

ABSTRACT: Fra le novità apportate dalla miniriforma *ex d.l.* 27 giugno 2015, n. 83, convertito in 6 agosto 2015, n. 132, particolare rilievo ha l'introduzione, con il nuovo art. 182-*septies* l.fall., delle figure degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e delle convenzioni di moratoria. Il paper ne analizza la disciplina, con speciale attenzione all'intreccio fra profili negoziali e concorsuali ed alla collocazione degli istituti indagati nel sistema degli strumenti offerti dal legislatore per la soluzione della crisi di impresa.

MICHELE PERRINO

Gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria

SOMMARIO: 1. La finanza interinale urgente. – 2. L'integrazione dell'art. 236 l.fall. – 3. La nuova figura degli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari. – 4. Profili di dettaglio della nuova disciplina: categorie e classi di creditori. – 5. Possibile estensione selettiva ai creditori della categoria non aderenti? – 6. Il contenuto del ricorso. – 7. L'irrelevanza delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni precedenti la pubblicazione del ricorso. – 8. La notifica individuale ai fini dell'estensione. – 9. Tipologia e limiti degli effetti estensibili. – 10. Segnali di avvicinamento al concordato preventivo: il contenuto del giudizio di omologazione... 11. (Segue): ...e l'estensione del vincolo obbligatorio a tutti i creditori della categoria. – 12. Gli accordi di ristrutturazione con BIF "oltre" il contratto. – 13. La *ratio* della nuova figura. – 14. Il richiamo alla R2014/135/UE. – 15. Gli ADR con BIF quale forma di concordato semplificato con creditori professionalmente qualificati. – 16. La convenzione di moratoria: contenuto ed effetti. – 17. Le opposizioni dei non aderenti. La dichiarata deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c. – 18. Lo spazio funzionale e sistematico delle convenzioni di moratoria rispetto ai piani attestati di risanamento e riequilibrio.

1. Fra le novità apportate dalla miniriforma *ex d.l.* 27 giugno 2015, n. 83, convertito in 6 agosto 2015, n. 132, ci si soffermerà in queste note

sull'integrazione della disciplina degli accordi di ristrutturazione e sulla nuova figura delle convenzioni di moratoria.

Prima di ciò, siano però consentite alcune brevi osservazioni sulle altre innovazioni normative, riguardanti la c.d. finanza interinale e le disposizioni penalistiche.

Una prima novità è l'inserimento di un terzo comma all'art. 182 *quinquies* (ad opera dell'art. 1, comma 1, lett. b), d.l. n. 83/2015, rubricato "Finanza interinale"), relativo alla finanza interinale urgente.

In ragione dell'urgenza di accedere a finanziamenti immediati, si prevede qui possa farsi a meno, onde poter ottenere l'autorizzazione a contrarre finanziamenti cui guadagnare il regime della prededucibilità ai sensi dell'art. 111 l.fall.¹, dei requisiti posti dal comma 1 dello stesso art. 182 *quinquies* per la finanza interinale in genere², cioè:

- non soltanto che non occorre siano stati già predisposti il piano e la proposta in caso di concordato, requisito questo che, posto prima della novella in sede interpretativa, ancorché non previsto dal dato testuale (e cfr. criticamente su tale interpretazione la rel. illustrativa al d.d.l. di conversione del d.l. 83/2015³), è stato ora rimosso dal comma primo come novellato dal d.l. 83/2015, nella parte in cui si precisa che la richiesta di autorizzazione alla finanza interinale può aver luogo "anche prima del deposito della documentazione di cui all'art. 161, commi secondo e terzo assunte se del caso sommarie informazioni";

- bensì anche che non sia necessaria l'attestazione dell'esperto, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3 lett. d), l.fall., circa la

¹ Sul senso della possibile rilevanza prefallimentare, oltre che endofallimentare, della prededucazione, cfr. per puntuali precisazioni FERRI JR., *In tema di prededucazione prefallimentare*, in *Corr.giur.*, 2015, 449 ss.

² Sul che cfr. BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit.cred.*, 2015, I, 68 ss.

³ Cfr. la Relazione allo Schema di disegno di legge di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83, in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.wp?previousPage=mg_1_2_1&contentId=SANI168062: "L'interpretazione dell'articolo 182-quinquies che è emersa in certi orientamenti finisce sostanzialmente per parificare, quanto ai presupposti, la portata dei finanziamenti previsti dall'articolo in esame con i finanziamenti interinali ex articolo 167, secondo comma. L'effetto è quello di ritardare il momento in cui l'impresa può accedere alla finanza prededucibile nelle more della preparazione della documentazione concordataria".

funzionalità dei finanziamenti richiesti alla migliore soddisfazione dei creditori.

Quel che si chiede è d'altra parte la dichiarazione del debitore circa la destinazione dei finanziamenti, in quanto funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale fino all'omologazione o fino al termine assegnato per il deposito dell'accordo, *ex art. 182-bis*, comma 7; nonché sul pericolo, in assenza dei finanziamenti in questione, di un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda.

Stando alla relazione di accompagnamento al d.d.l. di conversione (sub art. 1 d.l. 83/2015), si tratterebbe qui della ammessa sollecitazione di provvedimenti d'urgenza – che la stessa relazione vuole ispirati ai *first day orders* previsti nel Titolo 11 del *Bankruptcy Code* statunitense (ed il riferimento parrebbe doversi fare ivi al § 364) – autorizzativi di finanziamenti: di importo usualmente limitato; diretti a sostenere l'attività aziendale per il periodo strettamente necessario a preparare l'istanza di autorizzazione del vero e proprio finanziamento interinale (là dove quest'ultimo avrebbe invece la funzione di sostenere l'attività d'impresa durante la procedura e quindi si attesterebbe di regola ad importi ben maggiori)⁴.

Sempre stando alla suddetta relazione, proprio l'importo usualmente ridotto e l'urgenza di simili finanziamenti giustificherebbero la rinuncia alla attestazione dell'esperto; mentre per converso tale rinuncia sarebbe temperata dalla previsione che il tribunale, oltre ad assumere sommarie informazioni come richiesto anche dal primo comma, possa provvedere “se del caso, sentiti i principali creditori”⁵.

