutare anche la convenienza rispetto alle alternative concretamente praticabili.

⁵² Cfr., tra le più recenti pronunce di legittimità, Cassazione 23 marzo 2016, n.5762, in *Foro it.*, I, 1705, secondo cui “la violazione dell’obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, previsto dagli artt. 1337 e 1338 cod. civ., assume rilievo in caso non solo di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche di un contratto validamente concluso quando (...) alla parte sia imputabile l’omissione, nel corso delle trattative, di informazioni rilevanti le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso”.

La conduzione delle trattative deve assicurare la **possibilità delle banche di parteciparvi** ed è opportuno che il debitore sia in grado di provare il rispetto di tale onere posto a suo carico.

La decisione di attivare l'estensione forzata della convenzione può essere anche successiva all'inizio delle trattative, a condizione che siano rispettati i requisiti relativi all'avvio e della conduzione delle trattative stesse, così da consentire a tutte le banche interessate la partecipazione all'apertura del tavolo di negoziazione.

Nella convenzione di moratoria il momento che rileva ai fini del calcolo dell'esposizione bancaria non potrebbe che essere quello della comunicazione ai creditori della convenzione stessa accompagnata dall'attestazione, che deve avvenire obbligatoriamente, per previsione normativa, tramite lettera raccomandata o posta elettronica certificata (P.E.C.). Questo, infatti, è il *dies a quo* dal quale decorrono i termini per l'opposizione, ma è anche il momento nel quale il creditore viene a conoscenza, attraverso l'attestazione, come si vedrà oltre, dell'estensione degli effetti della moratoria nei suoi confronti. Fino a tale momento il creditore è libero di tutelare il proprio diritto di credito con le azioni che ritiene più opportune. Dal momento della comunicazione egli deve invece attenersi a quanto contenuto nella convenzione sulla base dei riscontri dell'attestatore.

Quest'ultima peculiarità fa sì che il professionista attestatore, con i requisiti *ex art.67 L.F.*, sia chiamato a svolgere un **ruolo di supplenza**, vista l'assenza di un giudizio di omologa, rispetto al tribunale.

Infine, la convenzione di moratoria non è **mai destinata ad essere pubblicata nel Registro delle imprese** e, quindi, consente una maggiore

riservatezza rispetto ad un accordo di ristrutturazione dei debiti⁵³ o rispetto ad un piano attestato di risanamento, in cui, sebbene la scelta venga rimessa al debitore, la pubblicazione nel Registro delle imprese attribuisce dei benefici fiscali.

⁵³ SPIOTTA, “Accordi di ristrutturazione dei debiti”, in *Trattato delle procedure concorsuali* ed. 2017, volume V, pag. 334.

La suddivisione dei creditori in “categorie”

(autore: *dott. Lorenzo Di Nicola*)

SOMMARIO CAPITOLO IV: 4.1 Obbligo o facoltà della suddivisione – 4.2
Posizione giuridica ed interessi economici

4.1 - Obbligo o facoltà della suddivisione

L'art. 182-*septies* L.F. fa riferimento a “**categorie**” di creditori al comma 2 e precisamente: “*L'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182-bis può individuare una o più categorie tra i creditori di cui al primo comma che abbiano fra loro **posizione giuridica e interessi economici omogenei.***”

Anche se la terminologia risulta differente, sembra evidente che venga riecheggiata la nozione di “**classe**” di creditori, già nota nell'ambito del concordato preventivo, laddove se ne fa menzione agli artt. **160** (*L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere: ... c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei; d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse*); **163** (*Il tribunale, ove non abbia provveduto a norma dell'art. 162, commi primo e secondo, con decreto non soggetto a reclamo, dichiara aperta la procedura di concordato preventivo; ove siano previste diverse*

classi di creditori, il tribunale provvede analogamente previa valutazione della correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi); 177 (Il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi); 182-ter (... e il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole).

Non è possibile, nell'ambito delle presenti brevi note, ripercorrere le oscillazioni dottrinali e giurisprudenziali insorte all'indomani della novella del 2007 che ebbe ad introdurre le classi nel concordato. Ci si limita a ricordare alcune pronunzie di merito che hanno ritenuto **necessario il ricorso alle classi**, o comunque sollecitato il debitore alla modifica in tal senso e tra esse:

- il provvedimento⁵⁴ che ha “invitato” il proponente a formare tre classi etero individuate (erogatori di credito, privilegiati degradati a chirografari ed erario incapiente, chirografari residui);
- il provvedimento⁵⁵ che ha utilizzato la facoltà di sollecitare integrazioni alla proposta, prevista dall’art. 162 L.F., per ottenere dal proponente una descrizione delle garanzie rilasciate da terzi in favore dei creditori, nonché dell’incidenza delle garanzie sulle possibilità di soddisfacimento di detti creditori, andando a

⁵⁴ Tribunale di Monza 7 aprile 2009, su www.ilcaso.it, Sez. Giurisprudenza, 2059 - pubb. 09/03/2010.

⁵⁵ Tribunale di Milano 4 dicembre 2008, su www.ilcaso.it, Sez. Giurisprudenza, 1887 - pubb. 10/11/2009.

sindacare la capacità che hanno avuto ante concordato i singoli creditori di munirsi di garanzie collaterali;

- il provvedimento⁵⁶ che ha affermato l'obbligo di formazione di una classe riservata ai creditori postergati, distinta dalla classe degli altri creditori chirografari, in considerazione del fatto che i crediti in questione "sono fondati su interessi economici disomogenei".

A tali interventi, si aggiungono numerosi provvedimenti di merito che hanno affermato la necessità di prevedere una classe *ad hoc* per i creditori privilegiati, limitatamente alla parte del credito degradata a chirografo in virtù di quanto previsto dall'art. 160, secondo comma, L.F.

In senso difforme, si è espressa la Suprema Corte⁵⁷, secondo cui: "*Nella formulazione della proposta di concordato fallimentare l'utilizzazione delle classi non è in alcun modo prevista come obbligatoria, bensì come ipotesi meramente alternativa a quella della classica suddivisione dei creditori secondo il rango, privilegiato o chirografario, del credito. Una volta esclusa l'applicazione della disciplina del conflitto di interessi nei casi in cui il conflitto attenga la posizione contrastante dei singoli creditori in quanto tali è, infatti, evidente che l'obbligo delle classi non può derivare dalle diverse situazioni individuali che possono portare a valutazioni variegata sulla proposta, dal momento che dette situazioni sono potenzialmente tante quante sono i creditori e un loro censimento, prima ancora che arbitrario, sarebbe impossibile e comunque porterebbe ad una proliferazione assurda delle classi e alla predisposizione di tante classi quanto sono i creditori, senza considerare che, in assenza di parametri normativi di riferimento, la valutazione del giudice rischierebbe di confinare pericolosamente con una sostanziale*

⁵⁶ Tribunale di Messina 4 marzo 2009, in *Il Fallimento* n. 7/2009, p. 795 ss.

⁵⁷ Cassazione 10 febbraio 2011, n. 3274.

discrezionalità. Analoghe considerazioni valgono in relazione al problema dei creditori provvisti di garanzie fornite da terzi, in quanto la loro posizione non è giuridicamente diversa, nel rapporto con il debitore principale insolvente o in crisi, da quella degli altri creditori e muta solo sotto il profilo pratico, così come può avvenire per altri creditori per effetto di situazioni non classificabili e solo indirettamente incise dalla proposta.”

A seguito di tale interpretazione di legittimità, può ritenersi condivisibile l'orientamento secondo cui nel concordato preventivo la suddivisione in classi del ceto creditorio costituisce una **mera facoltà del debitore**, in linea con il dato testuale della legge fallimentare. Secondo l'attuale art. 160, comma 1, lett. c), L.F., infatti, il piano oggetto della proposta di concordato può (ma non deve) prevedere la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei; conseguentemente, ai sensi del vigente art. 163 comma 1, secondo periodo, L.F. il tribunale ha il potere di controllare la correttezza dei criteri seguiti nella eventuale formazione delle classi, ma non anche quello di sindacare la mancata formazione delle classi medesime e rigettare, per tale ragione, la domanda di apertura della procedura o di omologazione del concordato.

Premesso quanto sopra per il concordato preventivo, occorre interrogarsi se **nella convenzione di moratoria sia obbligatoria la suddivisione in categorie**; la risposta non è agevole, ma quella affermativa dovrebbe essere la più probabile, anche perché la formazione delle classi/categorie viene espressamente richiamata e la norma sembra anzi ipotizzare, riferendosi ad una convenzione tra l'impresa debitrice e una o più banche o intermediari finanziari, che possano esservi anche plurime modalità di moratoria.

In tal caso la formazione di più classi/categorie, potrà prevedere **modalità di moratoria diversificate**, ma la condizione della prevalenza quantitativa del 75% degli aderenti rispetto ai non aderenti andrà riferita anche ai crediti di ogni singola classe/categoria.

A ciò si aggiunga che la dottrina⁵⁸ ha ritenuto che nell'accordo di ristrutturazione, diversamente rispetto alle classi del concordato preventivo, **le categorie sono una scelta di fatto necessaria, in quanto dipendono da proposte che non possono che essere formulate in maniera diversificata**. Non sarebbe, ad esempio, negozialmente accettabile se venisse formulata al titolare di crediti autoliquidanti la stessa proposta di stralcio rivolta alle banche che hanno concesso linee di cassa chirografarie prive di garanzie collaterali. Diventa allora comprensibile la scelta del legislatore di utilizzare una formula potestativa (“... può individuare una o più categorie ...”), tenuto altresì conto del fatto che la tutela del creditore coartato passa attraverso il giudizio di convenienza di *cram down*, al quale il non aderente ha diritto, diversamente rispetto al concordato preventivo, indipendentemente dalla presenza o meno di più di una categoria e da quanti creditori si oppongano all'interno della stessa.

4.2 - Posizione giuridica ed interessi economici

Per quanto riguarda il concetto di **posizione giuridica ed interesse economico**, può dirsi che la prima sembra riferirsi alla qualità delle pretese creditorie (tipologia del credito) e quindi a titolo esemplificativo:

- creditori chirografari

⁵⁸ RANALLI “La convenzione di moratoria di cui all’art. 182-*septies*”, in *Il Fallimento*, n. 8-9/2016, p. 889 e ss.

- creditori privilegiati (soddisfatti o degradati)
- creditori contestati (nella misura o nella qualità)
- postergati (volontari o *ex lege*)
- muniti di titolo esecutivo provvisorio, ecc. ...

mentre l'interesse economico pare legato alla tipologia socio-economica del creditore, ad esempio:

- attività esercitata dal creditore;
- esistenza o meno di garanzie collaterali;
- qualifica soggettiva;
- entità del credito vantato;
- tipologia del rapporto dal quale trae origine il credito.

Svolta questa breve premessa generale e passando all'**art. 182-septies**, la suddivisione dei creditori bancari in categorie si presenta di particolare importanza, dal momento che i creditori appartenenti alla stessa categoria, che risultano in minoranza per una quota inferiore al 25% della classe, vengono coartati e subiscono gli effetti – anche se dissenzienti – dell'accordo.

Il CNDCEC, nello studio del 2016, afferma a tal proposito che: *“l'estensione degli effetti può essere ottenuta solo in presenza di omogeneità per posizione giuridica e interesse economico delle banche e degli intermediari finanziari che si intendono coartare rispetto alle banche e agli intermediari finanziari che hanno aderito all'accordo. La **posizione giuridica** può riguardare l'elemento soggettivo del creditore in relazione alla natura del rapporto derivante dal titolo sottostante: rilevano così le posizioni di creditore, quella di garante, quella di cessionario di crediti, quella di concedente di beni in leasing. L'**interesse economico** discende invece dalle conseguenze lato creditore del comportamento del*

*debitore: interesse del creditore alla continuità aziendale ovvero alla liquidazione dei beni. Perché una categoria possa considerarsi tale, occorre che sia previsto un **uniforme contenuto delle pattuizioni** nei confronti di tutti i creditori che ne fanno parte. A tal fine i creditori aderenti possono essere suddivisi in categorie omogenee per posizione giuridica e interesse economico caratterizzate da un trattamento specifico, uniforme all'interno e diverso rispetto a quello delle restanti categorie. La valutazione dell'omogeneità della posizione giuridica e dell'interesse economico non potrebbe trascurare l'esito delle trattative condotte, nel presupposto che una pattuizione uniforme con riferimento a situazioni soggettive diverse, se effettivamente rilevanti, non avrebbe consentito il raggiungimento dell'accordo. Il solo fatto che creditori con posizioni giuridiche e interessi economici apparentemente dissimili abbiano accettato un trattamento uniforme comporta che essi si debbano considerare tra loro omogenei ai fini delle categorie di cui all'art. 182-septies L.F. e i creditori non aderenti che presentino posizione giuridica e interessi economici simile a taluni di essi debbono considerarsi omogenei all'intera categoria che ha accettato il trattamento uniforme.”*

Il requisito dell'**omogeneità delle categorie**, in relazione alla posizione giuridica e all'interesse economico costituisce, quindi, il punto maggiormente critico della norma in commento, in quanto espone al rischio di **letture diverse da parte delle banche coartate per cercare di sottrarsi dall'estensione della moratoria**. All'interno di una categoria vi deve essere, infatti, un unico contenuto delle pattuizioni nei confronti di tutti i creditori che ne fanno parte. Sarà di conseguenza la negoziazione a stabilire quali sono le categorie e, in fase di (eventuale) opposizione, sarà sufficiente che il tribunale accerti l'omogeneità della posizione dei creditori che il debitore intende coartare con quella di uno o più creditori aderenti per verificare se vadano imputati ad una, ad un'altra o a nessuna

delle categorie risultanti dalla negoziazione, rendendo superfluo indagare se tutti i partecipanti alla categoria siano o meno tra di loro omogenei.

Tra le pronunzie giurisprudenziali sino ad ora edite (anche se rese in tema di accordo di ristrutturazione dei debiti “speciale”) possono citarsi, *inter alia*, per quanto di interesse ai fini della suddivisione in categorie e del controllo del tribunale in merito, le seguenti,:

- Tribunale di Forlì ⁵⁹, che ha fornito la propria definizione del concetto di interesse economico e posizione giuridica, ha sostenuto l'obbligatorietà in

⁵⁹ Tribunale di Forlì 5 maggio 2016, su www.ilcaso.it, Sez. Giurisprudenza, 15392 - pubb. 05/7/2016, dove si legge che “L’ausiliario di questo ufficio, chiamato a controllare che l’imprenditore abbia formato separate categorie dei propri creditori finanziari tenendo conto di situazioni omogenee per posizione giuridica e interesse economico, ha spiegato (alle pagg. 11 e ss. e 59 e ss. della sua relazione) che (omissis) s.r.l. in liquidazione ha un indebitamento complessivo nei confronti del ceto bancario pari a euro 4.324.157,27 di cui euro 2.014.855 quale saldo residuo di mutui aventi natura ipotecaria e euro 2.309.302 quale scoperto di conto corrente non assistito da garanzia. La percentuale di adesione fra i creditori finanziari privilegiati è stata pari al 100%, mentre la percentuale di adesione fra i creditori finanziari chirografari ha raggiunto la percentuale del 79,99%. Nell’ambito di quest’ultima categoria è stata però ricompresa anche la Banca di Credito Cooperativo di Gatteo, la quale, a differenza di tutti gli altri istituti di credito, non è garantita da fideiussioni rilasciate da M.B. e G.B. Questi rilievi inducono a ritenere che la categoria dei creditori finanziari chirografari sia stata formata in maniera non corretta. In vero l’art. 182 septies l. fall., nel prevedere un controllo dei criteri di formazione delle categorie, richiede che le stesse siano omogenee per posizione giuridica e interesse economico, dovendosi intendere per posizione giuridica la tipologia dell’operazione creditizia da cui il debito trae origine e per interesse economico la tipologia della garanzia di soddisfazione per il creditore, con la conseguente necessità di tenere conto di eventuali garanzie collaterali detenute da alcuni creditori facenti parte della categoria. Peraltro, benché l’art. 182 septies, 2° c., l. fall. preveda la mera possibilità la formazione di categorie (“L’ accordo può individuare una o più categorie fra i creditori”), è evidente che una simile ripartizione è imprescindibile nel caso in cui si chieda l’estensione ai dissenzienti, stante l’obbligo di accertamento delle condizioni previste alla lettera a) del successivo quarto comma della norma in parola. L’imprenditore che solleciti l’omologa dell’accordo di ristrutturazione raggiunto con i propri creditori finanziari con estensione ai soggetti non aderenti deve perciò suddividere i propri creditori finanziari in categorie omogenee per posizione giuridica e interessi economici e raggiungere un unico accordo con tutti i componenti della categoria, rimanendo preclusa la possibilità di regolare diversamente i singoli rapporti, come invece può avvenire con i creditori non finanziari convenzionati. Nel caso di specie (omissis) s.r.l. in liquidazione ha erroneamente formato la categoria dei creditori finanziari non assistiti da garanzia, considerando le sole garanzie ipotecarie e trascurando le garanzie fideiussorie prestate. Quest’errore però non preclude l’omologa dell’accordo, dal momento che il Tribunale deve effettuare la verifica prevista dall’art. 182

fatto della suddivisione in categorie ed ha corretto le classi formate in maniera errata (aggiungendone una), pervenendo comunque all'omologa dell'accordo di ristrutturazione alla luce delle maggioranze conteggiate con esito positivo per il proponente ed estendendo, quindi, gli effetti anche al dissenziente;

- Tribunale di Milano⁶⁰, secondo cui la suddivisione, da parte della società che aveva richiesto l'omologazione di un accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis* L.F., dei creditori bancari e intermediari finanziari in una o più categorie, ciascuna necessariamente includente creditori con posizione giuridica ed interessi economici omogenei, appare rispettosa del disposto dell'art. 182-*septies*, secondo comma L.F., che prevede tale possibilità, qualora si basi, ad esempio, sulla diversa natura del credito (ipotecario o chirografario), sulla tipologia dell'operazione fonte del credito verso la società debitrice (mutuo, affidamento su conto corrente, garanzia fideiussoria) o sull'interesse economico (crediti bancari per affidamenti

septies, 4° c., legg. a), l. fall. ponendo attenzione alla reale consistenza dell'indebitamento dell'impresa ed eventualmente operando una riclassificazione delle categorie malamente formate. Suddivisi perciò i creditori finanziari di (omissis) s.r.l. in liquidazione in tre classi, la prima costituita dai creditori per saldo residuo di mutui con garanzia ipotecaria, la seconda dai creditori per scoperto di conto corrente assistito da garanzie fideiussorie e la terza dai creditori per scoperto di conto corrente senza alcuna garanzia, occorrerà constatare come nella seconda categoria, nel cui novero è ricompreso l'istituto di credito opponente, è comunque stata raggiunta la percentuale richiesta dall'art. 182 *septies*, 2° c., l. fall. (e più precisamente nella misura del 75,66%, come spiegato dall'ausiliario di questo ufficio nel corso dell'udienza tenutasi in data 31 marzo 2016). Per questi motivi: Il Tribunale di Forlì, visto l'art. 182 *septies* l. fall., rigetta l'opposizione proposta dalla Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. all'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti conclusi con intermediari finanziari richiesta da (omissis) s.r.l. in liquidazione; visti gli artt. 182 *bis* e 182 *septies* l. fall. omologa gli accordi di ristrutturazione dei debiti conclusi da (omissis) s.r.l. in liquidazione ...; visto l'art. 182 *septies* l. fall., dispone che gli effetti dell'accordo perfezionato con i creditori per scoperto di conto corrente assistito da garanzie fideiussorie siano estesi anche al creditore non aderente Monte dei Paschi di Siena s.p.a., in presenza delle condizioni previste all'art. 182 *septies*, 2° e 4° c., l. fall.”.

⁶⁰ Tribunale di Milano 11 febbraio 2016, su www.ilcaso.it, Sez. Giurisprudenza, 14911 - pubb. 03/5/2016.

concessi e crediti per fideiussioni prestate dalla debitrice alle banche in relazione ad operazioni creditizie di cui sono titolari società del gruppo.

Un breve cenno merita, infine, la **Riforma della Legge Fallimentare** sul tema delle classi. La Legge Delega, attualmente già pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, prevede all'art. 6 che il legislatore delegato dovrà *“individuare i casi in cui la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei, è obbligatoria, prevedendo in ogni caso, che tale obbligo sussiste in presenza di creditori assistiti da garanzie esterne”*.

L'intento è quello di assicurare una maggiore tutela ai creditori “deboli” e minoritari, rispetto a proposte concordatarie orientate verso le ragioni dei creditori più “forti”: la suddivisione del ceto creditorio in classi consente, infatti, di attenuare il peso del voto dei creditori maggioritari, richiedendo che la maggioranza dei voti favorevoli sia raggiunta anche nel maggior numero di classi e legittima ciascun creditore appartenente ad una classe dissenziente a sollevare contestazioni riguardanti la convenienza del concordato.

Una delle ipotesi di **classamento obbligatorio** è la presenza di creditori assistiti da **garanzie esterne**, cioè all'evidente fine di evitare che i creditori garantiti possano inquinare, con il loro voto presumibilmente favorevole, l'ipotetica contrarietà al concordato dei creditori non garantiti.

Dovrà infine il legislatore delegato anche stabilire in quali altri casi il classamento è obbligatorio (crediti privilegiati falcidiati, crediti fiscali e previdenziali – peraltro al momento già oggetto di allocazione in apposita classe in caso di pagamento parziale a seguito di Transazione Fiscale *ex*

art. 182-*ter* L.F. - crediti postergati e crediti dei soci e di società controllate dal debitore o a questo collegate e così via).

L'attestazione del professionista

(autori: *dott.ssa Natascia De Luca, dott. Stefano Bellonio
e dott. Luca De Gennaro*)

SOMMARIO CAPITOLO V: 5.1 Requisiti del professionista – 5.2 Oggetto dell'attestazione

5.1 - Requisiti del professionista (*dott.ssa Natascia De Luca e dott. Stefano Bellonio*)

Il V comma dell'art. 182-*septies* L.F., a chiusura della disposizione istituyente la convenzione di moratoria bancaria, prescrive che la stessa sia accompagnata dall'attestazione di un professionista, in possesso dei requisiti di cui alla lettera d), comma III, art. 67 L.F..

Il predetto comma dispone che il professionista designato dal debitore per l'attestazione sia “*indipendente ... omissis ... iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) ... omissis ...*”.

Dalla lettura della norma è possibile evidenziare che il primo requisito richiesto all'attestatore è l'**indipendenza**, caratteristica richiamata dalla lettera d), comma III, art. 67 L.F., con specifica che il professionista può essere considerato indipendente quando non ha legami, professionali o

personali, né con l'impresa stipulante il piano, *rectius* la convenzione di moratoria, né con i soggetti interessati all'operazione di risanamento.

Sempre nel medesimo punto viene ulteriormente dettagliato il requisito dell'indipendenza con specifica che il professionista non deve aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro, autonomo e subordinato, a favore del debitore, sia direttamente che indirettamente tramite associazioni professionali, ovvero non deve aver partecipato agli organi di amministrazione e controllo del debitore.

Con riferimento a quanto sopra esposto, dalla lettura della disposizione normativa sembrerebbe che la compromissione dell'indipendenza dell'attestatore si verifichi solo qualora la prestazione resa sia di tipo continuativa e non occasionale, con conseguente indipendenza dell'attestatore in caso di prestazioni a favore del debitore saltuarie e occasionali.

Ancora, il disposto normativo rinvia ai requisiti per la carica di sindaco di cui all'art. 2399 c.c., rubricato "*Cause d'ineleggibilità e decadenza*", il quale prevede la decadenza d'ufficio dalla carica con riferimento alle sottoelencate fattispecie:

“a) *coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'articolo 2382*; (tale disposizione elenca quali condizioni di ineleggibilità, l'interdetto - art. 414 c.c., l'inabilitato – art. 415 c.c., il fallito, o chi è stato condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici – artt. 28, 29 c.p. o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi – art. 2380 bis c.c.; art. 32 c.p.);

b) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli

amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo;

c) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza.

La cancellazione o la sospensione dal registro dei revisori contabili e la perdita dei requisiti previsti dall'ultimo comma dell'articolo 2397 sono causa di decadenza dall'ufficio di sindaco.

Lo statuto può prevedere altre cause di ineleggibilità o decadenza, nonché cause di incompatibilità e limiti e criteri per il cumulo degli incarichi”.

Il requisito dell'indipendenza appare fondamentale affinché il professionista designato esprima delle valutazioni obiettive.

Il secondo requisito richiesto dalla lettera d), comma III, art. 67 L.F.. è **l'iscrizione nel Registro dei Revisori Legali** istituito, in applicazione del decreto legislativo n. 39/2010, presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Trascurando i requisiti richiesti per l'iscrizione presso il Registro dei Revisori Legali, di particolare interesse appare la disposizione nel caso in cui l'incarico di attestatore non sia assunto dal singolo professionista, ma da una società tra professionisti o da uno studio associato.

Qualora si verifichi l'ipotesi di incarico ad una società tra professionisti, la stessa deve avere quale oggetto l'esercizio di un'attività professionale regolamentata ed i soci devono essere iscritti presso gli albi richiamati dall'art. 28 lettera a) e b) L.F.

Inoltre, il socio designato allo svolgimento dell'incarico deve essere iscritto presso il Registro dei Revisori Legali.

Diversamente, nel caso di studi associati, ai fini dell'assunzione dell'incarico di attestazione, è sufficiente che i professionisti associati siano in possesso dei requisiti di cui all'art. 28, lett. a) L.F., meglio esposti nel punto a seguire, e il professionista incaricato di redigere l'attestazione sia iscritto nel registro dei revisori.

Terza ed ultima qualifica richiesta dalla lettera d), comma III, art. 67 L.F. è il **possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) L.F.**

Nel dettaglio, si tratta dei medesimi primi due requisiti richiesti per la carica di curatore fallimentare, ossia, possedere il titolo di avvocato, dottore commercialista, ragioniere e ragioniere commercialista, così come previsto dalla lettera a).

Quindi, il "professionista" deve possedere una "duplice iscrizione", essendo necessario per lo scopo il possesso di un appropriato bagaglio di conoscenze giuridiche ed aziendalistiche, cioè essere un revisore legale iscritto nell'ordine degli avvocati o dei dottori commercialisti (come dottore o come ragioniere commercialista).

L'incarico può anche essere assunto, sulla base delle previsioni normative di cui alla lettera b), da studi professionali associati o società tra professionisti, i cui soci abbiano i requisiti di cui alla lettera a).

Qualora trattasi di studi professionali o società tra professionisti, l'incarico deve avere comunque natura personale, con assunzione della responsabilità del procedimento da parte di uno dei soci avente i requisiti richiesti dalla norma.

5.2 - Oggetto dell'attestazione (dott. Luca De Gennaro)

La convenzione di moratoria non è soggetta ad omologa da parte del tribunale competente, questo rende centrale il documento redatto dal professionista attestatore. L'attestazione risulta essere il documento che dovrebbe garantire i soggetti non aderenti, che vengono "vincolati" ad aderire alla convenzione, dell'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra creditori, contenuta nella proposta di moratoria.

Infatti, l'articolo 182-*septies* prevede che un professionista, individuato ai sensi dell'articolo 67, comma 3, lett. d) L.F., attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra creditori interessati dalla moratoria.

La necessità di attestare l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici deriva dal fatto che anche l'accordo di moratoria, così come previsto dall'accordo di ristrutturazione finanziario, deve necessariamente suddividere in "classi" i creditori finanziari che abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei⁶¹.

L'attestazione deve esprimere il giudizio sull'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati all'accordo, esaminando che le classi previste dalla convenzione siano uniformi nelle aspettative di tutti i creditori che ne fanno parte. Per questo motivo creditori aderenti devono essere suddivisi in classi omogenee per:

- posizione giuridica;
- interesse economico⁶².

⁶¹ Si noti che in questo istituto il legislatore ha usato il termine classi, mentre negli altri usa il termine categorie, anche per evidenziarne una diversa portata.

⁶² Art. 182-*septies* L.F.: "a) abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti."

caratterizzate da un trattamento specifico ed uniforme all'interno e differente rispetto a quello delle restanti classi.

La valutazione sull'omogeneità della posizione giuridica e dell'interesse economico non dovrebbe tralasciare l'esame delle trattative condotte⁶³.

Inoltre un accordo che preveda per **situazioni oggettive diverse una forma di remunerazione omogenea**, comporta un errore nella formazione delle classi. Infatti, la suddivisione in classi è strettamente collegata al trattamento economico dei creditori coinvolti nella convenzione di moratoria, così come previsto nel concordato preventivo⁶⁴. L'attestatore deve considerare se le classi siano state

⁶³ In “*Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*” Documento Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti Esperti Contabili, novembre 2016, p. 12 ss. si legge che: “sebbene non espressamente richiesto dalla legge, è opportuno che il professionista attestatore verifichi che i creditori non aderenti siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede”. “Così come per gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, è onere del debitore assicurare simmetria informativa alle banche interessate alla convenzione di moratoria. La conduzione delle trattative deve assicurare la possibilità delle banche di parteciparvi ed è opportuno che il debitore sia in grado di provare il rispetto dell'onere posto a suo carico. La decisione di attivare l'estensione forzata della convenzione può essere anche successiva all'inizio delle relative trattative, a condizione che siano rispettati i requisiti relativi all'avvio e della conduzione delle trattative stesse, così da consentire a tutte le banche interessate la partecipazione all'apertura del tavolo di negoziazione. Il rinvio al quarto comma, terzo periodo, dell'art. 182-*septies* L.F. per il giudizio in caso di opposizione dei creditori coartati, esige il rispetto del requisito della completezza ed aggiornamento informativo previsto alla lett. b) della disposizione. L'informativa, in caso di convenzione di moratoria, è opportuno sia costituita da: indebitamento complessivo con separata indicazione dello scaduto; indebitamento bancario; situazione patrimoniale; budget e piano di tesoreria che copra l'intero orizzonte temporale sino al termine della moratoria; effetti della convenzione rappresentati in modo tale da consentire ai creditori bancari e finanziari interessati di valutare anche la convenienza rispetto alle alternative concretamente praticabili.”

⁶⁴ Art 160, comma 1 lett. c) L.F.

costruite tenendo conto della posizione giuridica⁶⁵, quindi della natura chirografaria o privilegiata del credito e del grado di privilegio e, per ciò che concerne gli interessi economici⁶⁶, dell'entità del credito e dell'attività esercitata dal creditore in relazione ai benefici ottenibili dalla continuità aziendale.

La corretta attestazione del professionista è l'elemento essenziale per la corretta riuscita della convenzione: la "certificazione" dell'omogeneità della posizione giuridica⁶⁷ e degli interessi economici⁶⁸ delle classi è il presupposto necessario per l'estensione degli effetti della convenzione anche ai creditori non aderenti⁶⁹. Infatti, "nel caso in cui solo una parte

⁶⁵ In "*Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*", cit., pag. 14, si legge che: "La posizione giuridica può essere utilmente ricercata dall'attestatore nell'elemento soggettivo del creditore in relazione al rapporto pendente: rileveranno così, ad esempio, le posizioni di creditore principale, quella di garante, quella di cessionario di crediti, quella di concedente di beni in leasing."

⁶⁶ V. "*Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*" cit., pag.14: "L'interesse economico discende dalle conseguenze in capo al creditore del comportamento del debitore, quali, ad esempio, l'interesse del creditore alla continuità aziendale ovvero alla liquidazione dei beni."

⁶⁷ "Per pervenire ad un giudizio di omogeneità delle posizioni giuridiche dei creditori, occorre considerare tutti gli elementi che le connotano, incluse tutte le garanzie prestate a ciascuno, anche da parte di terzi, in quanto esse arricchiscono la posizione giuridica e le tutele che il beneficiario ha a disposizione" Tribunale di Napoli, 30 novembre 2016, in *Il Fallimento*, n.7/2017, p.841 ss.

⁶⁸ "Negli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, l'interesse economico può essere considerato non omogeneo quando a fronte di una medesima posizione giuridica sono state concesse garanzie di tipologia differente, che identificano, pertanto, un interesse economico diverso perché portatrici di differenti aspettative di recupero", Tribunale di Napoli, 30 novembre 2016, cit.

⁶⁹ "*Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*" cit., pag.14: "L'attestatore, nel prendere atto del trattamento che il debitore intende estendere in capo al creditore non aderente, è chiamato ad individuare l'omogeneità della posizione di quest'ultimo con quella di uno o più creditori aderenti ricompresi nella categoria alla quale si riferisce il trattamento in questione essendosi questi riconosciuti omogenei ai restanti che hanno accettato un unico contenuto della proposta senza che l'attestatore sia chiamato ad indagare l'omogeneità all'interno della categoria".

dei creditori aderenti fosse omogenea rispetto alle restanti banche e ai restanti intermediari finanziari che si intendono coartare, è a tale parte che l'attestatore deve fare riferimento in relazione alle pattuizioni convenute ed al *quorum* adesivo richiesto⁷⁰”.

Per quanto attiene l'aspetto delle trattative condotte, il professionista attestatore dovrebbe esprimersi sulla buona fede con cui queste sono state condotte da parte del debitore⁷¹; l'omessa indicazione dell'importo delle garanzie e di qualsiasi informazione sulla consistenza e capienza delle stesse si traduce in una violazione del precetto di buona fede nelle trattative⁷².

Infine, sembrerebbe opportuno che nell'attestazione sia anche verificato che i creditori non aderenti possano essere soddisfatti in misura non inferiore rispetto ad altre possibilità perseguibili⁷³, o meglio, per poter

⁷⁰ “Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria” CNDCEC, pag.14, cit. punto 6.2.6.

⁷¹ “Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria”, cit. pag.14: “Con riferimento alla sussistenza dei requisiti in ordine alla conduzione delle trattative l'attestatore si dovrebbe esprimere almeno in termini di *negative assurance*, ossia sulla mancata conoscenza di elementi indicatori dell'assenza delle condizioni di legge. È anche opportuno che l'attestatore verifichi la completezza e l'aggiornamento informativo fornito ai creditori”.

⁷² Tribunale di Napoli, 30 novembre 2016, cit.

⁷³ “Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria” cit., pag.14. “Sebbene non espressamente richiesto dalla legge, è opportuno che il professionista attestatore verifichi che i creditori non aderenti possano risultare soddisfatti in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. Sul punto l'attestatore si dovrebbe, quindi, esprimere almeno in termini di *negative assurance*, ossia sull'assenza di elementi che inducano a ritenere svantaggiosa la coercizione delle banche non aderenti rispetto alle alternative concretamente praticabili”.

estendere i propri effetti, dovrebbe apportare un qualche vantaggio o, quanto meno, non arrecare pregiudizio ai creditori non aderenti⁷⁴.

⁷⁴ Tribunale di Napoli, 30 novembre 2016, cit.: “Negli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, la convenzione di moratoria, per poter estendere i propri effetti ai creditori non aderenti, deve apportare un qualche vantaggio o, quanto meno, non arrecare loro pregiudizio”.

Le pattuizioni coercibili e le obbligazioni *di facere*

(autori: *dott. Saverio Mancinelli e dott.ssa Roberta Paradiso*)

SOMMARIO CAPITOLO VI: 6.1 Premessa – 6.2 Divieto di esecuzione di nuove prestazioni – 6.3 Utilizzo di affidamenti esistenti – 6.4 Linee di credito “autoliquidanti” - 6.5 Deroga per contratti di locazione finanziaria

6.1 - Premessa

Com'è noto il D.L. n. 83/2015 (“Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria”), ha introdotto gli istituti dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e della convenzione di moratoria, disciplinati dall'art. 182-*septies* L.F.