V'è peraltro da chiedersi se i requisiti attinenti alle esigenze dell'attività aziendale ed al rischio di pregiudizio all'azienda si pongano in un orizzonte diverso da quello della soddisfazione dei creditori, additato a giustificazione del beneficio della prededucibilità per la finanza interinale dal comma 1.

Direi di no. Con il primo comma, si tratta - mercé l'accesso alla finanza interinale autorizzata - di consentire una “migliore” soddisfazione

⁴ Cfr. Relazione, cit.

⁵ Sull'eventuale consultazione dei “principali” creditori cfr. per alcune osservazioni critiche DENTAMARO, *Il trattamento concorsuale dei finanziatori di società di capitali*, Napoli, 2015, 189 s.

dei creditori, sostenendo l'attività aziendale al fine, a seconda della natura del programma di composizione della crisi, in chiave di continuità o di liquidazione, di preservarne la capacità reddituale o di salvaguardare i valori di azienda in esercizio ai fini della loro liquidazione preferibilmente aggregata (in guisa da fruire dei possibili valori positivi di avviamento).

In virtù del terzo comma, si tratta piuttosto di scongiurare una "minore" o peggiore soddisfazione, per l'incombere di un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda, dalla cui valorizzazione – di nuovo in diversi modi a seconda del modello di composizione della crisi adottato, in continuità o liquidatorio, ma comunque con modalità che postulano la conservazione dell'integrità dei valori aziendali (dunque, nel caso di liquidazione, a mezzo di cessione in blocco dell'azienda in esercizio) – i creditori attendono legittimamente di trarre quella stessa soddisfazione.

2. Con la disposta integrazione delle previsioni penalistiche di cui all'art. 236 l.fall., accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari (d'ora in poi anche "BIF") e convenzioni di moratoria con gli stessi soggetti vengono accomunati al concordato preventivo, quanto al regime sanzionatorio penale del debitore che, al fine di accedere allo strumento di composizione della crisi in questione, abbia attuato una condotta decettiva attribuendosi attività inesistenti; oppure che, al fine di influire sulla formazione delle maggioranze, abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti.

E l'estensione del medesimo regime già previsto in tema di concordato anche agli accordi di ristrutturazione con BIF trova ragione nel fatto che anche per tali strumenti, come per quello concordatario, la condotta decettiva del debitore può determinare l'illegittima estensione a creditori non consenzienti di effetti fondati su false premesse in punto fatto, in virtù dei meccanismi di adesione a maggioranza e di estensione alla minoranza silente o non consenziente, di cui alle nuove figure contemplate dall'art. 182 *septies*.

3. La nuova disciplina di cui all'art. 182-*septies* l.fall. (introdotto dall'art. 9, comma 1, d.l. 27 giugno 2015, n. 83, rubricato "Crisi d'impresa con prevalente indebitamento verso intermediari finanziari"), relativo agli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzioni di

moratoria, opera sul presupposto di una determinata qualità e composizione dell'indebitamento: “Quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo”⁶; almeno la metà, in astratto, dunque, anche solo il 50% dell'indebitamento, diversamente dalla citata rubrica dell'art. 9 d.l. n. 83/2015, che parla di indebitamento *prevalente* con BIF.

Su tale presupposto, i primi quattro commi del nuovo articolo riguardano una *integrazione* - così detta testualmente il comma 1 - della disciplina generale degli accordi di ristrutturazione, di cui la figura in esame costituirebbe quindi una mera sottospecie⁷; e ciò in dichiarata (o asserita) deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c.: dunque, quanto all'art. 1372 c.c., procedendo dall'assunto che si tratti qui di incidere sulle regole in tema di relatività degli effetti del contratto alle sole parti contraenti; e, riguardo all'art. 1411 c.c., nella convinzione che l'introduzione qui di una nuova figura di convenzione capace di effetti sfavorevoli, anziché in favore del terzo, valga deroga alla figura tipica del contratto con effetti in favore di terzi, di cui all'art. 1411. Ed infine con la precisazione che invece restano “fermi” i diritti di creditori diversi da banche e intermediari finanziari.

Tornerò sul senso – se ed in quanto ve ne sia uno – di tale affermata deroga alle regole del diritto comune contrattuale.

La prevista *integrazione*, qualificata dalla legge come *derogatoria* rispetto alle regole di diritto comune contrattuale, consiste anzitutto nella possibilità di suddividere banche e intermediari finanziari in una o più *categorie*, “che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei”, e ciò onde guadagnare all'accordo effetti di nuovo conio normativo, idonei ad agevolare grandemente gli obiettivi di ristrutturazione in questione.

In tal caso, infatti, con il ricorso per l'omologazione può essere chiesto che il tribunale disponga l'*estensione* degli effetti dell'accordo ai creditori *non aderenti* facenti parte di una stessa categoria, purché: tutti i

⁶ È singolare che si parli di “impresa” e di un'impresa che “ha debiti”, anziché di imprenditore come tuttora fa l'art. 182-*bis* (e l'espressione *impresa* torna al comma 5, a proposito della convenzione di moratoria): frutto, credo, più che altro di disattenzione redazionale.

⁷ Cfr. AMBROSINI, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, saggio in corso di pubblicazione, letto per cortesia dell'A., 49.

creditori componenti della categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative e posti in condizione di parteciparvi in buona fede; i crediti delle banche o intermediari finanziari aderenti rappresentino il 75% dei crediti della categoria.

Su tali presupposti, il tribunale procede all'omologazione previo accertamento – anche avvalendosi ove occorra di un ausiliario (ma di che tipo di ausiliario si tratti non è chiarito dalla norma ⁸) – di una serie di requisiti. Occorre che le trattative si siano svolte in buona fede; e che le banche e gli intermediari finanziari interessati dalla richiesta di estensione: abbiano in effetti posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli dei creditori aderenti, rispetto ai quali il debitore assume esservi identità di categoria; abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti; siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative (aggiungasi, in buona fede: arg. *ex* comma 2 “siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede”); possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili (c.d. *best interest of creditors test*).

Le banche e gli intermediari finanziari non consenzienti, cui si chiede di estendere gli effetti dell'accordo, devono essere stati fatti destinatari di notifica individuale del ricorso per l'omologazione e della relativa documentazione, decorrendo nei loro confronti il termine per l'opposizione, di cui all'art. 182-*bis*, comma 4, dalla data di detta notificazione.

4. Rispetto a tale disciplina, procederò dapprima ad alcune considerazioni di analisi in dettaglio; e poi ad alcune valutazioni generali circa la *ratio* e la qualificazione giuridica dello strumento introdotto.

In primo luogo, nella indicazione dei criteri per l'individuazione delle *categorie*, la dizione dalla norma è la medesima, che l'art. 160, comma 1, lett. c), l.fall., utilizza nell'individuare i criteri legittimi ai fini della suddivisione in *classi* di creditori.

⁸ Il comma 8, aggiunto in sede di conversione, dispone che “La relazione dell'ausiliario è trasmessa a norma dell'articolo 161, quinto comma”, dunque al pubblico ministero.

Perché parlare allora di “categorie”, anziché di classi?

Si è forse preferito parlare qui di categorie, dal momento che banche e intermediari finanziari possono di per sé e in generale considerarsi nel loro insieme quali componenti di una classe di creditori. “Categoria”, in questo senso, individuerrebbe una sottoclasse⁹ (ad esempio, “a seconda che i crediti siano assistiti da garanzie reali o personali oppure possano essere contraddistinti dalla natura causale del credito da finanziamento, da anticipazione bancaria, da mutuo, eccetera)”¹⁰.

E allora, l’utilizzo di un’espressione diversa – categoria anziché classe – sembra qui suggerire la legittimità di una segmentazione per sottogruppi omogenei quanto a posizione giuridica e interessi economici, maggiore di quella che la suddivisione in classi potrebbe di per sé in linea generale consentire, senza incorrere qui in censure di artificiosità e pretestuosità, se non di abusività dell’eccessiva frammentazione, che invece potrebbero sollevarsi in sede concordataria

Ciò nel senso allora che una suddivisione in sotto classi o categorie degli intermediari finanziari potrebbe risultare giustificata negli accordi di ristrutturazione, ai sensi della disciplina in commento, e invece ingiustificata perché eccessiva e artificiosa nel concordato preventivo, nella misura in cui potrebbe abusivamente asservirsi in tale contesto alla regola – che non vige negli accordi di ristrutturazione, neppure sotto la nuova disciplina in commento – della sufficienza della approvazione a maggioranza dei crediti ammessi al voto in totale ed inoltre nella maggioranza delle classi, di cui all’art. 177 l.fall., con possibile estensione di effetti dunque ad un’intera classe minoritaria dissenziente, mentre secondo la novella in esame l’estensione è possibile solo nei confronti di una minoranza fino al 25% non consenziente, in seno ad una categoria comunque consenziente per almeno il 75%.

⁹ Per un cenno nel senso che il termine categoria denoti una sottoclasse dei creditori finanziari/bancari, cfr. LAMANNA, *Le classi/categorie nell’accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e nella convenzione di moratoria*, in *Il Fallimentarista*, 7 gennaio 2016.

¹⁰ Cfr. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in *Contr. e impr.*, 2015, 1187 (anche in *Dir.fall.*, 2015, I, 522); e per altre esemplificazioni FAUCEGLIA, *L’accordo di ristrutturazione dell’indebitamento bancario tra specialità negoziale e regole concorsuali*, in *Dir.fall.*, 2016, I, 733.

Certo, resta comunque da porsi, anche nel contesto dei nuovi accordi di ristrutturazione, il problema del vaglio di ammissibilità della suddivisione proposta, che infatti il comma 4 affida al tribunale; ma vi tornerò fra breve.

5. Ove il debitore si risolva ad avvalersi di questo strumento, l'estensione deve essere chiesta nei confronti di "tutti" i creditori della categoria non aderenti? O potrebbe essere chiesta solo nei confronti di alcuni? Lasciando che, per i non aderenti, per i quali non si chiedi l'estensione, valgano – in quanto creditori estranei – le regole generali di cui all'art. 182-bis, comma 1, lett. a e b? Così parrebbe invero suggerire il comma 4, nella parte in cui dispone l'obbligo di notifica "alle banche e agli intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo".

È possibile, in altri termini, differenziare i non aderenti, nel momento in cui si invoca l'applicazione di un dispositivo normativo che pare importare un profilo di schietta concorsualità, nella misura in cui è idoneo a consentire una propagazione di effetti non fondati su basi strettamente convenzionali, evocando con ciò in campo la doverosità della *par condicio*? Oppure, se (ed in quanto si possa ritenere che) l'accordo di ristrutturazione con BIF resta un contratto, non sussiste alcun vincolo al rispetto della *par condicio*?

Tornerò sul punto.

6. Dalla combinazione di quanto emerge dai commi 2 e 4, deriva una maggiore complessità del contenuto del ricorso.

Esso deve contenere (combinando quanto emerge dai commi 2 e 4):

- una precisa e adeguatamente motivata individuazione della/e categoria/e;
- la documentazione dell'avvenuta informazione a tutti i creditori della categoria in questione circa l'avvio delle trattative (comma 2);
- la prova che i creditori non aderenti, cui si chiede di estendere l'efficacia dell'accordo, abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti (comma 4 lett. b);
- la documentazione che tutti i creditori della categoria siano stati messi in grado di partecipare alle trattative in buona fede (comma 2 e comma 4 lett. b);

- la dimostrazione che i creditori non aderenti, cui si chiede di estendere l'efficacia dell'accordo, possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili (comma 4, lett. c).

Si noti che nel testo originario dell'art. 182-*bis*, così come introdotto dal d.l. n. 83/2015 prima della sua conversione in legge n. 132/2015, il comma in discorso si concludeva disponendo che “*I creditori ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo sono considerati aderenti all'accordo ai fini del raggiungimento della soglia del sessanta per cento di cui al primo comma dell'articolo 182bis*”.

Si era data così alla suddivisione in categorie una funzione non soltanto di tecnica di rimozione dei costi di compensazione, altrimenti necessariamente integrale di una minoranza ingiustificatamente riottosa, quale vedremo essere la *ratio* dichiarata della disciplina in esame; ma anche una funzione perfino agevolativa nella formazione delle adesioni all'accordo, analoga alla funzione che notoriamente svolge la suddivisione in classi nel concordato preventivo, ai sensi dell'art. 177.