Il primo procedimento, mediante la possibilità di chiedere al tribunale competente l'estensione dell'accordo di ristrutturazione anche alle banche e agli intermediari finanziari ad esso non aderenti, ha la finalità di “togliere ai creditori finanziari che vantano un credito di piccola entità la possibilità di dichiararsi contrari ad operazioni di ristrutturazione concordate fra il

debitore e la maggioranza dei creditori finanziari, decretando l'insuccesso complessivo dell'operazione e l'apertura di una procedura concorsuale⁷⁵”.

Il secondo, riportato nel comma 5 e successivi dell'articolo in commento, ha previsto la possibilità di estendere anche ai creditori bancari e finanziari non aderenti le “convenzioni, sempre più frequenti nella prassi, che prevedono una moratoria temporanea fra creditori finanziari, finalizzata a consentire l'elaborazione della soluzione che, all'esito di successivi accertamenti, risulterà in concreto più idonea a risolvere la crisi (cosiddetta «*standstill*»)⁷⁶”.

6.2 – Divieto di esecuzione di nuove prestazioni

L'articolo introdotto dal legislatore trova un punto di raccordo tra le disposizioni in tema di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e quelle in tema di convenzione di moratoria, nel comma 7 dell'art. 182-septies L.F., ove il legislatore ha previsto che “*in nessun caso, per effetto degli accordi e convenzioni di cui ai commi precedenti, ai creditori non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. Agli effetti del presente articolo non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati*”.

Quindi, per espressa disposizione di legge, (anche) con la convenzione di moratoria non possono essere imposte ai soggetti non aderenti obbligazioni *di facere*, quali la concessione di nuovi affidamenti,

⁷⁵ Così in Relazione illustrativa ministeriale al D.L. 27 giugno 2015 n. 83.

⁷⁶ Sempre in Relazione illustrativa ministeriale, *cit.*

l'erogazione di nuovi finanziamenti o l'obbligo di consentire al debitore di continuare ad utilizzare delle linee di credito esistenti (da intendersi "per la parte non usufruita"⁷⁷).

L'impossibilità di coartare i creditori bancari e finanziari non aderenti pone problemi non marginali; infatti, nella maggioranza dei casi, per risolvere la crisi, potrebbe non essere sufficiente:

- il semplice rinnovo dei termini di adempimento;
- un impegno a non agire giudizialmente per la riscossione del credito;
- non preconstituirsì forme di garanzia in danno degli altri creditori;
- il riscadenziamento dell'esposizione debitoria;
- la conversione del credito in strumenti di *equity* o *semiequity*.

Tuttavia, la norma è chiara: le nuove prestazioni – riconducibili, *lato sensu*, all'erogazione di nuovo credito – non possono essere imposte, ma sono rimesse alla libera volontà degli interessati, senza possibilità di deroga alla relatività degli effetti del contratto.

Questa preclusione non agevola il concreto conseguimento del risanamento, ma l'imposizione coattiva sul dissenziente di nuove prestazioni, individuate dalle parti, avrebbe rischiato di sollevare dubbi di compatibilità con i principi costituzionali.

Ne consegue che, ove vi sia esigenza di nuovi affidamenti, dovrà essere necessariamente redatto (parallelamente ad una convenzione di moratoria che può "vincolare le minoranze") un piano (eventualmente anche "attestato") di risanamento, che preveda l'erogazione di nuova finanza, **con intese che possono coinvolgere esclusivamente gli aderenti.**

⁷⁷ Vedi meglio *infra*.

6.3 – Utilizzo di affidamenti esistenti

Sembra ragionevole ritenere che il legislatore nello statuire che “*ai creditori non aderenti possono essere imposti ... il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti ...*”, abbia inteso che il diniego di coercibilità **non debba travolgere gli utilizzi “già in essere”** al momento della moratoria; per essi, infatti, la moratoria potrebbe prevedere rientri differiti, anche correlati alla generazione di risorse secondo le regole di *waterfall*, stralci ovvero conversione in *equity* o *semiequity*.

Quindi, l'espressione secondo cui non si può imporre di mantenere l'utilizzare di affidamenti esistenti, dovrebbe essere intesa in senso restrittivo: la banca non è obbligata a garantire al debitore di potersi approvvigionare sull'affidamento esistente, ma non utilizzato, perché questo si tradurrebbe in un surrettizio nuovo impegno finanziario; tuttavia nei limiti dell'affidamento (già) utilizzato la banca non aderente è vincolata dalla convenzione e **deve consentire il normale smobilizzo e il simmetrico riutilizzo di quanto utilizzato**⁷⁸.

Tale interpretazione appare pienamente condivisibile, anche nella considerazione che risulta conforme allo spirito della norma, finalizzata ad una “sospensione temporanea” di rientri (e non certo di smobilizzi), azioni giudiziarie e simili, in favore dell'imprenditore – debitore, con prevalenza della volontà di una maggioranza qualificata di una categoria di creditori su altri dissenzienti.

⁷⁸ In tal senso, FABIANI, “La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi”, in *Il Fallimento* n.12/2014, 1274.

Sul principio avrà modo di esprimersi la giurisprudenza, anche nella considerazione che non appare univoco; infatti, secondo altra dottrina⁷⁹, l'interpretazione “ancorché ispirata dal commendevole intento di individuare un punto di equilibrio tra opposti interessi, sconta la propria difficile conciliabilità con il testo dell'art. 182-*septies*, 7° comma, L.F., il quale è chiaro nell'includere nel perimetro del divieto il mantenimento della possibilità di utilizzare gli affidamenti esistenti”. Di qui la conclusione secondo cui **il creditore non aderente dovrebbe essere libero di revocare le linee in essere** (sempre che la disciplina dei rapporti con l'imprenditore lo consenta), di cui la convenzione di moratoria è inidonea a preservare la stabilità, mentre permette di impedire al dissenziente di ottenere l'immediato rimborso dei propri crediti, inclusi quelli che dovessero diventare immediatamente esigibili per effetto della predetta revoca.

6.4 – Linee di credito “autoliquidanti”

Una volta accolto il principio che la banca non aderente dovrebbe essere vincolata dalla convenzione di moratoria a consentire lo smobilizzo ed il simmetrico riutilizzo dell'affidamento “già in essere”, il tema di maggior criticità è rappresentato le c.d. **linee “auto liquidanti”**, dal cui mantenimento potrebbe dipendere l'esito di un'intera operazione di ristrutturazione aziendale.

Si tratterà, quindi, di capire se e in quale misura il mantenimento in essere di una linea di credito c.d. autoliquidante possa essere inteso quale

⁷⁹ AIELLO “La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi”, in *www.ilcaso.it*, p.43.

“nuova prestazione” e, conseguentemente, essere escluso dalle previsioni che possono essere coattivamente estese ai creditori bancari e finanziari non aderenti, ai sensi dell’art. 182-*septies* L.F. A tal fine si individuano due orientamenti:

- a) un primo orientamento, più restrittivo, sostiene **l'impossibilità** di imporre ai creditori bancari e finanziari non aderenti il **mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere**; di conseguenza, qualora il debitore “scaricasse” le linee di credito utilizzate, non avrebbe più la possibilità di attingere nuovamente all’affidamento;
- b) il secondo, ammette invece la **possibilità** di vincolare i soggetti bancari e finanziari non aderenti al **mantenimento delle linee autoliquidanti in essere** al momento della convenzione di moratoria.

Entrambi gli orientamenti, presentano punti di forza e, nel contempo, di debolezza interpretativa.

Il primo orientamento, sebbene coerente nell’ottica della tutela di soggetti vincolati da pattuizioni stipulate da altri, sembra porsi in senso contrario alla *ratio legis*, poiché rispetta il disposto normativo, ma ne frustra la finalità⁸⁰.

Il secondo, sembra comportare un eccessivo sacrificio per i soggetti bancari e finanziari non aderenti, i quali potrebbero essere obbligati a tenere fermi gli affidamenti di autoliquidanti in essere.

⁸⁰ Se la banca si limita ad incassare le rimesse dei terzi, la stessa riduce la propria esposizione debitoria e l’impresa viene privata di una fonte di approvvigionamento finanziario, in quanto costretta ad un rientro coattivo.

Assumendo **l'incremento quantitativo del rischio di credito** come linea di discriminazione tra prestazioni coercibili e non coercibili, sembra rilevare la correttezza del secondo orientamento (vincolo per i soggetti bancari e finanziari non aderenti del mantenimento delle linee autoliquidanti), in quanto non si verifica alcun aggravamento del rischio del creditore nel mantenere gli utilizzi in essere, siano essi relativi a linee di cassa, siano essi relativi a linee autoliquidanti. Infatti, la banca non vede quantitativamente variato il proprio rischio di credito, poiché mantiene la propria esposizione invariata, alla data di riferimento. A tal fine sembrerebbe, pertanto, plausibile e razionale limitare il mantenimento coattivo delle linee autoliquidanti esistenti all'importo effettivamente utilizzato alla stipula della moratoria e la banca sarebbe vincolata a consentire il normale smobilizzo e il simmetrico riutilizzo "nei limiti dell'affidamento utilizzato".

Tuttavia, nella modalità tecnica c.d. autoliquidante, assume rilevanza anche **l'identità soggettiva del debitore dell'imprenditore** che attua la moratoria, in quanto sarà tale soggetto a dover canalizzare in favore dell'istituto di credito le somme originariamente spettanti all'imprenditore. A tal proposito si osserva che, benché resti quantitativamente invariato il rischio di credito, lo stesso si **modifica** (radicalmente) **in senso qualitativo**, poiché una linea concessa a fronte di specifiche posizioni, viene (coattivamente) rialimentata con posizioni diverse da quelle iniziali, in spregio alla volontà del creditore finanziario non aderente.

Alla luce di quanto sopra esposto e ferma la necessità di attendere le prime interpretazioni giurisprudenziali per poter trarre delle indicazioni, **sembra preferibile l'impostazione "estensiva" accolta dal secondo**

orientamento (vincolo per i soggetti bancari e finanziari non aderenti al mantenimento delle linee autoliquidanti, anche se solo per l'utilizzo già in essere al momento della convenzione di moratoria), in quanto in senso conforme alla *ratio legis* ed aderente al principio di non ostacolare l'accesso al credito da parte dell'imprenditore in difficoltà, al fine di porre (temporaneo) rimedio alla crisi di imprese ancora potenzialmente produttive di reddito.

Ovviamente, affinché ciò possa essere potenzialmente ammissibile, è indispensabile che:

- i creditori che vantano linee di credito autoliquidanti siano **inseriti in una "categoria" a sé stante** (costruita per "posizione giuridica"), caratterizzata da specifiche pattuizioni (al fine di rendere "l'interesse economico omogeneo");

- la coercibilità del mantenimento della possibilità di anticipazioni autoliquidanti, vada **limitata all'importo dell'utilizzo già in essere** ed in via simmetrica alle singole posizioni anticipate, che via via si "scaricano".

6.4 - Deroga per contratti di locazione finanziaria

La regola generale che con la convenzione di moratoria non possono essere imposte ai soggetti non aderenti obbligazioni *di facere*, contiene una deroga (o meglio una precisazione) che, in ogni caso, la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria, già stipulati, non è considerata come "*nuova prestazione*".

Quindi, per espressa indicazione di legge, l'imprenditore può continuare a godere del bene in locazione finanziaria nonostante la possibilità di "congelamento" dei canoni e, mediante il raggiunto accordo

di moratoria con la maggioranza di legge, i creditori bancari e finanziari non aderenti possono essere vincolati al mantenimento dei contratti di *leasing* già stipulati, senza possibilità di eventuali risoluzioni anticipate degli stessi, che potrebbero comportare danni irreparabili per l'impresa (nonché un pregiudizio per la stessa società di *leasing*, che sarebbe costretta a riallocare i beni sul mercato a prezzi generalmente inferiori).

Anche in tal caso, è indispensabile che i creditori concedenti i *leasing* siano inseriti in una “categoria” a sé stante, caratterizzata da specifiche pattuizioni, in ossequio al dettato di legge “della posizione giuridica e dell'interesse economico omogeneo”.

Gli effetti della moratoria e la loro decorrenza

(autore: *dott. Antonio Nino Carozza*)

SOMMARIO CAPITOLO VII: 7.1 Effetti dell'istituto in deroga al codice civile – 7.2 Decorrenza per i creditori finanziari aderenti – 7.3 Decorrenza per i creditori finanziari non aderenti

7.1 - Effetti dell'istituto in deroga al codice civile

Il tratto peculiare della convenzione di moratoria risiede nella sua efficacia che, «*in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile*», viene estesa anche ai soggetti terzi in forza del mero incontro delle volontà delle parti⁸¹.

Seppur tale aspetto è condiviso con l'istituto dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari, nella convenzione di moratoria non vi è un organo che vigila sul procedimento⁸².

⁸¹ FABIANI, La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, in *Il Fallimento* n. 12/2015, p. 1274 “L’innesto caratterizzante di questa nuova figura negoziale “semi-tipica” è indubabilmente rappresentato dalla previsione di una estensione di alcuni effetti del contratto a soggetti estranei alle parti contrattuali”.

⁸² AIELLO, La convenzione di moratoria: l'estensione degli effetti ai creditori non aderenti al vaglio giurisprudenziale, in *il Fallimento* 7/2017, p. 848: “Nella convenzione di moratoria, l'estensione dell'efficacia del patto si produce non in virtù dell'omologazione (che la legge

Infatti, affinché si realizzi il meccanismo di **propagazione degli effetti** ai terzi non è necessario un *imprimatur* giudiziale, poiché l'intervento del tribunale è subordinato solo all'eventuale esperimento di opposizioni da parte degli intermediari finanziari non aderenti.

L'evidente obiettivo del nuovo istituto è di evitare che il creditore non aderente pregiudichi irragionevolmente e, quindi, con una possibile finalità ostruzionistica, il tentativo del debitore di regolare la crisi d'impresa negoziando una “**tregua**” con il ceto bancario. Va precisato che si parla di tregua in quanto gli effetti della moratoria non sono permanenti bensì provvisori, infatti, vi è l'impossibilità di utilizzare tale istituto per estinguere il debito verso gli aderenti, esauendo così il soddisfacimento dei creditori vincolati.

non prevede), bensì in conseguenza del mero incontro delle volontà dei paciscenti, purché ricorrano gli ulteriori requisiti prescritti dalla legge, a tutela dei terzi suscettibili di essere forzosamente vincolati. Com'è stato osservato, infatti, “la legge ha buoni motivi per delegare all'autonomia la ricerca della soluzione. Ma può avallarla solo a patto che sia garantito il contemperamento della libertà di chi aderisce all'accordo con cui si governa la crisi con quella di chi non aderisce”; così GENTILI, Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi, in Di Marzio - Macario (a cura di), Autonomia negoziale e crisi d'impresa, Milano, 2010, p. 293. Pertanto, mentre l'accordo di ristrutturazione presenta necessariamente due fasi successive, la prima negoziale e la seconda giudiziale (cfr. GABRIELLI, Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica, in Di Marzio - Macario (a cura di), Autonomia negoziale e crisi d'impresa, cit., p. 276), la convenzione di moratoria si esaurisce in un unico momento (esclusivamente privatistico), fatto salvo il caso di esperimento di opposizioni. Di conseguenza, il controllo del tribunale è attivabile solo in via eventuale e, per l'appunto, su richiesta di uno dei soggetti attinti dal superamento della relatività dell'efficacia del negozio. Con ciò non si vuole peraltro negare che, anche in questo caso, la volontà delle parti necessiti di una qualche integrazione dall'esterno, il che però avviene non mediante l'intervento del giudice, bensì per mezzo del contributo dell'esperto attestatore, vale a dire di un soggetto che, ancorché indipendente, pur sempre promana da una delle parti del contratto, essendo pacificamente nominato dall'imprenditore.

L'estensione soggettiva dell'efficacia della moratoria, con l'esplicita deroga ai principi posti dagli artt. 1372 e 1411 cod. civ., ovvero al principio della relatività degli effetti del contratto e della possibilità di estendere gli stessi ai terzi solo se vantaggiosi, ha visto i commentatori della norma dibattere sulla natura dell'istituto: intrinsecamente convenzionale e dunque **contrattuale** ovvero **concorsuale**, in ragione dell'idoneità dell'istituto a produrre effetti sui creditori terzi.

Tuttavia, la natura contrattuale dell'accordo di moratoria appare difficilmente contestabile e l'estensione degli effetti ai creditori dissenzienti non è di per sé indice certo dell'inserimento dell'istituto nell'ambito degli strumenti concorsuali di definizione della crisi d'impresa; contribuiscono ad escludere l'ipotesi di fattispecie concorsuale, il mancato spossessamento del debitore, la mancanza di un provvedimento di apertura del procedimento, la possibilità di un trattamento differenziato per i creditori aderenti, l'assenza di un organo che vigili sul procedimento⁸³.

Si rende pertanto necessario analizzare il rapporto tra l'art. 182-*septies* e le norme codicistiche sul contratto.

⁸³ FABIANI, L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche, in *IlCaso.it*, pp. 20-21, "Il guado che separa gli accordi dalla concorsualità a me pare ancora netto perché il debitore non è spossessato, perché non esiste un provvedimento di apertura di un procedimento, perché i creditori aderenti possono essere trattati diversamente (anche se ora, forzatamente), perché non c'è un organo che vigila sul procedimento, perché non esiste una regola parallela a quella dell'art. 184 L.F.". NOCERA, La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, p. 1107, CEDAM: "L'esplicito riferimento a tali norme (n.d.r. artt. 1372 e 1411 cod. civ.) sul contratto in generale avvalorava la natura essenzialmente negoziale dell'istituto".

L'articolo 1372 cod. civ., comma 1, esordisce affermando che il “*contratto ha forza di legge fra le parti*”: prevede, cioè, un regolamento di interessi che riguarda soltanto le parti che hanno concluso il contratto o che vi hanno successivamente preso parte; al successivo secondo comma statuisce che il “*contratto non produce effetto rispetto ai terzi*”, enunciando il cosiddetto principio di “**relatività del contratto**” che rappresenta un nodo centrale della teoria dei contratti, ossia la questione della delimitazione dell'ambito dell'autonomia privata e contrattuale. Tale principio è finalizzato a proteggere i terzi contro la perdita di diritti o l'imposizione di obblighi contro la loro volontà, affermando che il contratto può produrre effetti solo nei confronti dei soggetti che lo pongono in essere e che con esso decidono di disporre della propria sfera giuridica⁸⁴.