Il citato periodo è stato poi soppresso dalla legge di conversione; e tale circostanza, unitamente al fatto che oggetto della disciplina in commento è l'estensione degli effetti dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis*” (cfr. l'*incipit* dell'articolo, così come il secondo periodo: “il debitore può chiedere che gli effetti *dell'accordo*...”), induce a ritenere che presupposto della possibile richiesta di estensione, e non risultato conseguibile in virtù di quest'ultima, è comunque, ai sensi dell'art. 182-*bis* comma 1, un accordo di ristrutturazione dei debiti che sia stato stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti ¹¹.

Più in generale, tenuto conto della predetta soppressione, parrebbe arbitrario ora sostenere che funzione della disciplina in commento sia anche consentire al debitore di conseguire, mercé l'estensione degli effetti dell'accordo, la percentuale minima di adesione prevista dalla legge ove non già raggiunta su basi convenzionali; anziché assolvere la sola funzione, l'unica sicura e residua nel testo convertito in legge, di estendere a soggetti non aderenti gli effetti di un accordo già di per sé conforme alla fisionomia

¹¹ In senso analogo INZITARI, *op.cit.*, 1189 (e in *Dir.fall.*, 2015, I, 523).

minima di legge.

7. In base al 3° comma dell'articolo in commento, ai fini del precedente comma 2 non si tiene 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.

La disposizione appare intesa a far sì che non possa rilevare, nella formazione delle classi, il tentativo di alcuni creditori più veloci di guadagnare, mediante iscrizione di ipoteca giudiziale (per lo più, a seguito dell'ottenimento di un decreto ingiuntivo), una posizione preferenziale rispetto ad altri della medesima categoria ante iscrizione.

In questo senso, si tratta di previsione analoga, ma non coincidente con quella già dettata in tema di concordato preventivo dall'art. 168, comma 3, ultimo periodo, ove dell'iscrizione è sancita più radicalmente l'inefficacia rispetto ai creditori concorrenti ¹².

8. Ai fini della attivazione del meccanismo di estensione di cui sopra, in base al 4° comma il debitore deve procedere, ad integrazione degli adempimenti pubblicitari già previsti, ad una notificazione *individuale* del ricorso e della documentazione *ex artt.* 161 e 182-*bis*, comma 1, l.fall., alle banche ed agli intermediari *ai quali chiede* di estendere gli effetti dell'accordo.

L'obbligo di notifica grava sul debitore per legge "oltre agli adempimenti pubblicitari già previsti". Dunque deve essere attivato parallelamente al deposito per l'iscrizione nel registro delle imprese (senza attendere che sia il tribunale a dare un termine per la notificazione).

Per i creditori in questione, il termine per proporre l'opposizione *ex art.* 182-*bis*, comma 4, l.fall., decorre dalla data della notificazione del ricorso.

9. Il 7° comma si incarica poi di precisare il tipo di effetto che può essere fatto oggetto di estensione nei confronti dei terzi, con una previsione, peraltro comune agli accordi di ristrutturazione con BIF ed alle convenzioni di moratoria (della quale dirò più avanti): "In nessun caso, per effetto degli

¹² Lo notano anche AMBROSINI, *op.cit.*, 51; FAUCEGLIA, *op.cit.*, 738.

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"; ma agli effetti dello stesso articolo in commento "non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati".

L'effetto imposto ai creditori non aderenti non può dunque consistere nel vincolo ad assumere o perpetuare vincoli obbligatori¹³, ma solo nella ristrutturazione del debito sotto forma di sacrificio delle spettanze già acquisite dal creditore, in termini di entità, modi e tempi di soddisfacimento del suo credito nei confronti dell'imprenditore in crisi.

10. E veniamo finalmente, dopo aver così sommariamente richiamato i profili salienti del nuovo istituto, a considerarne significato e funzione.

Come visto, l'estensione eccezionale degli effetti dell'accordo a soggetti che non vi hanno aderito passa qui attraverso il filtro giudiziale, il giudizio di omologazione.

Il ruolo del giudice è invero qui ben diverso da quella funzione di "facilitatore" e di "stabilizzatore"¹⁴ che lo connota negli accordi di ristrutturazione comuni; ed appare invece molto simile – quanto alla

¹³ Cfr. AMBROSINI, *op.cit.*, 52, che osserva come l'inserimento, fra gli effetti non estensibili, anche del mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti indebolisca l'utilità concreta dello strumento, "giacché è precisamente questa una delle esigenze più fortemente avvertite dall'impresa in crisi e, quindi, uno degli aspetti cruciali delle operazioni di ristrutturazione dei debiti". V. anche FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, in *Fallimento*, 2015, 1274, nel senso che esulerebbe dal predetto limite, da intendersi restrittivamente, il perdurante utilizzo delle c.d. linee autoliquidanti all'interno del perimetro dell'affidamento fino ad allora utilizzato, entro il quale "la banca non aderente è vincolata dalla convenzione e deve consentire il normale smobilizzo e il simmetrico riutilizzo".

¹⁴ Cfr. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 107. Il giudice non esercita infatti alcun controllo sulla gestione del debitore dopo il deposito dell'accordo o dopo l'omologazione, né la legge stabilisce un trattamento predeterminato o comunque paritario dei creditori aderenti: cfr. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p. 316.

pronuncia sulla richiesta di estensione ai non aderenti – a quello esperito nel concordato preventivo, sia in sede di vaglio di ammissibilità *ex art.* 163 l.fall., sia in sede di giudizio di omologazione ai sensi dell'art. 180 l.fall.

Ed infatti il Tribunale accerta la correttezza dei criteri di formazione delle categorie (cfr. art. 182-*septies*, comma 4, lett. a, posto a confronto con l'art. 163, comma 1, ultimo periodo, l.fall.); valuta la completezza e adeguatezza (anche quanto ad aggiornamento) delle informazioni fornite (lett. b, in rapporto all'art. 163); applica il criterio *no creditor worse off*, in base ai medesimi testuali criteri previsti per il *cram down* nei confronti dei creditori minoritari dissenzienti dall'art. 180, comma 4, ultimo periodo, in sede di concordato: la possibilità cioè che il credito possa risultare soddisfatto (lì dal concordato, qui dall'accordo), in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili”.

Con la precisazione che qui, sembra, la valutazione debba essere compiuta a prescindere dal fatto che sia stata o no proposta opposizione dalle BIF cui si chiede di estendere l'accordo (mentre a norma dell'art. 180, comma 4, l.fall., la valutazione scatta nel solo caso in cui i creditori dissenzienti di minoranza “contestano la convenienza del concordato”).

11. Simile rispetto al modello del concordato preventivo, oltre l'indicato contenuto del vaglio giudiziale omologatorio, nonché oltre il menzionato effetto di insensibilità della classificazione di interessi e posizioni creditorie rispetto a corse dell'ultima ora (con l'iscrizione delle ipoteche giudiziali nei 90 giorni precedenti la pubblicazione del ricorso) a conseguire titoli di prelazione (cfr. l'art. 182 *septies*, comma 3, posto a confronto con l'art. 168, comma 2, ultimo periodo), è soprattutto l'idoneità del dispositivo misto convenzionale/giudiziale, o se si preferisce negoziale/autoritativo, così delineato, a metter capo ad effetti obbligatori e vincolanti dell'accordo per *tutti* i creditori, qui della categoria individuata, anche se dissenzienti purché di esigua minoranza (non più del 25%), con una piena estensione di efficacia a carico dei creditori *esterni* (per difetto di concorso volitivo) all'accordo, ben al di là di quanto già previsto dall'art. 182 *bis*, comma 1 lett. a) e b), in ordine al differimento coattivo di 120 giorni del termine, a seconda delle letture di esigibilità o di azionabilità, per il pagamento dei creditori estranei all'accordo.

Una previsione, quest'ultima, che già aveva indotto a denunciare –

quale sintomo di guadagnata concorsualità - la marcia di avvicinamento¹⁵ degli accordi di ristrutturazione verso il concordato preventivo, e con ciò la condivisione da parte degli accordi di ristrutturazione dello statuto di procedura concorsuale, per lungo tempo negatogli dall'opinione prevalente¹⁶; potendosi considerare tale pur temporaneo freno imposto alle iniziative individuali dei creditori estranei, oltre che il profilo processual-pubblicistico dell'istituto connesso al necessario provvedimento di omologazione giudiziale, un inequivoco indizio della connotazione in termini di concorsualità: quella stessa concorsualità che, proprio nel limite normativamente imposto alle iniziative individuali dei creditori, al fine di allinearne le schiere ed organizzarne l'ordinato ed efficiente concorso sulla garanzia patrimoniale del debitore, trova il suo nucleo più autentico e qualificante.

12. Il pendolo della ormai rituale questione dell'inquadramento sistematico della disciplina degli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 bis ss. l.fall.*¹⁷, fra l'indirizzo che li inquadra in un'ottica più prettamente privatistica negoziale¹⁸, e quello invece incline a valorizzarne il profilo processual-pubblicistico, innestando l'istituto nell'alveo delle procedure concorsuali¹⁹, e qualificandolo talvolta anche alla stregua di un concordato

¹⁵ Cfr. PAGNI, *Evoluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, protezione del patrimonio e omologazione*, in *Fallimento*, 2014, 1080.

¹⁶ Sintomatico è, del resto, che anche chi professa di aderire alla lettura in termini prettamente contrattuali degli accordi di ristrutturazione, ritenga di dover precisare che la dilazione di centoventi giorni nel pagamento integrale dei creditori estranei "costituisce, più che altro, un effetto, per così dire, di natura legale, derivante dalla fattispecie procedimentale disciplinata dagli artt. 182 bis ss. l. fall. e, in particolare, dall'*omologazione*" (sottolineatura ns.): cfr. FOLLIERI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed efficacia giuridica*, in *Contratti*, 2015, 1164, 1167 s.; ID., *La natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel « prisma » del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2015, 1111 ss.

¹⁷ Sul relativo dibattito sia permesso il rinvio a PERRINO, *La "crisi" delle procedure di rimedio al sovraindebitamento (e degli accordi di ristrutturazione dei debiti)*, in *Giust.civ.*, 2014, 453 ss.

¹⁸ Cfr. recentemente BALESTRA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, in *Corr.giur.*, 2016, 450 s., ove altri riff.

¹⁹ In questo senso, ponendo l'accento sulle modifiche introdotte dal decreto c.d. correttivo n. 169/2007 e dalla novella *ex d.l. n. 78/2010*, cfr. TERRANOVA, *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa*, in *Dir.fall.*, 2012,

semplificato o sub-concordato, sembra dunque oscillare, quanto agli accordi con BIF in esame, decisamente in quest'ultima direzione ²⁰, enfatizzando i profili di coattività e autoritatività, e con ciò di intrinseca concorsualità.

Se è così, per un verso si rivela allora fuori luogo l'affermata deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c.

Parlare di "deroga" agli artt. 1372 e 1411 c.c. sembra infatti un modo di ribadire che, malgrado l'indicata estensione di effetti al di là delle parti contraenti, gli accordi di ristrutturazione restino dei veri e propri contratti.

Non vi sarebbe, invece, ragione di parlare di "deroga", se si ammettesse semplicemente che gli accordi di ristrutturazione, già in generale e vieppiù alla stregua delle novità in commento, sono divenuti delle procedure concorsuali vere e proprie ²¹, rispetto alle quali il profilo della estensione degli effetti ad una platea di creditori al di là dell'adesione individuale di quanti la compongono, purché vi sia l'approvazione da parte della maggioranza, è semmai indizio forte di quella connotazione processual-pubblicistica, autoritativa e coattiva in cui, pur in vario connubio con elementi di negozialità, si sostanzia il nucleo stesso dell'idea di concorsualità, quanto alle procedure concorsuali, appunto, di regolazione della crisi (oggi, in Italia, non solo dell'imprenditore commerciale ma più ampiamente del debitore sovraindebitato).

13. Per altro verso, si tratta di giustificare l'abbandono della

I, p. 4 s.; ID., *Concordati senza consenso*, in TERRANOVA, *L'autonomia del diritto concorsuale*, Torino, Giappichelli, 2016, 111; nonché, fra gli altri, FERRO, *sub art. 182 bis*, in *La legge fallimentare. Comm. teorico-pratico*, a cura di M.Ferro, Padova, Cedam, 2011, p. 2114 s.; DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2011, p. 17, sulla scorta di altra dottrina, tra cui FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, Cedam, 2009, *passim*; ABATE, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Fallimento*, 2013, p. 1173; DELLE MONACHE, *Profili dei «nuovi» accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv.dir.civ.*, 2013, p. 549 ss.; dubitativamente FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle procedure nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, p. 901 s.