Il principio di relatività del contratto, tuttavia, è stato sottoposto a revisione critica dalla dottrina più recente, ponendo l'attenzione ai casi in cui la legge deroga alla regola dell'inefficacia del contratto nei confronti dei terzi e, in particolare, della disciplina del contratto in favore di terzi. Infatti, leggendo alla lettera l'enunciato di cui al secondo comma dell'articolo 1372 cod. civ., sembrerebbe che la sua potenzialità estensiva sia ampia ma, in realtà, al di là di quanto tipizzato dal legislatore del '42, il principio di relatività soffre di una serie di eccezioni tali da aver indotto la

⁸⁴ GIULIANO, Il contratto a favore o in danno del terzo, in *Il contratto*, pp. 1595 - 1966. Giuffrè Editore: “*Il contratto intacca o modifica la sfera giuridica solo delle parti (sostanziali) del contratto, di converso, il contratto non intacca e non modifica la sfera giuridica degli estranei al negozio né con effetti vantaggiosi, né svantaggiosi*”. TORRENTE – SCHLENSINGER, “Effetti del contratto rispetto ai terzi”, in *Manuale di diritto privato*, pp. 586-587, Giuffrè Editore, 2013.

dottrina ad avanzare una serie di tentativi di superamento del dogma della relatività degli effetti contrattuali⁸⁵.

Lo stesso art. 1372, 2° comma, cod. civ., nello stabilire, in via generale, che il contratto non produce effetti nei confronti dei terzi, fa salve le ipotesi contrarie previste dalla legge, tra le quali gioco forza rientrano quelle disciplinate dall'art. 182-*septies* L.F., integrando uno di quei “*casi previsti dalla legge*” che il legislatore pone come eccezione al principio *alteri stipulari nemo potest*.

Si osserva che quando il contratto ha effetti favorevoli per il terzo, si consente che possa estendere a questi la sua efficacia, a meno che il terzo non intenda rifiutare il beneficio. Caso tipico è l'ipotesi prevista dall'art. 1411 cod. civ., ovvero il contratto a favore del terzo, con tutte le sue derivazioni, come, ad esempio, l'accollo. Tuttavia, la convenzione di moratoria parrebbe *prima facie* produrre solo effetti sfavorevoli sui creditori non aderenti (es. differimento dell'esigibilità dei crediti, rinuncia temporanea ad azioni esecutive). Si spiega, pertanto, l'ulteriore deroga presente nell'art. 182-*septies* all'art. 1411 cod. civ. sul **contratto a favore di terzi**. Infatti, la disciplina codicistica ammette la produzione di effetti sui terzi subordinatamente alla presenza di due requisiti: che la stipulazione sia *a favore* del terzo e che sussista un interesse dello stipulante alla contrattazione. Se ne trae, dunque, il convincimento che questa ulteriore

⁸⁵ GAMBARO, Gli effetti del contratto rispetto ai terzi, in VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, IV Congresso Internazionale ARISTEC, Roma 13-16 settembre 1999, Torino, 2001, p. 340: «*il principio della relatività degli effetti del contratto, inteso nel senso rigoroso in cui è stato codificato dal legislatore napoleonico, è stretto da questa contraddizione: da un lato non può evitare di soffrire eccezioni, pena la paralisi del traffico giuridico, ma dall'altro non offre alcun appiglio per ordinare in forma ragionevolmente coerente le eccezioni di cui è contornato*».

deroga dipenda dalla circostanza che, almeno in apparenza, nella convenzione di moratoria, ci si trova di fronte ad un contratto “**con onere**” a carico del terzo; onere, questo, al quale egli non può sottrarsi mediante il semplice rifiuto di volersi avvalere del negozio di cui all’art. 1411, 3° comma, cod. civ.⁸⁶

Diventa allora prioritario verificare la portata potenzialmente afflittiva degli effetti della convenzione di moratoria per il non aderente.

Certamente il meccanismo *ex art. 182-septies* L.F., che permette l’estensione degli effetti dell’accordo ai creditori non aderenti, rappresenta una limitazione all’autonomia privata, ma è comunque sostanzialmente circoscritta e subordinata al rispetto di determinati requisiti: che i destinatari dell’estensione degli effetti del patto abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli degli aderenti, come da attestazione di un professionista *ex art. 67, comma 3, lett. d)*, L.F., che siano stati informati dell’avvio delle trattative e messi in condizione di parteciparvi in buona fede.

Inoltre, con il rimedio dell’opposizione entro trenta giorni dalla comunicazione, il creditore non aderente potrà chiedere che la convenzione di moratoria non produca effetti nei suoi confronti, dimostrando che non sussiste il presupposto di omogeneità di posizione giuridica e interessi economici, di non aver ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e

⁸⁶ AIELLO, La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, pp. 23-24.

finanziaria del debitore⁸⁷ nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e di non essere stati messi in condizione di partecipare alle trattative, di non potere essere soddisfatti in misura non deteriore rispetto alle concrete alternative.

Di conseguenza, se la soluzione conseguita nell'ambito di trattative svolte in buona fede, non risulta inferiore alle alternative concretamente praticabili, non può certo qualificarsi come sfavorevole per i creditori non aderenti che siano stati informati adeguatamente e messi in condizione di partecipare alle trattative.

Pertanto, la **legittimità dell'istituto**, anche sul piano costituzionale, deve ravvisarsi nel diritto spettante al creditore non aderente astretto dal vincolo, di esperire l'opposizione mediante la devoluzione al tribunale non solo della verifica sulla corretta formazione dell'accordo (con particolare riguardo all'individuazione dei destinatari del patto, al rispetto dei loro diritti di compiuta informazione e di partecipazione alla trattativa, nonché al raggiungimento della maggioranza prescritta), ma anche il vaglio del merito dell'intesa, dovendo il giudice accertare, come stabilito dall'art. 182-*septies*, 4° comma, lett. c), L.F., che i non aderenti “*possano risultare*

⁸⁷ Tribunale di Napoli, Sez. VII civ., 30 novembre 2016, decr. - Pres. L. Di Nosse - Rel. I. Grimaldi - UniCredit Luxemburg S.A.: “*il deposito del bilancio e il rispetto dell'art. 2447 c.c. non assurgono a requisito di ammissibilità della moratoria: quel che importa è che sia rappresentata con completezza al creditore interessato la situazione patrimoniale, economica e finanziaria all'atto della proposta della convenzione*”, con commento di AIELLO, La convenzione di moratoria: l'estensione degli effetti ai creditori non aderenti al vaglio giurisprudenziale, in *il Fallimento* 7/2017, p. 850: “*come nel concordato non è prescritta l'allegazione del bilancio (fatta eccezione - lo si ripete - per la fattispecie del ricorso con riserva di formulazione del piano e della proposta), neppure l'imprenditore che voglia avvalersi della convenzione di moratoria è tenuto ad aver regolarmente redatto e depositato i bilanci, pur essendo onerato di fornire ai creditori interessati, senza particolari vincoli di forma, tutti i dati necessari alla negoziazione in buona fede dell'accordo, inclusi, in particolare, quelli idonei a fornire una chiara, veritiera e corretta rappresentazione della situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa*”.

soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative praticabili?".

L'obiettivo è, dunque, quello di consentire al tribunale, su sollecitazione dell'interessato, di disporre la cancellazione degli effetti *ultra vires* del contratto nella misura in cui essi possano risultare pregiudizievoli per chi li subisca, in quanto suscettibili di determinare un trattamento peggiore rispetto alle alternative concretamente praticabili⁸⁸.

In conclusione, sebbene la nuova norma abbia individuato un meccanismo che permette al terzo di sottrarsi all'arbitrio dei paciscenti, fugando così possibili profili di incostituzionalità, il senso più profondo della deroga esplicita agli articoli del codice civile, risiede nel consentire il **sacrificio dei diritti dei terzi**, se e quando tale sacrificio possa condurre al superamento della crisi d'impresa, considerato quale bene preminente⁸⁹.

⁸⁸ FOLLIERI, Accordi di ristrutturazione dei debiti ed efficacia giuridica, in *Contratti*, 2015, p. 1171: "è [...] chiara la ratio legis: favorire la soluzione della crisi consentendo l'estensione soggettiva *ultra vires* degli effetti derivanti da un negozio (accordo di ristrutturazione o convenzione di moratoria) il cui contenuto è stato determinato dal debitore e da alcuni soltanto degli intermediari finanziari (che rappresentino il 75% dei crediti della categoria). Un'imposizione a terzi di regole generate dall'autonomia privata allo scopo di tutelare interessi di rango generale?".

⁸⁹ FABIANI, La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, cit., 1277: "l'accordo di moratoria può produrre i suoi effetti verso i terzi in quanto negozio vantaggioso per quei terzi che non vi hanno aderito. Il tribunale, di fronte alla sollecitazione che gli proviene dal terzo, deve indagare sulla convenienza dell'accordo rispetto a tutti e, dunque, deve verificare che il sacrificio provvisorio imposto al creditore estraneo è compensato dalle maggiori utilità che proprio dall'esecuzione dell'accordo possono derivare. In questo modo si rispetta appieno l'art. 1372 c.c.".

7.2 - Decorrenza per i creditori finanziari aderenti

Quale regola generale, la produzione degli effetti della convenzione di moratoria si realizza tra gli stipulanti al **momento della sottoscrizione**, con lo scambio dei reciproci consensi.

Tuttavia, non si esclude che gli stessi stipulanti possano subordinare pattiziamente l'efficacia *inter partes* alla verifica dei presupposti per l'assoggettamento dei terzi al vincolo contrattuale.

7.3 - Decorrenza per i creditori finanziari non aderenti

Il *dies a quo* ai fini della produzione degli effetti nei confronti dei creditori finanziari non aderenti, si realizza nel momento in cui il documento negoziale, accompagnato dalla relazione del professionista, viene loro comunicato nelle forme della **dichiarazione recettizia**, alternativamente mediante lettera raccomandata oppure posta certificata.

Ai fini della verifica della sussistenza dei presupposti che rendono la convenzione efficace nei confronti del terzo non aderente, occorre che sia altresì comunicato l'elenco di tutti i creditori finanziari e di coloro che hanno aderito nonché fornita la prova dell'avvio delle trattative con tutti gli intermediari finanziari.

Sorprende come, a differenza della comunicazione ai creditori non aderenti prevista negli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari (art. 182-*septies*, comma 4, L.F.), per l'istituto di moratoria bancaria sia sufficiente l'invio di una mera lettera raccomandata o posta elettronica certificata e non sia richiesta, invece, una maggior tutela attraverso la previsione della notifica. Per inciso, si ricorda come lo scopo della notificazione sia proprio quello di provocare la presa di conoscenza

di un atto da parte del destinatario, attraverso la certezza legale che esso sia entrato nella sua sfera di conoscibilità, con gli effetti che ne conseguono.

Gli effetti della moratoria nei confronti del creditore non aderente, possono essere sospesi in via cautelare mediante la proposizione dell'opposizione al tribunale, in attesa dell'esito del successivo giudizio.

L'accoglimento dell'**opposizione**, attraverso decreto motivato del tribunale, produce effetti esclusivamente in relazione all'opponente, non essendo idoneo ad inficiare la posizione degli intermediari aderenti, a meno che questi non abbiano pattiziamente subordinato l'efficacia della propria partecipazione all'estensione degli effetti della convenzione a determinate banche non aderenti reputate omogenee.

Nel caso in cui sia prevista la formazione di diverse categorie di creditori, l'obiettivo di propalare gli effetti ai creditori non aderenti, si conseguirà solo con la creazione di **categorie omogenee**⁹⁰, aventi ciascuna un "*trattamento di contenuto omogeneo*", compatibile con tutti i creditori appartenenti ad essa⁹¹.

⁹⁰ NIGRO, Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria, in *Orizzonti del diritto commerciale*, p. 8: "*affinché scatti la disciplina particolare, il gruppo dei creditori "coinvolti" dalla moratoria (quelli che la legge definisce come "interessati" alla moratoria) e dalla relativa negoziazione debba in partenza essere composto da creditori omogenei, come, appunto, il professionista dovrà specificamente attestare ai fini dell'estensione*".

⁹¹ NOCERA, La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, p. 1107, CEDAM: "*E' quindi evidente il rischio di "eterogenesi dei fini" in quanto, dovendo congegnare le categorie in maniera omogenea e proporre effetti pari menti "omogenei" sui crediti, capaci di raccogliere l'elevata percentuale del settantacinque per cento di adesioni, il debitore sarà costretto ad un "compromesso al ribasso", ossia a calibrare la propria proposta per l'intera categoria sul livello dei creditori meno disponibili a concedere ristrutturazioni per i propri crediti*".

L'opposizione del creditore alla moratoria

(autori: *dott.ssa Fabiola Di Francesco e dott. Mario Marzovilla*)

SOMMARIO CAPITOLO VIII: 8.1 Decorrenza – 8.2 Oggetto

8.1 - Decorrenza

La convenzione di moratoria produce i propri effetti sui creditori finanziari dal momento in cui siano stati loro trasmessi la proposta e la relazione dell'esperto attestatore. L'invio della documentazione di cui all'art. 182-*septies* L.F. è condizione necessaria, affinché, per tutti i creditori finanziari, inclusi i “non aderenti”, si perfezioni il vincolo negoziale.

La moratoria bancaria spiega, infatti, i propri effetti nei confronti di tutti i soggetti coinvolti, anche nei confronti di una minoranza di non aderenti, in deroga agli artt. 1372 e 1411 cod. civ.⁹², precisando che, l'istituto non necessita di alcun *imprimatur* giudiziale perché si dia luogo all'applicazione coattiva nei confronti dei non aderenti, essendo

⁹² Tali derivazione alle ordinarie regole codicistiche sono ravvisabili in quanto nella moratoria sembra doversi parlare di vero e proprio contratto con efficacia estesa al terzo; così AIELLO, “La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi”, in www.ilcaso.it 2016.

l'intervento del tribunale subordinato all'eventuale esperimento di opposizioni⁹³.

Infatti, l'intervento dell'autorità giudiziaria non è del tutto escluso, ma risulta subordinato dall'iniziativa dei creditori non aderenti che, al fine di non veder estesi nei loro confronti gli effetti previsti dalla convenzione in moratoria, potranno proporre opposizione avversa, chiedendo che la stessa non produca effetti nei loro confronti. Diversamente, in mancanza, la convenzione in moratoria non è soggetta ad alcun controllo da parte dell'autorità giudiziaria.

L'art 182 – *septies* L.F., introduce un importante obbligo di *disclosure* da parte del debitore che, infatti, deve “notificare” la documentazione di cui al comma VI del succitato articolo, ossia la proposta di moratoria e la relazione dell'esperto attestatore, alle banche e agli intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo.

L'invio della documentazione dovrà avvenire esclusivamente mediante lettera raccomandata o posta elettronica certificata, senza ammissione di equipollenti.

Al ricevimento di entrambi i documenti – convenzione ed attestazione dell'esperto - il creditore dissenziente, che non ha preso parte all'accordo, ha trenta giorni di tempo per l'eventuale opposizione, precisando che il termine comincia a decorrere solo dal momento in cui entrambi i documenti siano pervenuti al debitore, ossia dall'effettiva recezione; non

⁹³ LAMANNA, “La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015 L. 6 agosto 2015, n. 132 in vigore dal 21 agosto 2015: commento analitico alle novità della riforma, soglie minime di accesso al concordato, proposte di concordato in competizione e offerte concorrenti di acquisto d'azienda, ristrutturazione dei crediti bancari e convenzioni di moratoria, nuovo ruolo del P.M., terzietà ed efficacia del curatore, liquidazioni e chiusure più celeri”, Milano, 2015, p. 9.

si ritengono giustificati motivi per escludere la sospensione feriale, in quanto nell'ottica del superamento della crisi, il procedimento deve avvenire con urgenza⁹⁴.

In tal senso, la normativa introduce un obbligo di *disclosure* anche per il creditore dissenziente e, in caso di mancata (o di tardiva) opposizione, gli effetti della moratoria saranno automaticamente e definitivamente estesi, anche in mancanza dei requisiti previsti dalla legge fallimentare, *ex art. 182-septies* comma 4 L.F.

Si precisa che, nelle more del suddetto termine, la moratoria comincia a produrre i propri effetti, in quanto il procedimento - salvo diversamente stabilito - è efficace dal momento della stipula. Pertanto il creditore opponente potrà richiedere una sospensione cautelare degli effetti, anticipando, dunque, gli effetti dell'opposizione prima del passaggio in giudicato dell'opposizione stessa⁹⁵.

Ovviamente la precedente affermazione non esaurisce le possibili contestazioni che il creditore opponente può eccepire. Se da un lato, infatti, il creditore oltre il termine stabilito, non può avvalersi dello strumento dell'opposizione di cui all'art. 182-*septies* L.F., dall'altro non è privato degli strumenti volti a rimuovere gli effetti che a proprio carico produce un contratto inficiato da vizi. Pertanto, in presenza di un effettivo interesse, potrà promuovere una domanda d'invalidità della moratoria attivando un ordinario processo di cognizione⁹⁶.

⁹⁴ FABIANI, "La Convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi", in www.ilcaso.it, 2016.

⁹⁵ RANALLI, "La convenzione di moratoria di cui all'art. 182 *septies*", in *Il Fallimento* n.8-9/2016, p. 901.

⁹⁶ NARDONE, "Le convenzioni di moratoria, ut La nuova mini-riforma della legge fallimentare: aggiornamento alla legge 30 giugno 2016, n.119", Torino, 2016, p. 341.

8.2 - Oggetto

Il procedimento di opposizione alla moratoria bancaria ha un oggetto vincolato, ossia l'esenzione degli effetti dalla moratoria al creditore opponente.