²⁰ Ma in senso contrario cfr. VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in *Giustiziacivile.com*, 6 luglio 2015, 9; FALCONE, *La nuova disciplina delle "convenzioni di moratoria" e l'intervento del professionista attestatore*, in *Dir.fall.*, 2015, I, 566.

²¹ Cfr. per un simile rilievo TERRANOVA, *Concordati senza consenso*, cit., 110 s.

prospettiva contrattuale ed il ricorso al meccanismo concorsuale/coattivo per garantire la più agevole ed efficace attuazione dello strumento in esame; chiedersi, cioè, quale sia la *ratio* della nuova figura.

Nel Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 69 del 23 giugno 2015, di presentazione del d.l. 83/2015, l'obiettivo indicato è quello per cui con il nuovo strumento "si evita che alcuni crediti finanziari possano bloccare l'esito della procedura, e quindi si favorisce un risanamento precoce".

Analogamente, secondo la già citata Relazione illustrativa al d.d.l. di conversione, finalità della figura in esame di accordi di ristrutturazione sarebbe quella "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 concorsuale".

In tal senso, secondo la stessa Relazione (ma anche secondo il Dossier della Camera dei Deputati C-3021, Schede di lettura n. 318 dell'1 luglio 2015), la disciplina in esame intende porsi quale diretta attuazione della Raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014 "*Su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza*" (2014/135/UE), nella parte in cui questa incoraggia gli Stati membri ad istituire procedure atte a consentire al debitore di accedere alla ristrutturazione in una fase più *precoce* possibile della crisi (cfr. considerando 1, art. 1.1., art. 6 lett. a), scongiurandone il deterioramento in insolvenza, con virtuosa minimizzazione di tempi, costi e impatto sulla funzionalità dell'impresa.

L'osservazione di partenza di tali valutazioni è che molte crisi di impresa – sotto forma di tensione finanziaria – possono essere risolte precocemente ed efficacemente con l'ausilio dei soli creditori finanziari, cui infatti di norma primariamente si rivolge l'imprenditore; senonché il risultato viene spesso mancato, malgrado l'adesione della (e la convenienza per) la maggioranza dei creditori, in ragione della opposizione economicamente irrazionale di creditori minori della medesima categoria ²².

²² Sulle difficoltà nel raggiungimento, con efficacia e tempestività, di concordati stragiudiziali o di accordi di ristrutturazione dei debiti con una pluralità di creditori-banche

E ciò con possibili esiti subottimali sia per i creditori in questione che per l'economia: o mercé l'accollo da parte dei creditori finanziari maggiori dell'onere di soddisfare i minori riottosi, con un indesiderabile esito di innalzamento del rischio e dei costi del credito; o forzando il confluire della crisi nell'alveo di più rigidi e costosi procedimenti, nel migliore dei casi di concordato preventivo; così da rendere più difficoltoso e oneroso da raggiungere l'obiettivo del risanamento, con maggiori costi per tutto il sistema.

Di qui l'introduzione dello strumento in esame, che, mirando a togliere a banche che vantino crediti di modesta entità il potere di interdizione, in relazione ad accordi di ristrutturazione che vedano l'adesione di una larga maggioranza delle banche creditrici più esposte²³, varrebbe a tradurre in termini compatibili con il contesto normativo ed economico italiano esperienze straniere preesistenti, quali l'istituto della *Sauvegarde financière accélérée*, di cui all'art. L.628 – I del *Code de commerce francese*, o l'utilizzo dello *Scheme of arrangement* inglese, ai sensi della *section 895 del Companies Act 2006*, anche da parte di operatori di diversa nazionalità.

14. Il richiamo alla raccomandazione del 12 marzo 2014 della Commissione europea (2014/135/UE), onde considerarne attuazione la disciplina in commento, appare in effetti giustificato con particolare riferimento, oltre al fine già menzionato del più precoce possibile accesso dell'impresa (fondamentalmente sana ma) in tensione finanziaria alla ristrutturazione, anche agli ulteriori obiettivi ivi delineati: di prevedere una adeguata differenziazione del trattamento di creditori con interessi diversi mediante la loro suddivisione in classi distinte (art. 17); di consentire che il piano di ristrutturazione possa essere adottato dai creditori che rappresentano la maggioranza, anziché la totalità, di ciascuna classe (art. 18); di condizionare però l'imposizione di un vincolo agli eventuali creditori dissenzienti, o comunque non consenzienti, a ciò che il piano di ristrutturazione sia omologato dal giudice (art. 6, lett. d, e 21),

e intermediari finanziari, cfr. l'efficace sintesi di DE ANGELIS, *Gli accordi di ristrutturazione e le banche*, in *Società*, 2008, 1462 s.

²³ Così il Dossier n. 318/2 del Servizio Studi Camera dei Deputati del 21 luglio 2015.

subordinatamente all'accertamento delle cautele (corretto svolgimento dei negoziati, notifica a tutti i creditori anche solo potenzialmente coinvolti, trattamento non deteriore rispetto alle alternative praticabili, assenza di indebiti pregiudizi) enumerate all'art. 22 della stessa raccomandazione e tutto sommato recepite dall'art. 182 *septies*, comma 4, l.fall., ora in commento.

Mentre meno appropriato appare il voluto ancoraggio, da parte della menzionata Relazione di accompagnamento al d.d.l. conversione (*sub* art. 9), della disciplina degli accordi di ristrutturazione con BIF specificamente all'art. 20 della raccomandazione, che nell'invitare gli Stati membri a garantire che il piano di ristrutturazione possa essere adottato soltanto da determinati creditori, "o determinati tipi o classi di creditori, a condizione che gli altri creditori *non siano coinvolti*", sembra piuttosto attagliarsi allo schema generale di accordi di ristrutturazione, con la suddivisione fra creditori aderenti e creditori estranei all'accordo, i secondi da soddisfare integralmente.

15. Più ampiamente, ed è una differenza non da poco, la Raccomandazione 2014/135/UE si rivolge alle "imprese sane in difficoltà finanziaria" (cfr. cons. 1, art. 1), per le quali tutt'al più "sussiste una probabilità di insolvenza" (art. 5 a). Ed anche la procedura di "*Sauvegarde Financière Accélérée*", prevista dal Code de Commerce, articoli L. 628-1 ss., titolo II, capitolo VIII del Libro VI del *Code de Commerce*, quale procedura di conciliazione con i creditori (cui come detto fa espresso richiamo, come esperienza internazionale di riferimento, la citata Relazione) ove pure si prevede una approvazione a maggioranza (dei due terzi dei creditori finanziari) del piano di ristrutturazione, con estensione di effetti ai creditori minoritari parimenti finanziari ma recalcitranti, trova unicamente applicazione alle imprese che non siano ancora in stato di insolvenza, o tutt'al più il cui stato di cessazione dei pagamenti si sia verificato non più di 45 giorni prima l'avvio della procedura. Mentre la disciplina italiana degli accordi di ristrutturazione, nel cui seno si innesta la normativa in commento differenziandosi solo per la composizione dell'indebitamento verso quegli specifici creditori professionali che sono banche e intermediari finanziari, si rivolge invece quale suo presupposto soggettivo all'imprenditore in stato di crisi, includendo dunque anche le situazioni di insolvenza (cfr. art. 160,

ult.comma, l.fall.).

In tal senso, e a volersi davvero tenere coerenti con la Raccomandazione europea, dovrebbe in astratto giudicarsi ingiustificata, in ipotesi di vera propria insolvenza (anziché mera difficoltà finanziaria), un'estensione sostanzialmente concordataria del piano approvato a maggioranza anche ai dissenzienti o comunque non aderenti - quell'estensione cioè che la Commissione concepisce invece rispetto alle situazioni meno gravi, di mera difficoltà finanziaria di un'impresa sostanzialmente "sana" - senza però le rigorose garanzie della procedura di concordato.

Ed il fatto è che, mi sembra, al legislatore italiano è apparso che l'ulteriore estensione in parola – ad ogni imprenditore in stato di crisi, dunque anche se insolvente – del meccanismo di vincolo per i dissenzienti di accordi approvati a larga maggioranza, e con ciò la rinuncia alle garanzie che nella procedura di concordato preventivo una tale estensione supportano e temperano, fosse giustificata, in ciò discostandosi (al di là delle espresse rivendicazioni di derivazione europea) dal solco della Raccomandazione, in ragione della specifica qualità professionale dei creditori coinvolti, banche e intermediari finanziari, e della loro connessa attitudine ad un competente, autonomo vaglio della convenienza ed efficacia delle soluzioni offerte rispetto alle alternative concretamente praticabili; sì da relegare il rifiuto all'area dell'ostruzionismo ingiustificato, meritevole di un forzoso disinnescio.

Sicché questo mi appare, in estrema sintesi, il nuovo accordo di ristrutturazione con BIF: una nuova, semplificata forma di concordato, alleggerito delle garanzie e degli oneri del concordato preventivo maggiore, in considerazione della loro (almeno dal legislatore, ritenuta) superfluità rispetto a creditori professionali specifici, quali appunto banche e intermediari finanziari.

16. Gli ultimi tre commi dell'art. 182 *septies* l.fall. hanno per oggetto la nuova figura della "convenzione di moratoria"²⁴.

Combinando le previsioni dei commi 5 e 6, il primo presupposto di

²⁴ Cfr. in argomento FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., 1269 ss.

tale nuova figura è che fra l'impresa debitrice e una o più banche o intermediari finanziari venga stipulata una convenzione "diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi", attraverso una moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari; dove per "moratoria temporanea dei crediti" sembra alludersi a forme di *pactum de non petendo*²⁵, nel senso della inesigibilità provvisoria degli stessi crediti per un tempo limitato²⁶, con connessa sospensione del corso degli interessi, riscadenzamento o dilazione dei pagamenti, o della parimenti provvisoria convenzione di astenersi dall'esperire i rimedi per l'esecuzione coattiva²⁷.

Si tratta perciò di convenzione conclusa allo scopo di creare quelle condizioni di salvaguardia dall'aggressione delle iniziative esecutive, che nelle procedure regolate è assicurata dal blocco delle azioni esecutive individuali, onde permettere una elaborazione ponderata e meditata di un'idonea soluzione alla crisi (la citata Relazione allo schema di d.d.l. di conversione parla infatti di "c.d. *standstill*", "finalizzata a consentire l'elaborazione della soluzione che, all'esito di successivi accertamenti, risulterà in concreto più idonea a risolvere la crisi"); e di una convenzione contratta a tale scopo con soli BIF, a differenza della figura degli accordi di ristrutturazione, nella quale ultima BIF possono rappresentare solo una o più categorie di creditori aderenti ad un accordo, che prevede anche l'adesione di creditori diversi.

Ulteriori presupposti dello strumento in esame sono che alla convenzione aderisca la maggioranza pari al 75% delle banche o intermediari finanziari, accomunati da posizione giuridica e interessi economici omogenei; e che le banche e intermediari finanziari non aderenti,

²⁵ Cfr. VATTERMOLI, *op.cit.*, 6.

²⁶ Sulla figura del *pactum de non petendo ad tempus* secondo il diritto italiano, cfr. per una indagine critica DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv.dir.civ.*, 1996, 399 ss.; e, più di recente, ma prima della introduzione della disciplina in commento, FABIANI, *Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi*, in *Fallimento*, 2014, 967 ss., con più ampio riferimento alla prassi degli accordi di moratoria o di *standstill*.

²⁷ Per una ampia e ragionata rassegna dei possibili contenuti delle convenzioni di moratoria, con riferimento alla prassi formatasi prima della introduzione della disciplina in commento, cfr. T.M.UBERTAZZI, *Accordi di moratoria, convenzioni interbancarie e bancarie nei risanamenti di imprese: profili civilistici e qualificatori*, in *Contr.impr.*, 2015, 341 ss.

cui si intendano estendere gli effetti della convenzione: siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede; abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore; infine, che un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), l.fall., attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria²⁸.

Su tali presupposti la convenzione di moratoria, in (dichiarata) deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, produce effetti anche nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari non aderenti.

Da quale momento prende avvio detta efficacia nei confronti dei non aderenti? Dalla sottoscrizione della convenzione? O, alternativamente, dall'inutile decorso del termine per le opposizioni di cui al comma 6, o dal passaggio in giudicato della decisione del tribunale, sull'opposizione o sul reclamo *ex art.* 183, che rigetti l'eventuale opposizione proposta?