La verifica delle condizioni di cui all'art. 182-*septies* L.F. devono essere effettuate esclusivamente sulla posizione vantata dal creditore opponente, non essendo legittimato ad agire sulla posizione dei creditori non aderenti che non hanno ritenuto di proporre opposizione.

Le eccezioni che il creditore potrà sollevare potranno essere legate:

- alla buona fede nella conduzione delle trattative e alla trasparente attivazione delle stesse, ossia alla completezza ed aggiornamento informativo e alla concreta messa in condizione di parteciparvi (convocazione alle riunioni, la formale trasmissione della documentazione, ecc.);
- alla mancanza di omogeneità di posizione ed interessi rispetto ai creditori aderenti;
- alla convenienza della procedura rispetto alle alternative concretamente praticabili⁹⁷.

Nessun altro motivo potrà essere sollevato dal creditore salvo, come precedentemente descritto, vizi che comportino la nullità e/o l'inefficacia dell'istituto.

Infine, l'opposizione non inficia l'intera convenzione di moratoria, avente la stessa in oggetto, esclusivamente, la posizione dell'opponente.

⁹⁷ RANALLI, "La convenzione di moratoria di cui all'art. 182 *septies*", *cit.*, p. 901.

L'opposizione dovrà essere introdotta, nel termine di cui sopra, con ricorso di un giudizio, a seguito del quale il tribunale sarà chiamato a pronunciarsi con decreto motivato, applicando il rito camerale *ex art. 737 c.p.c.*

Il suddetto ricorso dovrà essere presentato nel tribunale competente, individuato presso il circondario in cui sia situata la sede principale dell'impresa, con conseguente devoluzione della sua cognizione al tribunale della sede principale del debitore, sebbene la disciplina processuale, prevista dall'art. 182-*septies* L.F., risulti estremamente sintetica e tralasci qualsiasi indicazione sulla competenza⁹⁸.

⁹⁸ Se si ritenesse di applicazione delle regole generali, artt. 18 e 19 c.p.c., tutti i sottoscrittori della convenzione (compreso il debitore), nonché quelli alternativi previsti dall'art. 20 c.p.c. in materia di obbligazioni sarebbero legittimati a proporre l'opposizione nei fori ove le obbligazioni siano sorte o dove si debbano eseguire. Comportando l'inconveniente che sul medesimo patto potrebbero essere chiamati a pronunciarsi giudici diversi. Sebbene la circostanza non sarebbe foriera del rischio di un vero e proprio contrasto di giudicati, comporterebbe sicuramente uno svantaggio sotto il profilo dell'economia processuale; così AIELLO, "La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi", *cit.*

L'indagine del tribunale nel giudizio di opposizione

(autori: *dott.ssa Fabiola Di Francesco e dott. Mario Marzovilla*)

SOMMARIO CAPITOLO IX: 9.1 Partecipazione e svolgimento delle trattative – 9.2 Formazione delle categorie di creditori – 9.3 Soddisfazione dei creditori rispetto alle alternative praticabili

9.1 – Partecipazione e svolgimento delle trattative

In caso di opposizione, il tribunale decide l'accoglimento con decreto motivato, verificando la sussistenza delle condizioni richieste al fine di evitare strumentalizzazioni a danno dei creditori non aderenti.

Il “perimetro di intervento” del tribunale è sancito dall'art. 182–*septies*, comma 4 L.F.⁹⁹

Tra i requisiti oggetto di verifica vi è la valutazione che al creditore opponente sia stata consentita un'adeguata partecipazione alle trattative; tale valutazione dipenderà dalla dimostrazione, a cura delle parti, che il creditore opposto sia stato destinatario delle medesime informazioni rilevanti fornite agli altri creditori e che il “flusso informativo” si sia verificato in tutte le fasi del procedimento (ossia già dalla fase di *kick-off*) e non esclusivamente al raggiungimento dell'accordo (dove potrebbe, di

⁹⁹ Fermo restando l'assenza di vizi, espressamente disciplinata dalla legge.

fatto, rivelarsi tardiva e pregiudicare l'effetto della moratoria sui non aderenti).

Sebbene la legge non stabilisca alcuna modalità specifica su come l'informazione debba essere fornita, per cui la stessa potrebbe essere anche di carattere verbale, è proprio la necessità di dover eventualmente dimostrare al tribunale la suddetta condizione che “impone” la necessità di comunicazioni scritte¹⁰⁰.

La condizione di porre tutti i creditori nella medesima condizione di partecipazione alle trattative non è sufficiente per l'efficacia della moratoria; tali trattative dovranno essere state condotte nel rispetto dei principi di buona fede, ossia tutti gli interlocutori dovranno essere stati convocati e resi partecipi delle medesime informazioni.

È, inoltre necessario che i creditori siano adeguatamente informati, ove l'informazione che dovrà essere messa a disposizione dei creditori non si traduce in un mero “deposito” formale di documentazione, ma nella completezza e nel grado di approfondimento del corredo di informazioni fornite¹⁰¹, tanto sulla situazione economica e finanziaria dell'impresa,

¹⁰⁰ NARDONE, “Le convenzioni di moratoria, *ut* La nuova mini-riforma della legge fallimentare: aggiornamento alla legge 30 giugno 2016, n.119”, Torino, 2016, p. 335.

¹⁰¹ In argomento si richiama Tribunale di Napoli 30 novembre 2016, in *Il Fallimento*, n. 7 /2017, p. 843-4 che, relativamente al profilo della completezza, non ha accolto sul punto l'opposizione del creditore opponente, che lamentava il mancato deposito da parte della debitore del bilancio d'esercizio presso il R.I. e l'adozione dei provvedimenti necessari *ex art.* 2447 cod. civ., in quanto “*ad differenza di altri istituti, il legislatore non ne prevede espressamente la comunicazione al creditore e dunque, la necessaria sottoposizione all'esame del Tribunale*”. Tuttavia, nel caso di specie, si rilevava che la completa informazione sulla situazione della società era stata depositata ai fini della stipula della convenzione ai creditori. Contemporaneamente, con la suddetta sentenza in merito alla sollevata opposizione sulla mancanza di buona fede, il Tribunale accoglieva il motivo ritenendo che le informazioni fornite, nello specifico l'elenco delle

quanto sul processo negoziale¹⁰², sui suoi esiti e delle prospettate soluzioni che la stessa vorrà intraprendere per il superamento della crisi¹⁰³.

9.2 - Formazione delle categorie di creditori

Il tribunale dovrà verificare se il creditore opponente si trovi in una posizione di omogeneità, tanto per posizione giuridica, quanto per interessi economici con gli altri creditori aderenti alla convenzione di moratoria.

La suddetta verifica deve essere effettuata esclusivamente per la posizione del creditore opponente, essendo lo stesso l'unico legittimato ad agire per la propria posizione e nulla dovrà essere verificato sulla posizione di altri creditori che non hanno ritenuto di promuovere opposizione¹⁰⁴.

Documento fondamentale per il suddetto controllo risulta l'attestazione del professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, lettera d) L.F., che dovrebbe costituire la garanzia per la corretta formazione delle classi¹⁰⁵; tuttavia la stessa, potrà essere integrata con un'apposita attività istruttoria del tribunale che verificherà i requisiti¹⁰⁶.

garanzie personali vantate dai creditori aderenti, risultavano mancanti delle indicazioni di importi e capienza.

¹⁰² Cassazione 23 marzo 2016, n. 5762.

¹⁰³ AIELLO, "La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi", in www.ilcaso.it, 2016.

¹⁰⁴ NARDONE, "Le convenzioni di moratoria ...", *cit.* p. 340.

¹⁰⁵ FALCONE, "La nuova disciplina delle «convenzioni di moratoria» e l'intervento del professionista attestatore", in *Il diritto commerciale e delle società fallimentari*, n. 6/2015.

¹⁰⁶ Il tribunale, in sede di opposizione, avvalendosi dei poteri istruttori di cui all'art. 738 c.p.c. potrà nominare un consulente tecnico (ausiliario). In realtà, più che una possibilità, la nomina dell'ausiliario con competenze contabili ed aziendali, sembrerebbe un atto dovuto, in relazione alle difficoltà tecniche dell'indagine.

Premesso che la normativa della moratoria bancaria risulta lacunosa in merito al suddetto criterio di omogeneità, i *cluster* in cui suddividere i creditori potrebbero essere definiti secondo i criteri del concordato preventivo o essere “liberamente plasmabili”, trovandoci di fronte ad un istituto che alla base pone l'autonomia privata.

In quest'ultima previsione, maggiormente condivisibile, dovranno essere valutate sia le operazioni da cui il credito trae origine, ma anche le differenti tipologie di garanzie offerte ai creditori¹⁰⁷.

9.3 - Soddisfazione dei creditori rispetto alle alternative praticabili

In caso di opposizione il tribunale sarà chiamato a valutare la convenienza della moratoria rispetto a situazioni soddisfattive alternative, tra cui il fallimento¹⁰⁸. Occorre dunque accertare se la convenzione di moratoria sia idonea, seppur richiedendo sacrificio per il creditore, a procurare all'opponente un vantaggio sia quantitativo che qualitativo, ovvero che lo strumento costituisca concretamente un rimedio all'aggravarsi della crisi ed eviti l'irreversibile deterioramento che sarebbe procurato dall'insolvenza. La moratoria, in ogni caso, non deve comportare una ingiustificata compressione delle sue aspettative di soddisfacimento (a esclusivo vantaggio di quelle degli aderenti), rischiando

¹⁰⁷ Sul punto, si richiama Tribunale di Napoli 30 novembre 2016, *cit*, che ritiene non condivisibili le conclusioni del professionista attestatore che individua quali elementi di valutazione dell'omogeneità i contratti sottostanti e le garanzie che assistono i crediti, fermandosi ad una valutazione di omogeneità giuridica senza considerare la c.d. omogeneità economica.

¹⁰⁸ La moratoria è uno strumento funzionale al superamento della crisi da porre a base di una proposta di accordo di ristrutturazione o di una domanda di concordato, pertanto l'alternativa al superamento della crisi consiste nel fallimento; NARDONE, *cit.*, p. 340.

di compromettere o comunque, di porre il creditore non aderente in una situazione oggettivamente deteriore rispetto quella iniziale¹⁰⁹.

¹⁰⁹ AIELLO, “La convenzione di moratoria: l’estinzione degli effetti ai creditori non aderenti al vaglio giurisprudenziale”, in *Il Fallimento*, n.7 /2017, p. 857. Si richiama, inoltre, Tribunale di Napoli 30 novembre 2016, *cit.*, che ha ritenuto che la convenzione “*deve apportare un qualche vantaggio anche ai creditori non aderenti o quanto meno deve essere tale da non arrecare loro pregiudizio alla scadenza del relativo termine*”. La decisione conferma che, al di là della discussione sull’omogeneità giuridica, il vero punto focale è quello delle prospettive di soddisfazione, temporanee per la moratoria e definitive per l’accordo.

Le possibili “intersezioni” con gli altri procedimenti

(autore: *dott. Manfredo Piattella*)

SOMMARIO CAPITOLO X: 10.1 Piano attestato di risanamento – 10.2
Accordo di ristrutturazione dei debiti – 10.3 Concordato preventivo –
10.4 Fallimento

10.1 - Piano attestato di risanamento

L'art. 67, c. 3 lett. d) L.F. offre all'imprenditore che intende individuare le soluzioni per uscire dalla crisi la possibilità di adottare un piano attestato di risanamento, godendo contestualmente di tre incentivi:

- a) l'esenzione dalla revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse sui beni del debitore, posti in essere in esecuzione del piano medesimo;
- b) l'esimente penale dalla bancarotta semplice e preferenziale;
- c) la non imponibilità (a determinate condizioni) delle sopravvenienze attive conseguenti alla sua esecuzione, purché il piano venga pubblicato presso il competente Registro delle imprese.

Per sua natura il piano è un atto unilaterale¹¹⁰, “un programma, un documento che individua una serie di atti e di operazioni”¹¹¹ che talvolta può fondarsi su iniziative (appunto) unilaterali, si pensi ad esempio a conferimenti di nuovi *assets*, ma più spesso si fonda su accordi con altri soggetti quali creditori, terzi finanziatori, terzi acquirenti, ecc.¹¹²

Orbene, la natura non concorsuale dell’istituto impedisce, ad esempio, il riconoscimento della prededuzione per i debiti contratti, ma anche l’inesistenza e applicabilità di effetti protettivi sul patrimonio del debitore, esponendolo alle azioni esecutive e cautelari dei creditori.

E’ proprio in tale scenario che l’adozione di una convenzione di moratoria che accompagni il piano attestato di risanamento (sia preventivamente che *in fieri*) può egregiamente spiegare un’utilità concreta, anche e soprattutto con la finalità di impedire ai creditori bancari e finanziari l’acquisizione di posizioni di preferenza o l’aggressione del patrimonio del debitore. In un certo senso, si tratterebbe di raggiungere gli effetti di un *automatic stay* non previsto dalla legge mediante l’adozione e combinazione di due istituti (piano attestato e convenzione) profondamente diversi, ma che possono perseguire la medesima finalità più o meno diretta, consentendo all’imprenditore di riacquisire l’equilibrio finanziario e uscire dalla crisi.

Del resto la convenzione di moratoria potrebbe prestarsi anche ad ottenere indirettamente (si pensi ad un accordo che abbia ad oggetto una

¹¹⁰ ABETE, La predisposizione del piano attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, in *Fall.*, 2014, p.1009.

¹¹¹ TRENTINI, Piano attestato di risanamento e accordo di ristrutturazione dei debiti, *WKI*, 2016, p.13.

¹¹² In tal senso, FALCONE (a cura di) in BONFATTI, Le procedure di composizione negoziale della crisi e del sovraindebitamento, Milano, 2014 p.15.

sospensione o una riduzione temporanea nella corresponsione degli interessi) l'esito di evitare la perdita o riduzione del capitale, di fatto consentendo di conseguire gli effetti propri delle disposizioni speciali previste dall'art.182-*sexies* L.F. che sospendono le norme societarie relative agli obblighi degli amministratori in presenza di perdita o riduzione del capitale, non applicabili ai piani attestati.

Se vogliamo, tuttavia, i due istituti combinati potrebbero avere perfino un effetto paradossale. Infatti, la particolarità del piano attestato di risanamento risiede anche nella totale assenza d'intervento del tribunale, che in nessun caso potrebbe essere investito di funzioni di controllo e/o vaglio critico piuttosto che di legittimità. L'intervento giurisdizionale avente ad oggetto il piano e l'attestazione che lo compone è infatti relegato alle ipotesi di azioni revocatorie intentate dal curatore dell'impresa successivamente fallita alle quali viene eccepito come fatto impeditivo l'esistenza del piano medesimo.

Al contrario, la disciplina della convenzione di moratoria prevede all'art.182-*septies*, c. 6 L.F. la possibilità per le banche e gli intermediari finanziari non aderenti di proporre opposizione entro 30 giorni dalla comunicazione della convenzione stipulata, chiedendo che la medesima non produca effetti nei loro confronti. Il tribunale, *“con decreto motivato, decide sulle opposizioni, verificando la sussistenza delle condizioni di cui al comma quarto, terzo periodo.”*

Di conseguenza ci si chiede se, al di là dell'effetto che un'eventuale accoglimento dell'opposizione potrebbe avere in termini di asimmetria all'interno del ceto bancario e tenuta dello *standstill*, tale da travolgere anche il piano attestato di risanamento fino all'ipotesi estrema di

provocare lo stato d'insolvenza, il giudizio specifico di “convenienza” del tribunale rispetto alle alternative concretamente praticabili potrebbe attrarre il piano attestato nella valutazione, consentendo al giudice di sfogliarlo e leggerne i contenuti.

Si ritiene che ciò sia possibile, seppur limitatamente alla valutazione oggetto dell'opposizione, al fine di esprimere, ad esempio, un giudizio di svantaggio rispetto alle alternative concretamente praticabili che, se in assenza di piano attestato si riducono ad “una comparazione tra l'alternativa che si prospetta se la moratoria venisse accordata e quella in cui fosse negata¹¹³”, in presenza del medesimo (se dichiarato o pubblicato) occorrerebbe considerare perlomeno per gli effetti che il piano potrebbe avere, in assenza di moratoria, rispetto agli interessi del creditore opponente.

10.2 - Accordo di ristrutturazione dei debiti

L'esperienza di questi ultimi anni in materia di accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art.182-bis L.F.* ha evidenziato che i casi in cui le passività bancarie assumono carattere di sostanziale prevalenza quantitativa dell'indebitamento sono i più ricorrenti.¹¹⁴

¹¹³ R. RANALLI - N. RANALLI, Accordi di ristrutturazione bancarie convenzioni di moratoria, in *Officina del Diritto – Società e fallimento*, Giuffrè, settembre 2016, p.83.

¹¹⁴ La Relazione alla L. 6 agosto 2015, n.132 di conversione del D.L. 27.6.2015 n.83 afferma che: “non sono pochi i casi in cui la maggioranza (spesso la larga maggioranza) delle banche creditrici concorda con le proposte dell'impresa, ma alcune di esse, solitamente quelle che vantano crediti di importo minore, si dichiarano contrarie, impedendo così il successo dell'operazione. I risultati possono essere di due ordini, entrambi sub ottimali per l'economia, oltre che per i principali soggetti coinvolti: a) in taluni casi, le banche aderenti si sobbarcano l'onere di soddisfare integralmente le altre (si apre dunque un problema di *free-riding* che, se si verifica in un numero importante di casi, ha anche come effetto indotto sul sistema economico la

Da qui l'esigenza di introdurre un accordo "speciale" di cui all'art.182-*septies* L.F., che si innesta in quello "ordinario" di cui all'art.182-*bis*, prevedendo un effetto coercitivo nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari interessati dalla manovra finanziaria del debitore, ma in qualche modo riottosi ad aderirvi. Di fatto, portando a compimento il disegno del legislatore "di rendere gli accordi di ristrutturazione, piuttosto che contratti, ulteriori procedure concorsuali di stampo negoziale da affiancarsi ai concordati. Ed infatti l'estensibilità degli effetti dell'accordo di ristrutturazione a creditori rimasti estranei allo stesso è concettualmente incompatibile con la categoria contrattuale, esprimendo piuttosto l'effetto legale tipico della deliberazione maggioritaria tipica delle assemblee di creditori nei concordati".¹¹⁵

Rispetto alla convenzione di moratoria gli aspetti di similitudine sono sicuramente tanti e sostanzialmente rappresentati dal requisito del prevalente indebitamento verso intermediari finanziari e quindi dalla qualità oggettiva e da quella soggettiva dei relativi creditori, dalla deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c. e dalla idoneità ad estendere i suoi effetti anche nei confronti del ceto bancario e finanziario non aderente, dall'ipotesi che

lievitazione dei rischi e del costo del credito); b) in altri casi, quando i costi sono tali da non poter essere sostenuti solo da una parte delle banche, si apre una fase di gestione della crisi proceduralizzata, nella migliore delle ipotesi un concordato preventivo. Forma di gestione che, seppur resa più efficiente dalle recenti modifiche normative, comunque comporta, rispetto alla soluzione stragiudiziale, costi diretti e indiretti più elevati. Una serie di rigidità si aprono, infatti, nella gestione dei rapporti commerciali necessari all'attività economica dell'impresa e indispensabili al superamento della crisi (si pensi alla difficoltà di continuare le relazioni con i fornitori e i clienti). Ciò che rende più incerto il successo dell'operazione di risanamento o più lento e costoso il suo percorso si traduce in termini di costi per l'economia in un aumento dei rischi e dei costi della concessione di credito.

¹¹⁵ DI MARZIO, *Un decreto legge in riforma del "diritto fallimentare"*, in Giustiziacivile.com, 26.06.2015.

un creditore non aderente possa proporre opposizione, chiamando in tal caso il tribunale a decidere la legittimità dell'accordo e/o convenzione. Tuttavia, mentre per gli accordi l'intervento del tribunale avviene già obbligatoriamente e preventivamente in fase di omologa, nelle convenzioni di moratoria è solo successivo ed eventuale in caso di opposizione.

Inoltre, diversamente alle convenzioni di moratoria, autonome e dirette a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi ed aventi contenuto sostanzialmente preordinato alla dilazione dei pagamenti, gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari sono parte integrante degli accordi di ristrutturazione *ex art.182-bis* L.F. e come tali contenenti una soluzione definitiva della crisi e qualunque meccanismo di ristrutturazione dei debiti.

In particolare, il comma 1 dell'*art.182-septies* L.F. prevede che affinché si possa proporre un accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari, laddove i soggetti da considerarsi tali sono i medesimi anche per la convenzione di moratoria, occorre che i debiti bancari debbano essere in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo. E' chiaro che ogni qual volta la percentuale di cui sopra fosse soddisfatta, la possibilità di proporre l'accordo "speciale" rimane, secondo un'interpretazione letterale e sistematica della norma, una facoltà e non un obbligo.

Da un punto di vista procedurale, se ci si pone nell'ottica dell'imprenditore in crisi, ma intenzionato a studiare un rimedio risolutivo della medesima, occorrerà avviare un tavolo di trattative con i creditori bancari e finanziari, ma non è detto che già in questa fase l'accordo da

raggiungere si andrà ad “intersecare” con un piano di risanamento attestato o se dovrà essere sottoposto ad omologa od ancora si dovrà ricorrere alla coercizione *ex art.182-septies*. La riserva concettuale potrà, infatti, essere sciolta solo all’esito del percorso che conduce all’accordo di ristrutturazione in quanto occorre ribadire che l’accordo speciale altro non è che un’integrazione della disciplina dell’art.182-*bis* L.F.

E proprio nella fase delle trattative può essere molto utile ricorrere ad una convenzione di moratoria ai sensi dell’art.182-*septies* c.5 L.F. al fine di richiedere al sistema bancario di mantenere il sostegno all’impresa in termini di conservazione delle linee di credito a breve funzionali alla copertura dei fabbisogni del capitale circolante e la moratoria delle eventuali rate scadute dei finanziamenti a medio lungo termine e di assicurarsi uno *stand still* integrato da un *pactum de non petendo*, temporaneo o provvisorio, al fine di scongiurare che uno o più istituti di credito possano revocare gli affidamenti e/o provino il rientro a discapito degli altri.

Ipotizzando che nel suo percorso decisionale l’impresa in crisi ritenga funzionale alla composizione della crisi ricorrere ad un accordo di ristrutturazione *ex art.182-bis* L.F., integrato da un accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari, l’art.182-*septies* L.F. impone due vincoli:

- a) comunicare alle banche l’avvio delle trattative, in modo da renderle edotte dell’apertura del tavolo e della possibilità di parteciparvi;
- b) condurre le trattative rispettando i canoni della buona fede.

Per quanto riguarda tale ultimo aspetto, dalla lettura combinata dei commi 2 e 5 dell’art. 182-*septies*, come anche espresso da autorevole

dottrina¹¹⁶, tale onere è posto a carico non solo del debitore ma anche del creditore bancario.

Sul tema va segnalato un intervento della giurisprudenza di merito¹¹⁷ dove si legge che “si ritiene necessario, perché possa riconoscersi la sussistenza di trattative in buona fede, come esplicito dal quinto comma lett. b) dell’art.182-*septies* che l’imprenditore proponente abbia fatto presente ai creditori bancari o intermediari finanziari che la proposta si inserisce nell’ambito di un accordo *ex art.182-*septies** e che abbia riferito sullo stato delle trattative con gli altri creditori (...)”. Sulla scorta di tale premessa, il giudice di merito ha ritenuto che “**solo l’esplicita informazione durante le trattative** circa il tipo di accordo proposto, se *ex art.182-*bis** o *ex art.182-*septies** e, quindi, sulle diverse ricadute di efficacia sui creditori non aderenti, **oltre che sullo stato delle trattative con gli altri creditori bancari**, consente al creditore di assumere una consapevole scelta in ordine alla proposta ed alle eventuali scelte difensive (opposizione) da adottare”.

¹¹⁶ AIELLO, Art.182-*septies*. *Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzioni di moratoria*, in Codice del fallimento a cura di AMBROSINI-TRAPUZZANO in corso di pubblicazione, ha rilevato che la buona fede sembrerebbe riferita al comportamento del creditore, quand’anche egli ritenga più ragionevole che il requisito soggettivo vada accertato in capo al debitore, anche perché sarebbe incongruo consentire ad una banca di caducare l’accordo semplicemente assumendo un atteggiamento contrario alla buona fede; LAMANNA, in *Speciale Decreto-Contendibilità e soluzioni finanziarie*, parte IV, in *Ilfallimentarista.it*, il quale ritiene che la frase vada riferita anche ai creditori bancari in quanto parte delle trattative. Per dare ad essa un contenuto ragionevole e coerente con la natura di requisito necessario per l’omologa, deve essere interpretata nel senso di “ove i creditori mostrino interesse alla proposta di accordo, essi debbono essere messi dal debitore concretamente in grado di fare le loro controproposte e quindi di partecipare fattivamente all’iter di formazione del consenso.”

¹¹⁷ Tribunale di Milano, decreto 11 febbraio 2013, R.G. 11/2015, in Banca Dati DeJure.

Il passaggio inerente alla necessaria partecipazione informata nel corso delle trattative, impone al debitore, oltre a predisporre il compendio informativo specifico e documentale di cui all'art.182-*bis*, di assicurare simmetria informativa e seguire regole rigide nella conduzione delle trattative medesime, dalla regolare convocazione delle riunioni alla predisposizione dei fogli presenze, alla predisposizione del verbale della riunione, all'informativa e contenuto circa eventuali riunioni separate tra creditori finanziari, all'informativa da rendere ad uno o più istituti eventualmente assenti alla riunione.¹¹⁸

Quanto sopra esposto accomuna la convenzione di moratoria agli accordi speciali di ristrutturazione al fine di estenderne gli effetti ai creditori non aderenti da coartare, come anche la possibilità di individuare una o più categorie, la necessità che i creditori coartati abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei con quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti, alla maggioranza richiesta di almeno il 75% dei crediti omogenei per posizione giuridica e interessi economici.

Diverso, invece, è il concetto di convenienza necessario per effetto del rinvio del comma 6 dell'art.182-*septies* al terzo periodo del comma 4, che impone di soddisfare i creditori coartati in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili.

Infatti, se nella convenzione di moratoria la convenienza va valutata in termini differenziali di impatto dei creditori coartati rispetto all'ipotesi alternativa di assenza della stessa¹¹⁹, nel caso dell'accordo "speciale" occorre analizzare tutto il ventaglio delle prospettive possibili nel caso

¹¹⁸ In tal senso R. RANALLI E N. RANALLI, cit.

¹¹⁹ In tal senso FABIANI, cit.

concreto. Poiché solitamente il mancato accordo pregiudica la continuità, le alternative non possono essere che il fallimento con esercizio provvisorio o meno dell'impresa, il concordato preventivo liquidatorio o in continuità, e, perché no, la convenzione di moratoria laddove una continuità temporanea “protetta” possa ragionevolmente garantire il realizzo di risorse sufficienti a fronteggiare l'indebitamento. L'analisi deve spingersi anche alla valutazione degli effetti in termini di soddisfo, nonché tempi e modi, laddove occorre prestare attenzione soprattutto al fattore rischio, che è una componente fondamentale nella prognosi di successo o meno degli scenari alternativi possibili.

E' proprio il soddisfacimento dei creditori, la necessità di “assicurare” un trattamento che non sia peggiore alle alternative praticabili, l'ulteriore distinguo che occorre fare tra accordo “speciale” e convenzione di moratoria. Infatti, ferma restando l'incoerenza del rimando e, quindi, del termine utilizzato¹²⁰, in caso di convenzione si ritiene che quanto richiesto dalla norma è diverso dal concetto di soddisfo, in quanto accordarla non implica necessariamente che al termine della medesima le criticità non esistano più, ma, al contrario, che il differimento non peggiori lo scenario per i creditori in termini di flussi che ne deriverebbero, ad esempio deteriorando grandezze (si pensi allo *stock* di magazzino come anche ai crediti commerciali) che possono compromettere la continuità.

L'accertamento in sede di omologa, in ordine al rispetto della buona fede nelle trattative, della omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici dei non aderenti (da coartare) rispetto a quelli delle

¹²⁰ VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in Dir. Banc., 2015, pag.71; FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, in *Il Fallimento*, 2014, pag.1277.

banche e degli intermediari finanziari aderenti, della trasparenza, della buona fede e della adeguata e corretta informativa e del trattamento non peggiorativo rispetto alle alternative concretamente praticabili dovrà passare nella quasi generalità dei casi dall'indagine condotta da un ausiliario nominato dal tribunale.

Al contrario nella disciplina della convenzione di moratoria, il ricorso all'ausiliario è a posteriori, ossia in sede di giudizio di opposizione. La mancanza di un giudizio di omologazione, a differenza dell'accordo, implica che il giudizio di convenienza non venga svolto in via preliminare, in quanto viene attivato solo su impulso del creditore opponente ai sensi dell'art.182-*septies* comma 6 L.F.

Di conseguenza, mentre nella convenzione di moratoria la (ri)costruzione delle ragioni di convenienza compete esclusivamente all'ausiliario, poiché l'attestazione richiesta dall'art.182-*septies* comma 5 L.F. è limitata al solo profilo della omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici dei creditori interessati dalla moratoria, nell'accordo di ristrutturazione è *in primis* compito dell'attestatore operare una sorta di *disclosure* argomentando, più in generale, sulla mancanza di elementi ostativi alla estensione degli effetti ai non aderenti interessati.

Da qui è semplice cogliere la diversa e maggiore complessità richiesta all'elaborato dell'attestatore in caso di accordo di ristrutturazione speciale.

A ciò si aggiunga che la norma si limita a rinviare all'art.182-*bis* di cui l'accordo è parte integrante, per cui anche il contenuto dell'attestazione, per forza di cose, non potrebbe essere che parte essenziale di quella più generale prevista dall'art. 182-*bis*.

A tal proposito ci si è chiesti se l'attestatore debba estendere la propria attività al tema del perimetro dell'estensione forzata, nel senso di accertare se l'accordo sia ancora attuabile in difetto di estensione coattiva.

Si ritiene che detta prova di resistenza sia richiesta¹²¹ in quanto, in caso contrario, ossia in difetto di estensione coattiva ai non aderenti, la mancanza di copertura del fabbisogno finanziario produrrebbe la non attuabilità dell'accordo complessivo (comportando l'integrale pagamento dei non aderenti).

In conclusione occorre anticipare il giudizio che dovrà compiere il tribunale, che in sede di omologa all'accordo "speciale" dovrà accertare se, negandola o accogliendo una eventuale opposizione, potrà essere ancora attuabile l'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art.182-bis* L.F.

Ciò in quanto, in tal caso, l'accordo non si estenderà all'opponente o non avrà gli effetti coercitivi tipici per i non aderenti che, pertanto, dovranno essere soddisfatti per l'intero entro il termine di 120 giorni dall'omologa o dalla scadenza del credito di cui all'*art.182-bis*, comma 1, L.F., imponendo la necessità di "rifare i conti" per verificare l'eseguibilità o meno dell'accordo di ristrutturazione.

Altra peculiarità che distingue l'accordo speciale dalle convenzioni di moratoria, oltre alla presenza del giudizio di omologa, è la rilevanza del debito coinvolto e l'incidenza del debito bancario. Mentre, infatti, il comma 5 dell'*art.182-quinquies* L.F. non fa alcun riferimento al peso dei crediti del ceto bancario sulla posizione debitoria complessiva, il comma 1 precisa che l'impresa in crisi può proporre un accordo quando "... ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla

¹²¹ In tal senso R. RANALLI E N. RANALLI, op. cit.

metà dell'indebitamento complessivo". A questa disposizione si aggiunge, inoltre, la previsione di cui al comma 1 dell'art.182-*bis* L.F. che, ai fini dell'omologa, impone all'impresa in crisi che l'accordo di ristrutturazione dei debiti sia “..stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti”.

Posto che la costruzione del *quantum* dei creditori aderenti ai fini delle soglie del 50% e del 60% è identica ed esulando dai criteri da seguire per determinare la composizione dell'indebitamento, problematica ampiamente trattata in dottrina e giurisprudenza in tema di accordi di ristrutturazione e procedure di composizione della crisi in generale, è specifico degli accordi speciali l'individuazione della data di riferimento per determinare il raggiungimento della soglia, che non può che collimare con quella elaborata al fine della verifica della soglia del 60%.

Se, del resto, il raggiungimento delle soglie deve sussistere al momento del raggiungimento dell'accordo o alla data (comunque prossima) della sua pubblicazione al Registro delle imprese sulla base di una situazione patrimoniale di riferimento necessariamente la più aggiornata possibile, sarà compito dell'attestatore fare da “raccordo” tra la data adottata e quella dell'omologazione, tenendo conto dell'evoluzione del piano di tesoreria fino alla data prevista per l'omologa.

Al contrario, nelle convenzioni di moratoria il momento rilevante ai fini del calcolo del *quantum* dell'esposizione bancaria si ritiene essere quello della comunicazione della convenzione ai creditori (a mezzo posta raccomandata o p.e.c.) e dell'attestazione, posto che solo da tale momento avviene la conoscenza degli effetti della medesima, modalità che distingue

ulteriormente i due istituti dal punto di vista della decorrenza dei termini per l'opposizione dei creditori non aderenti.

Infatti, nell'accordo speciale è previsto che i termini per l'opposizione (30 giorni) decorrano dalla data di notifica (e non di comunicazione) del ricorso e della documentazione di cui al primo comma dell'art.182-*bis* alle banche e agli intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo, mentre il *dies a quo* per i creditori diversi dagli enti finanziari inizia dal giorno successivo alla pubblicazione del ricorso di omologa nel Registro delle imprese.

10.3 - Concordato preventivo

Nulla esclude che la convenzione di moratoria possa essere funzionale a regolare gli effetti della crisi anche in situazioni tali da suggerire il ricorso alla procedura di concordato preventivo.

Chiaro è che l'utilità dell'istituto in casi del genere è neutralizzata dalla possibilità di depositare la c.d. domanda "prenotativa" di cui all'art.161 c.6 L.F. con l'indubbio vantaggio di provocare l'*automatic stay*, i cui effetti protettivi del patrimonio sono identici a quelli ottenibili con il perfezionamento della moratoria. Ciò non toglie, comunque, che quest'ultima possa tornare utile ad esempio per consentire all'imprenditore in crisi di raggiungere comunque un preventivo accordo con le banche al fine di drenare liquidità utile a finanziare, per esempio, la costituzione del fondo spese, come anche ad anticipare gli effetti protettivi rispetto a quelli concessi dall'art. 168 L.F. in modo tale da avere il tempo di elaborare la strategia migliore per il superamento della crisi. Chiaro è che, in situazioni del genere, che già preconizzano la necessità di

una procedura concorsuale, la natura “temporanea” dell’istituto, laddove non sia in grado da solo di rimuovere lo stato di crisi, non può avere durata eccedente “il termine di 90 giorni entro il quale l’art. 168 rende inefficaci le ipoteche giudiziali iscritte prima della presentazione di un ricorso di concordato preventivo”¹²².

C’è da chiedersi a tal proposito se, la previsione di cui all’art.186-*septies* c. 3 L.F. che in ipotesi di accordo permette di non tener conto delle ipoteche giudiziali iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle imprese, sia applicabile anche alla convenzione di moratoria. La questione non sarebbe di poco conto, in quanto la norma non parla di inefficacia, ma solo di irrilevanza ai fini della formazione delle categorie¹²³ e, in ipotesi di successivo deposito di ricorso per l’accesso alla procedura di concordato preventivo dopo i 90 giorni dall’iscrizione, l’ipoteca sarebbe pienamente efficace rispetto ai creditori anteriori.

A tal proposito, il mancato richiamo del c. 3 dell’art.182-*septies* L.F. (che prevede la pubblicazione del ricorso nel Registro delle imprese) nei commi 5, 6 e 7 successivi, ove al contrario è richiesta la sola comunicazione ai creditori bancari e finanziari della convenzione stipulata accompagnata dall’attestazione, lascia propendere per la non applicabilità alle convenzioni stesse della previsione di irrilevanza delle ipoteche iscritte *ante* 90 giorni.

Altra questione investe la disciplina dei contratti “pendenti” nel concordato preventivo, la cui nozione corrisponde con quella presente nel

¹²² R. RANALLI e N. RANALLI, op. cit., p.80.

¹²³ LAMANNA, La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n.83/2015, in *Ilfallimentarista.it*, 29 giugno 2015.

fallimento *ex art.72 L.F.*, definiti tali allorquando prevedono prestazioni ancora ineseguite o non compiutamente eseguite da entrambe le parti, possono essere oggetto ai sensi dall'*art.169-bis L.F.* di richiesta di autorizzazione alla sospensione o scioglimento da parte del debitore. Si ricorda, infatti, che a differenza del fallimento, ove il contratto pendente entra in una fase di sospensione fino alla decisione del curatore, la disciplina segue il principio della continuazione dei rapporti contrattuali.

Ne consegue che anche le convenzioni di moratoria stipulate *ante* deposito del ricorso ed ancora ineseguite da ambedue le parti, in quanto contratti pendenti, avranno normale esecuzione salvo che il proponente il concordato (in continuità)¹²⁴ non decida di chiederne la sospensione o lo scioglimento.

Chiaro è che detta scelta, previa valutazione dell'indennizzo obbligatorio da corrispondere, risentirà della convenienza per il debitore a dar seguito o meno agli accordi raggiunti nella convenzione con il ceto bancario, risultando scontata in favore dello scioglimento nel caso in cui fosse stata motivata semplicemente da effetti protettivi sul patrimonio o ancor di più dalla necessità di evitare l'interruzione dei contratti di *leasing* la cui esigenza venga meno nel concordato.

Diverso, invece, è il caso in cui il creditore appartenente al ceto bancario agisca, a fronte dell'interesse del debitore a proseguire nell'accordo, per la risoluzione della convenzione. Tuttavia nel concordato preventivo, a differenza del fallimento, le azioni di risoluzione sono

¹²⁴ In caso di concordato liquidatorio si ritiene la scelta ininfluyente, in quanto cadrebbe l'interesse del debitore alla prosecuzione o meno.

esperibili¹²⁵ senza limitazioni, ma trovano legittimità solo se fondate sull'inadempimento del debitore e non già sulla previsione nella convenzione di una clausola che preveda il concordato quale ipotesi di inadempimento. In sostanza occorre che il creditore provi che il proponente fosse inadempiente già nel momento in cui deposita il ricorso ai sensi dell'art.161 c. 6 L.F.; in caso invece di capacità del debitore di adempiere alla moratoria, non c'è possibilità di esperire vittoriosamente l'azione.

In caso di concordato con continuità aziendale, invece, trova applicazione l'art. 186-*bis* L.F. che neutralizza l'opponibilità di clausole di risoluzione, dichiarandole inefficaci. L'interesse concreto delle imprese che intendono dare continuità all'attività risiede ovviamente nella possibilità offerta dalla moratoria, pur se in un periodo temporaneo, di poter conservare le linee di credito esistenti e, quindi, *“ben si può postulare che la clausola risolutiva espressa sia destinata a rimanere inoperante anche rispetto a un concordato preventivo in regime di continuità aziendale.”*¹²⁶.

10.4 - Fallimento

La natura strumentale delle convenzioni di moratoria rispetto alla ricerca di una composizione definitiva della crisi pone in assoluto rilievo la possibilità, in vero molto concreta, che l'impresa versi in una situazione di stato d'insolvenza. Pertanto, oltre alla necessaria ed opportuna minor

¹²⁵ CAVALLINI, “Sub art.168”, in *Commentario alla legge fallimentare* Milano, 2010, pag.596; FABIANI, “Concordato preventivo”, in *Commentario Scialoja-Branca al cod.civ.* Bologna, 2014 pag.517.

¹²⁶ STANGHELLINI, “Il concordato con continuità aziendale”, in *Il Fallimento*, 2013, pag.1228.

durata possibile della moratoria laddove da sola non sia in grado di rimuovere tale situazione, occorre considerare la possibilità, concreta, che si apra una prospettiva fallimentare.

In tale ottica, è lecito chiedersi se ed a quali condizioni le banche e gli intermediari finanziari, aderenti o meno alla convenzione, siano legittimati, ravvisandone lo stato d'insolvenza, a proporre istanza per la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore e, ricorrendone i requisiti, ad ottenerla.

La norma e la natura dell'istituto, a tal proposito, non offrono al debitore gli effetti protettivi del patrimonio previsti per esempio dall'art. 168 in materia di concordato preventivo e dall'art.182-*bis* c. 3 e c. 5 L.F. per gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Del pari gli accordi di moratoria non offrono un analogo meccanismo per cui il deposito della domanda di concordato preventivo con riserva possa impedire la dichiarazione di fallimento sino a quando non sia maturato il termine di deposito della documentazione di cui all'art.161 c. 2 e c. 3 L.F.

Ne consegue che il creditore bancario o finanziario, sia nella fase delle trattative che in quella di perfezionamento della convenzione, ben potrebbe chiedere il fallimento del debitore, fermo restando i profili di responsabilità precontrattuale e/o contrattuale insiti nella natura della forma negoziale dell'istituto. In particolare, nel caso in cui l'istanza venga proposta, per esempio e verosimilmente dal creditore coartato, dopo la comunicazione (*rectius* ricezione) ai creditori della convenzione stessa e dell'attestazione, a nulla rileverebbe la circostanza che, di fatto e per effetto degli accordi perfezionatosi, il credito non sia più esigibile (si pensi ad una convenzione che preveda un riscadenziamento e/o un

congelamento della posizione debitoria). Infatti, il soggetto creditore legittimato dall'art. 6 L.F. viene ormai pacificamente individuato dalla dottrina e dalla giurisprudenza come colui che vanta un credito nei confronti dell'imprenditore, non necessariamente certo, liquido, esigibile, ma anche non ancora scaduto o condizionale, non ancora munito di titolo esecutivo, sia pure idoneo in prospettiva a giustificare un'azione esecutiva.¹²⁷

E' pur vero che le considerazioni giuridiche testè esposte, che lasciano presagire la possibilità per il creditore bancario o finanziario di agire per la

¹²⁷ Cassazione, 17 novembre 2016, n. 23420 – *Il Fallimentarista News del 23.11.2016*. Ciò posto, si deve rilevare in linea generale che, come affermato tra le altre nella pronuncia della Suprema Corte n. 21478/2013, con la legge fallimentare riformata non è più sostenibile l'equivalenza del ricorso del creditore alla semplice denuncia-segnalazione, ma anche la tesi dell'esercizio di azione esecutiva nel proprio interesse, anche se con ricadute di tutela per gli altri creditori e nell'interesse latamente pubblicistico, presta il fianco al rilievo, di fondo, che l'accertamento in sede prefallimentare non si fonda sull'esistenza del credito, ma sulla sussistenza dei presupposti del fallimento, tant'è che se il creditore istante vuole divenire creditore ammesso deve presentare domanda di ammissione al passivo. A riguardo, autorevole dottrina, particolarmente attenta ai profili processuali della materia, ha inteso la domanda di fallimento quale azione a contenuto meramente processuale, rispetto a cui l'accertamento del credito si pone come incidentale ai fini della legittimazione al ricorso; tale rilievo è del tutto in linea con quanto ritenuto dalle Sezioni unite nella pronuncia 1521/2013 (e conforme, la successiva 11421/2014). E l'iniziativa proveniente dal debitore, da uno o più creditori o dal pubblico ministero è stata definita efficacemente dalla dottrina come "motore essenziale" del procedimento prefallimentare; la giurisprudenza e la dottrina si sono interessate della individuazione del soggetto a cui fa riferimento l'art. 6 L.F., quale "creditore", senza alcuna specificazione ulteriore, e quindi come colui che vanta un credito nei confronti dell'imprenditore, non necessariamente certo, liquido, esigibile, ma anche non ancora scaduto o condizionale, non ancora munito di titolo esecutivo, sia pure idoneo in prospettiva a giustificare un'azione esecutiva (in tali termini, la pronuncia 3472/2011), e che deve essere oggetto dell'imprescindibile delibazione incidentale del giudice fallimentare (così le pronunce 24309/2011 e, resa dalle S.U., la 1521/2013), proprio in quanto non esiste più l'iniziativa d'ufficio e la carenza della legittimazione del creditore istante, a valere non solo alla data di proposizione del ricorso, ma per tutta la durata del procedimento, determina l'arresto del procedimento stesso con pronuncia in rito di inammissibilità (così le pronunce 21834/2009 e 3472/2011).

declaratoria di fallimento, privano di reale cogenza la finalità della norma, rischiando di vanificarne la portata applicativa.

Ben diversa e meno foriera di dubbi è l'ipotesi in cui, in pendenza di accordo di moratoria perfezionatosi, sopraggiunga la declaratoria di fallimento dell'imprenditore in crisi. Ovvero potrebbe verificarsi che la convenzione raggiunta non sia né sufficiente né funzionale a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi e che, per effetto di ciò sopravvenga un'istanza di fallimento.

Il primo aspetto da considerare verte sull'idoneità o meno della convenzione ad escludere lo stato di insolvenza.

E' ovvio che occorrerà provare in sede di procedimento prefallimentare che per effetto della convenzione sono state liberate risorse sufficienti per eseguire con regolarità i pagamenti dei creditori estranei alla stessa e si è rimosso lo stato d'insolvenza, ammesso che ci fosse.

Il secondo aspetto da considerare riguarda la sorte di eventuali clausole che, alla luce di quanto si dirà potrebbero definirsi "di stile", prevedano la possibilità di ottenere la risoluzione dell'accordo per giusta causa nell'evenienza dell'apertura di un fallimento che coinvolga il debitore contraente. Come accennato nel paragrafo dedicato alle "intersezioni" con il concordato preventivo, non è infrequente che gli accordi di *standstill* prevedano pattuizioni accessorie, spesso imposte dalle banche, che oltre ad avere ad oggetto dichiarazioni e garanzie (assenza di procedure esecutive e/o cautelari e/o di istanze di fallimento nei confronti del debitore) piuttosto che la disciplina degli interessi sui crediti oggetto dell'accordo (inerenti la maturazione o meno, nel caso a quali condizioni, la corresponsione nel periodo di *stanstill*), disciplinino gli obblighi

informativi in costanza di avanzamento del programma finanziario come anche le cautele azionabili dai creditori bancari e finanziari al verificarsi di eventi quali il ricevimento di decreti ingiuntivi o protesti, di particolari atti di disposizione da parte del debitore e, non da ultimo, “clausole di scioglimento dagli impegni della convenzione nel caso in cui il debitore non espleti le formalità occorrenti per l’estensione alle banche non aderenti o nel caso in cui queste ultime si svincolino opponendosi con successo”.¹²⁸

Tuttavia, in caso di fallimento, l’esistenza di clausole di giusta causa di risoluzione dell’accordo, trova limitazione nell’art.72 L.F., laddove al comma 6 è sancita l’inefficacia delle “*clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento*”.¹²⁹

Per completezza, va precisato che in ordine all’azione di risoluzione della convenzione promossa da eventuali e tempestivi istituti bancari, aderenti o coartati, prima dell’apertura del fallimento, il comma 5 dell’art.72 L.F. ne consente il dispiegamento degli effetti nei confronti del curatore.

Ne consegue che i soggetti finanziari coinvolti, volontariamente o meno, nella convenzione non hanno possibilità alcuna di opporre alla procedura clausole che ne consentano la risoluzione, ponendo il tema della sorte della convenzione di moratoria nel fallimento. Del resto, se essa potesse qualificarsi come contratto unilaterale, ai sensi e per gli effetti dell’art. 55 L.F. l’obbligazione non ancora inadempita riferibile

¹²⁸ In tal senso R. RANALLI e N. RANALLI, in Accordi di ristrutturazione bancari e convenzioni di moratoria, *cit.*, pag.81-82.

¹²⁹ In tal senso GABRIELLI, La disciplina generale dei rapporti pendenti, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, pag.168.

all'imprenditore fallito risulterebbe scaduta e dovrebbe essere soddisfatta nel concorso.

Invece le caratteristiche del contratto, qualificabile come pendente, lo relegano all'interno della disciplina prevista dall'art.72 L.F. che al comma 1 prevede che l'esecuzione del contratto resti "*sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi ...*"

A questo punto è lecito chiedersi quale convenienza il curatore e la procedura fallimentare possano avere nella prosecuzione.

L'ipotesi più concreta riguarda la possibile prosecuzione dell'accordo, sorretto dalla previsione di cui all'art. 104, c. 7, L.F., nel caso di esercizio provvisorio dell'attività d'impresa laddove, valutatane la convenienza e verificatene i presupposti soprattutto in termini di *quantum*, modalità e tempistica di soddisfacimento dei creditori e non manifesta antieconomicità della prosecuzione, la possibilità di rispettare gli impegni presi nella convenzione con i creditori bancari e finanziari impone di rimando a quest'ultimi di rispettare i propri. In sostanza, in caso di esercizio provvisorio, il curatore opterà per il subentro nel contratto di moratoria solo nel caso in cui la dilazione abbia rilevanza economica positiva e migliorativa (*rectius* non antieconomica) nella prosecuzione dei rapporti con il ceto creditorio nel suo complesso.

Infine, considerato il divieto di nuova finanza di cui all'art.182-*septies* c.7 e posto che la prededuzione è prevista soltanto per i crediti sorti nel corso dell'esercizio provvisorio, le somme dovute agli istituti di credito per effetto della moratoria (sorte *ante* fallimento) saranno o meno prededucibili "*a seconda che, sempre **al termine** dell'esercizio provvisorio, il*

*curatore abbia scelto di subentrare o di sciogliersi dal contratto*¹³⁰, ipotesi poco concreta in quanto la temporaneità che contraddistingue la medesima ne limiterà l'utilizzo al tempo strettamente necessario e funzionale all'esercizio provvisorio, non potendo avere utilità al di fuori dell'ipotesi di prosecuzione dell'attività d'impresa.

Faranno eccezione i crediti sorti per effetto della prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratto di locazione finanziaria che, per effetto dell'art.182-*septies* c. 7 secondo periodo, godranno della prededuzione dei canoni scadenti durante l'esercizio provvisorio con subentro del curatore nella convenzione.

¹³⁰ Cass.19 marzo 2012, n.4303, in *Il Fallimento* 2012, pag.1222.

La “trasmissione della relazione” ed eventuali profili penali

(autori: *dott. Luca Cosentino e dott.ssa Natascia De Luca*)

SOMMARIO CAPITOLO XI: 11.1 Trasmissione della “relazione” al pubblico ministero – 11.2 Sanzioni penali per il debitore – 11.3 Sanzioni penali per il professionista attestatore

11.1 - Trasmissione della “relazione” al pubblico ministero

L'ultimo periodo del comma V dell'art. 182-*septies* L.F. dispone che la convenzione di moratoria bancaria sia accompagnata dall'attestazione di un professionista, in possesso dei requisiti di cui alla lettera d), comma III, art. 67 L.F., che certifichi l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria.

Nel contempo, ai sensi del comma VIII dell'articolo in analisi, si prevede che *“la relazione dell'ausiliario è trasmessa a norma dell'articolo 161, quinto comma”*.

Il predetto VIII comma si presta ad una duplice e distinta interpretazione.

Volendo intendere che il legislatore abbia impropriamente qualificato l'attestazione del professionista come *“relazione dell'ausiliario”*, se ne desume che la stessa dovrebbe essere trasmessa, a norma del comma V dell'art.

161 L.F., al pubblico ministero. Nel dettaglio, il succitato articolo, afferente la procedura di concordato preventivo, prevede la trasmissione di “*copia degli atti e documenti*”, per cui il rimando limitato alla “*relazione dell’ausiliario*”, di cui al comma VIII dell’art. 182-*septies* L.F., sembrerebbe palesare una interpretazione restrittiva del disposto di cui al comma V dell’art. 161 L.F. in base al quale il piano, *rectius* la convenzione di moratoria, dovrebbe essere inoltrata unitamente all’attestato del professionista. Tale scollatura normativa vanificherebbe l’utilità, per il pubblico ministero, di un attestato senza l’oggetto dell’attestazione, ossia la convenzione di moratoria bancaria.

Di contro, maggiormente coerente, seppure di non immediata comprensione (proprio per la collocazione della norma nell’ultimo comma dell’articolo), appare il riferimento all’intervento dell’ausiliario (eventualmente) nominato dal tribunale in sede di opposizione del creditore, tenuto alla stesura di una *relazione*, dove tale relazione dovrebbe essere oggetto di trasmissione al pubblico ministero.

Tale interpretazione appare coerente anche con l’utilizzo del termine “*è trasmessa*”, stante l’esistenza dell’Ufficio giudiziario preposto a tale trasmissione (ovvero della cancelleria del tribunale presso cui pende il giudizio di opposizione).

Al contrario, seguendo la prima chiave di lettura, ossia recependo la relazione dell’ausiliario quale sinonimo di attestazione, l’utilizzo del termine “*è trasmessa*” apparirebbe improprio, trattandosi di procedura extra-giudiziaria, riconducibile all’alveo della trattativa privata, palesando la mancata indicazione del soggetto tenuto all’adempimento (deposito e non “trasmissione”), presumibilmente il debitore o lo stesso attestatore.

All'uopo si segnala che il medesimo disposto è previsto dall'ultimo periodo del comma IV dell'art. 33 L.F., il quale stabilisce che “*copia della relazione, nel suo testo integrale, è trasmessa al pubblico ministero*”, in quanto trattasi di procedura giudiziaria nell'ambito della quale l'adempimento è assolto dalla cancelleria fallimentare.

L'*iter* logico sin qui esposto, porta a concludere che, qualora la seconda interpretazione sia corretta, l'attestazione del professionista potrebbe essere trasmessa agli Uffici Giudiziari della Procura esclusivamente quale allegato della relazione dell'ausiliario (eventualmente) nominato dal tribunale.

In conclusione, l'ultimo comma dell'art. 182-*septies* L.F.¹³¹ che recita “la relazione dell'ausiliario è trasmessa a norma dell'articolo 161, quinto comma”, dovrebbe necessariamente essere riferita alla relazione dell'ausiliario (eventualmente) nominato dal tribunale in sede di opposizione del creditore; infatti:

- al comma VI dell'art. 182-*septies* si legge che “il tribunale, con decreto motivato, decide sulle opposizioni, verificando la sussistenza delle condizioni di cui al comma quarto, terzo periodo”;

- al comma IV terzo periodo dell'art. 182-*septies* si legge che “il tribunale procede all'omologazione previo accertamento, **avvalendosi ove occorra di un ausiliario**, che le trattative si siano svolte in buona fede e che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo: a) abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari

¹³¹ Frettolosamente aggiunto all'art. 9 del D.L. 27 giugno 2015, n. 83 in sede di conversione dalla L. 6 agosto 2015 n. 132.

aderenti; b) abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative; c) possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili”.

Quindi, se nessun creditore fa opposizione alla moratoria, ovviamente il tribunale non interviene e nulla si trasmette al pubblico ministero; diversamente, se c'è opposizione innanzi al tribunale, tale organo (chiamato ad un gravoso compito di non agevole verifica) nomina (necessariamente più che “eventualmente”) un ausiliario per il riscontro della convenzione e dell'attestazione ad essa connessa.

L'ausiliario deposita la propria relazione (assimilabile a quella resa *ex art. 180 L.F.* dal commissario giudiziale, nel giudizio di omologazione del concordato preventivo) al tribunale; la cancelleria trasmette tale relazione al pubblico ministero, al fine di “renderlo vigile” e di poter eventualmente chiedere il fallimento (ricorrendone tutti i presupposti).

Nel contempo, anche su *imput* della relazione dell'ausiliario, non si esclude che il pubblico ministero possa ravvisare fattispecie di reato *ex art. 236-bis L.F.*, nei confronti dell'attestatore¹³².

11.2 - Sanzioni penali per il debitore

La norma in esame non prevede alcuna specifica sanzione penale per il debitore in quanto, essendo una trattativa privata, la casistica si può ricondurre nell'ambito degli illeciti generici.

¹³² Vedi successivo paragrafo 11.3.

Proprie fattispecie di reato potrebbero configurarsi nel caso di deriva concorsuale del debitore, per cui condotte poste in essere nell'ambito della convenzione di moratoria potrebbero tradursi in reati di bancarotta previsti dagli artt. 216 e ss. L.F.

11.3 - Sanzioni penali per il professionista attestatore

Preliminarmente alla trattazione delle sanzioni penali per il professionista attestatore, appare necessario sintetizzare il contenuto minimo dell'attestazione che, dalla lettura della norma, risulta limitata alla *“l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria”* ai sensi dell'ultimo periodo del comma V dell'art. 182-septies L.F.

L'eventualità che il creditore non aderente possa proporre opposizione, comporta che il tribunale decida verificando la sussistenza delle condizioni di cui al IV comma, terzo periodo.

Tale rinvio si sostanzia nell'accertamento che gli istituti di credito e gli intermediari finanziari:

“a) abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti;

b) abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative;

c) possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili”.

In tale contesto incidentale appare opportuno che l'attestazione tratti anche i profili di cui ai punti b) e c), in quanto questa è la prima fonte da

cui il tribunale, preliminarmente all'eventuale nomina di un ausiliario, può attingere le informazioni utili per le proprie determinazioni.

All'uopo si segnala che tale contenuto eventuale è raccomandato altresì nel documento *“Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria”* prodotto dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili nel novembre 2016.

A dispetto di un contesto normativo destrutturato, il contenuto dell'art. 236-*bis* L.F. richiama espressamente l'attestazione di cui all'art. 182-*septies* L.F.; trattasi, quindi, di **“reato proprio”** del professionista in possesso dei requisiti di cui alla lettera d), III comma, art. 67 L.F.

La pena edittale consiste nella reclusione da due a cinque anni e nella multa da 50.000 a 100.000 euro ed è aumentata, ai sensi del II comma, se la condotta è stata posta in essere al fine di perseguire un ingiusto profitto per sé o per altri. Ai sensi del III comma, la pena è aumentata della metà *“se dal fatto consegue un danno per i creditori”*.

L'analisi del disposto normativo in esame evidenzia la duplice natura, commissiva ed omissiva, della condotta penalmente rilevante mediante, rispettivamente, l'esposizione di false informazioni e l'omissione di informazioni rilevanti.

Limitandosi al contenuto obbligatorio dell'attestazione, la rappresentazione di un'informazione falsa si sostanzierebbe nell'avallo dell'asserita omogeneità delle posizioni giuridiche e degli interessi economici fra i creditori coinvolti nella convenzione di moratoria bancaria, pur in assenza della stessa.

Il rischio di incorrere nella fattispecie commissiva appare più “spinoso”, con riferimento al contenuto, facoltativo, di cui ai punti b) e c) del IV comma, art. 182-*septies* L.F.

Nella consapevolezza dell’ampia casistica derivante da questi ultimi, appare conveniente attenersi alle indicazioni del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili sull’opportunità di esprimersi almeno in termini di *negative assurance* circa la mancata conoscenza di criticità in merito ai punti b) e c).

Con riferimento al profilo omissivo dell’art. 236-*bis* L.F. si rileva una potenziale sovrapposizione con l’ipotesi commissiva relativamente al contenuto dell’attestazione di cui al punto a); diversamente, per i complementari punti b) e c) occorre contemperare il giusto equilibrio tra le informazioni minime necessarie ed il rischio di *ultra petita*.

In estrema sintesi, la lettura a sistema di tutto quanto sopra esposto, con particolare attenzione al contenuto obbligatorio e facoltativo raccomandato, previsto dal disposto normativo con gli eventuali riflessi penali a carico dell’attestatore, rende particolarmente gravoso il compito di quest’ultimo, tenuto al bilanciamento delle informazioni, attesa la lettura che può darvi il pubblico ministero.

APPENDICE

FORMULARIO

TRASMISSIONE CONVENZIONE

MORATORIA BANCARIA

ART. 182-*SEPTIES*L.F.

Autori: dott. Saverio Mancinelli e dott.ssa Fabiola Di Francesco

**TRASMISSIONE CONVENZIONE DI MORATORIA
BANCARIA AI CREDITORI NON ADERENTI**

EX ART. 182-SEPTIES L.F.¹³³

Spett.li

Istituti di Credito /

Intermediari Finanziari ...

OGGETTO: trasmissione moratoria temporanea bancaria (già approvata da oltre il settantacinque per cento delle Banche) a creditore non aderente.

La ABC S.p.a. (nel prosieguo, per brevità, soltanto “ABC” o la “Società”), con sede in ..., via ... C.F./P. Iva ..., REA n. ..., in persona del legale rappresentante dott. munito dei poteri necessari per sottoscrivere la presente

premessi che:

- La Società nel corso del ... si è venuta a trovare in uno stato di tensione finanziaria.
- La Società ha trasmesso in data ..., a mezzo Posta Elettronica Certificata, una comunicazione (in **Allegato 1**) con la quale ha

¹³³ *Formulario*

a cura **dott. Saverio Mancinelli** e **dott.ssa Fabiola Di Francesco**

rappresentato la necessità di stipulare una moratoria con **le seguenti banche** ed ha comunicato loro l'avvio delle trattative volte alla stipula di una convenzione, mettendole in condizione di partecipare:

- ✓ Banca Alfa S.p.a., con sede in ..., via ..., C.F./p. Iva ..., iscritta all'albo degli istituti di credito *ex art. 13 TUB* al n. ... (di seguito Alfa);
- ✓ Banca Beta S.p.a., con sede in ..., via ..., C.F./p. Iva ..., iscritta all'albo degli istituti di credito *ex art. 13 TUB* al n. ... (di seguito Beta);
- ✓ Banca Gamma S.p.a., con sede in ..., via ..., C.F./p. Iva ..., iscritta all'albo degli istituti di credito *ex art. 13 TUB* al n. ... (di seguito Gamma);
- ✓ Banca Delta S.p.a., con sede in ..., via ..., C.F./p. Iva ..., iscritta all'albo degli istituti di credito *ex art. 13 TUB* al n. ... (di seguito Delta);

Nel prosieguo, per brevità, cumulativamente denominate le “Banche”.

- A seguito delle trattative intercorse (si sono tenuti n. ... incontri nelle date ..., rispettivamente presso, previ contatti telefonici e formali comunicazioni a mezzo Posta Elettronica Certificata a tutti gli istituti creditori – in *Allegato 2*), è stato concordemente individuato con le Banche un periodo di **moratoria fino al 31/12/...**, con le condizioni di seguito indicate:

1. conservazione delle linee di credito a in essere;

2. applicazione del tasso di interesse in misura fissa su base annuale pari al ... per cento annuo sul debito bancario rappresentato da scoperti di conto corrente non garantiti;
 3. applicazione del tasso di interesse in misura fissa su base annuale pari al ... per cento annuo sul debito bancario rappresentato da scoperti di conto corrente con garanzie collaterali prestate (garanzie di cui nelle trattative sono state esplicitate natura, importo e capienza);
 4. sospensione pagamento delle quote residue di finanziamenti chirografari a partire dal ... ;
 5. sospensione pagamento delle quote residue dei mutui ipotecari a partire dal
- Nel contempo, per tutta la durata della moratoria, le Banche hanno concesso l'impegno nei confronti della Società a:
1. rispettare i tassi e le scadenze rimodulate dalla convenzione;
 2. non applicare interessi di mora sugli importi;
 3. mantenere operative le linee finanziarie, le linee commerciali e le linee autoliquidanti, nei limiti dell'utilizzato;
 4. sospendere, senza rinunciarvi a titolo definitivo, l'attivazione dei rimedi di natura contrattuale e/o di legge nei confronti della Società (decadenza dal beneficio del termine, risoluzione e/o recesso nei contratti da cui deriva il debito ...);
 5. rinunciare, temporaneamente e non a titolo definitivo, all'escussione di ogni garanzia costituita a proprio favore da parte della Società o da terzi.
- A sua volta la Società, per il periodo della moratoria, si è impegnata a:

- a. utilizzare le risorse rese disponibili dalla riduzione dei tassi / sospensione rimborsi, esclusivamente per la gestione ordinaria della Società;
- b. non richiedere ad altri istituti di credito nuovi utilizzi e/o erogazioni in genere;
- c. informare le Banche di ogni mancato pagamento (nei confronti di Erario, enti previdenziali, fornitori, dipendenti ...) di debito scaduto ed esigibile, per il quale viene levato protesto o emesso decreto ingiuntivo o intrapresa iniziative di recupero coattivo / legale nei confronti della Società;
- d. non contrarre nuovi debiti e impegni di natura finanziaria in generale, ad eccezione di eventuali finanziamenti provenienti da soci o da parti correlate con la stessa Società, in qualunque forma concessi, che dovranno essere integralmente postergati a qualsiasi indebitamento nei confronti delle Banche;
- e. non approvare, autorizzare o deliberare in merito ad operazioni straordinarie (fusioni, scissioni, ...);
- f. non approvare, autorizzare o deliberare in merito a procedure / istituti / accordi di natura concorsuale o stragiudiziale;
- g. non concedere finanziamenti o garanzie in qualsiasi forma strutturati e per qualsiasi importo, che non siano già in essere;
- h. non costituire vincoli a scopo di garanzia sui propri beni, ulteriori rispetto a quelli in essere;
- i. non effettuare pagamenti e/o distribuzioni, sotto qualsiasi forma, di riserve o dividendi, né comunque effettuare rimborsi, a favore dei propri soci o a parti correlate con la stessa Società.

- Le trattative si sono svolte in buona fede e le Banche:
 - vantano crediti suddivisi (per posizione giuridica e interessi economici omogenei) nelle **categorie** di: scoperti di c/c non garantiti; scoperti di c/c con garanzie collaterali; finanziamenti chirografari e mutui ipotecari;
 - hanno ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria della Società, sulle garanzie prestate da terzi per natura, importo e capienza (il tutto documentato in **Allegato 3**, da cui si evince la corretta e completa informazione ricevuta), nonché sulla moratoria e sui suoi effetti;
 - sono sempre state messe in condizione di partecipare “in buona fede” alle trattative;
 - risultano soddisfatte in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

- La convenzione di moratoria **ha raggiunto in ciascuna categoria le maggioranze previste dalla legge** (n. ... adesioni banche - in **Allegato 4**), ricevendo positiva valutazione in ciascuna categoria di suddivisione dei crediti, in **quanto la sola Banca Delta ha manifestando il proprio dissenso** rispetto alla moratoria. In particolare la proposta di moratoria ha raggiunto per ciascuna categoria la maggioranza richiesta *ex art. 182-septies* L.F. (cioè almeno il 75% dei crediti, suddivisi secondo categorie per posizione giuridica ed interessi economici omogenei), come segue:

Debiti verso istituti finanziari			
c/c non garantiti			
Istituto	Importo euro	Adesioni/non adesioni	Maggioranza
Alfa S.p.a.	50.000,00	Aderente	90,91%
Beta S.p.a.	30.000,00	Aderente	
Gamma S.p.a.	20.000,00	Aderente	
Delta S.p.a.	10.000,00	Non aderente	
c/c con garanzie correlate			
Istituto	Importo euro	Adesioni/non adesioni	Maggioranza
Alfa S.p.a.	70.000,00	Aderente	81,82%
Beta S.p.a.	70.000,00	Aderente	
Gamma S.p.a.	40.000,00	Aderente	
Delta S.p.a.	40.000,00	Non aderente	
Finanziamenti chirografari			
Istituto	Importo euro	Adesioni/non adesioni	Maggioranza
Alfa S.p.a.	100.000,00	Aderente	75,00%
Beta S.p.a.	100.000,00	Aderente	
Gamma S.p.a.	100.000,00	Aderente	
Delta S.p.a.	100.000,00	Non aderente	
Mutui Ipotecari			
Istituto	Importo euro	Adesioni/non adesioni	Maggioranza
Alfa S.p.a.	700.000,00	Aderente	77,27%
Beta S.p.a.	500.000,00	Aderente	
Gamma S.p.a.	500.000,00	Aderente	
Delta S.p.a.	500.000,00	Non aderente	

- La moratoria è corredata dalla relazione del professionista dott. ... (in ***Allegato 4***), in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d, L.F. (iscrizione all'Ordine dei Dottori Commercialisti di ... al n. ... ed al Registro dei Revisori Legali istituito presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze al n. ...), che ha attestato la suddivisione in categorie omogenee per posizione giuridica e interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria.

Tutto quanto sopra premesso

la convenzione di moratoria fino al 31/12/... , le cui condizioni principali vengono nuovamente riassunte:

- conservazione delle **linee di credito in essere**, nel limite di quanto utilizzato;
- tasso di interesse in misura fissa su base annuale pari al ... % annuo sul debito bancario, rappresentato da **scoperti di conto corrente non garantiti**;
- tasso di interesse in misura fissa su base annuale pari al ... % annuo sul debito bancario, rappresentato da **scoperti di conto corrente con garanzie collaterali prestate** (garanzie di cui nelle trattative sono state esplicitate natura, importo e capienza);
- sospensione del pagamento delle quote residue di **finanziamenti chirografari** a partire da ... ;
- sospensione pagamento delle quote residue di **mutui ipotecari** a partire da ...;

in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile,

dalla ricezione della presente,

produce effetti - ai sensi dell'art. 182-*septies* L.F. -

anche nei confronti della banca Delta non aderente.

Si informa che la banca Delta potrà, eventualmente, proporre opposizione entro 30 giorni dalla ricezione della presente comunicazione,

chiedendo al Tribunale che la moratoria non produca effetti nei propri confronti.

Data

Firma

Allegati:

1. Comunicazione Banche avvio delle trattative per moratoria
2. Comunicazioni Banche per incontri successivi
3. Trasmissione Banche complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria della Società, nonché sulle garanzie prestate da terzi per natura, importo e capienza
4. Adesioni alla moratoria delle Banche rappresentanti la maggioranza di legge
5. Relazione attestativa del professionista dott. ...



Ordine
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
di Pescara

Il presente lavoro focalizza l'attenzione sui commi 5 e seguenti dell'art. 182-septies, L.F., che disciplinano la convenzione di "moratoria temporanea dei crediti" (anche definita "accordo di sospensione" o standstill) tra l'imprenditore "in crisi" (da intendersi nell'ampia accezione che va dalla temporanea tensione finanziaria sino all'insolvenza) e le banche e gli intermediari finanziari.

In estrema sintesi tale procedimento (per quel che consta, ad oggi, alquanto inesplorato) è riconducibile ad un pactum de non petendo, necessariamente temporaneo (infatti, anche se non viene posto alcun riferimento temporale a tale locuzione, la norma esplicitamente utilizza l'espressione "in via provvisoria") e con il fine di una successiva e definitiva regolazione del credito.



Autori:

Dott. Saverio Mancinelli
Dott. Francesco Callocchia
Dott. Pietro Zincani
Dott. ssa Meri Pistillo
Dott. Cristian Santurbano
Dott. Lorenzo Di Nicola
Dott.ssa Natascia De Luca
Dott. Stefano Bellonio
Dott. Luca De Gennaro
Dott.ssa Roberta Paradiso
Dott. Antonio Nino Carozza
Dott.ssa Fabiola Di Francesco
Dott. Mario Marzovilla
Dott. Manfredo Piattella
Dott. Luca Cosentino