A tal fine serve ricordare che, nei confronti dei non aderenti cui si intenda estendere gli effetti, la convenzione deve essere comunicata, alternativamente, mediante lettera raccomandata o posta elettronica certificata, ai sensi del comma 5, 2° periodo, accompagnata dalla relazione del professionista designato a norma dell'articolo 67, terzo comma, lettera d), così da consentire l'opposizione da parte dei destinatari entro trenta giorni dalla stessa comunicazione. Perciò sembra che la convenzione prenda effetto: nei confronti degli aderenti, dalla sottoscrizione; nei confronti dei non aderenti, dall'inutile decorso dei trenta giorni dall'opposizione o dal rigetto di questa con provvedimento passato in giudicato.

17. Quanto specificamente alle opposizioni, ai sensi del 6° comma dell'art. 182-*septies* in esame, entro trenta giorni dalla comunicazione della convenzione stipulata, le banche e gli intermediari finanziari non aderenti alla convenzione possono proporre opposizione, per chiedere che la convenzione non produca effetti nei loro confronti.

Il tribunale, con decreto motivato (reclamabile alla corte di appello, ai sensi dell'articolo 183 l.fall., entro 15 giorni dalla comunicazione), decide sulle opposizioni, verificando la sussistenza delle condizioni di cui al

²⁸ Sull'oggetto dell'attestazione v. *amplius* FALCONE, *op.cit.*, 568 ss.

comma quarto, terzo periodo, quindi previo accertamento, come per gli accordi di ristrutturazione con BIF (“verificando la sussistenza delle condizioni di cui al comma 4, 3° periodo”), ma con qualche evidente necessità di adattamento (e la norma avrebbe fatto bene a precisare un “in quanto compatibili”) che le trattative si siano svolte in buona fede; e che le banche e intermediari finanziari interessati dalla richiesta di estensione: abbiano in effetti posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli dei creditori aderenti, rispetto ai quali il debitore assume esservi identità di categoria; abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sulla convenzione e sui suoi effetti; e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative (aggiungasi, in buona fede, arg. *ex* comma 2: “siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede”).

Non è invece da accertare se gli oppositori “possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili (*best interest of creditors test*)”, come previsto dal comma 4, lett. c, dello stesso articolo²⁹. Si tratta qui invero di una mera convenzione di moratoria temporanea dei crediti, con la quale si programma perciò un semplice *pactum de non petendo*, o un accordo di temporanea sospensione della esigibilità o della azionabilità dei rimedi per l’adempimento e l’esecuzione, non invece una modalità di “soddisfazione”, da porre a confronto con scenari alternativi, rispetto ai quali si tratterà semmai di accertare che l’opponente non risulti – valutato l’oggetto e l’estensione temporale della moratoria – indebitamente e significativamente pregiudicato, rispetto alla sorte prevedibile delle sue pretese in assenza della convenzione di moratoria³⁰.

Certo, al di là della questione della decorrenza, in difetto di opposizioni l’estensione degli effetti sembrerebbe qui non mediata da alcun provvedimento giudiziale; e l’assenza del vaglio del tribunale, a partire da quello relativo alla corretta suddivisione in categorie, giustifica qui il requisito della attestazione dell’esperto con i requisiti *ex* art. 67, comma 3 lett. d, l.fall., circa l’omogeneità di posizione giuridica e interessi dei

²⁹ Notano l’incoerenza del richiamo anche FABIANI, *La convenzione di moratoria*, cit., 1277; FALCONE, *op.cit.*, 567.

³⁰ Sviluppa una simile prospettiva RANALLI, *La convenzione di moratoria di cui all’art. 182 septies*, in *Fallimento*, 2016, 895 ss.

soggetti fatti destinatari, perché aderenti o in estensione secondo la disciplina in commento, della moratoria.

Allo stesso tempo, in assenza del filtro della omologazione giudiziale, non sembra qui condivisibile (a differenza, come visto, che per gli accordi di ristrutturazione con BIF) il rivendicato ancoraggio – espresso nella citata Relazione con riferimento all'intero dettato dell'art. 182-*septies* – anche della disciplina delle convenzioni di moratoria in termini di genuino “recepimento” della Raccomandazione 2014/135/UE in tema di nuovo approccio al fallimento e all'insolvenza, la quale come segnalato ammette sì l'estensione di un vincolo approvato dalla sola maggioranza dei creditori anche ai creditori non consenzienti, ma solo se omologato dal giudice (art. 6 lett. d e 21).

D'altra parte, l'assenza della necessaria mediazione autoritativa/giudiziale dell'effetto estensivo dell'efficacia della convenzione anche ai non aderenti, di nuovo a differenza rispetto agli accordi di ristrutturazione con BIF, rende qui invece giustificato il parlare di fattispecie pur sempre contrattuali, anziché concorsuali; e allora appropriato l'inquadramento della previsione in chiave di ipotesi legale di estensione di effetti negoziali nei confronti di terzi, e con esso la dichiarata (nel 5° comma in esame) deroga all'art. 1372 c.c., nel senso che la fattispecie in esame costituirebbe uno dei “casi previsti dalla legge”, nei quali soltanto il contratto può produrre effetto rispetto ai terzi, a norma dell'art. 1372, comma 2, c.c.

Mentre incomprensibile resta invece l'asserita deroga anche all'art. 1411 c.c. sul contratto in favore di terzi, che non è a sua volta che una delle ipotesi di legge di possibile deroga al principio di relatività degli effetti del contratto ex art. 1372, salvo ad evidenziarsi il fatto (senza però che in ciò vi sia deroga alcuna all'art. 1411), che si è qui in presenza, come qualcuno sarcasticamente ha osservato, di possibili contratti “a svantaggio”³¹, o “a sfavore”³², o “in danno di terzi”³³.

³¹ Cfr. NISIVOCIA, *Il nuovo art. 182 septies l.fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?*, in *Fallimento*, 2015, 1184.

³² Così AMBROSINI, *op.cit.*, 50. Cfr. anche BALESTRA, *op.cit.*, 455 s., che giudica “del tutto inappropriata” in materia “l'evocazione di una deroga all'art. 1411 c.c.”.

³³ Cfr. TERRANOVA, *Concordati senza consenso*, cit., 110.

18. Resta semmai da sottolineare una non trascurabile valenza della disciplina in commento, quanto alla reciproca delimitazione di funzione e posizione sistematica fra la nuova figura della convenzione di moratoria e quella, introdotta nel 2005, del piano attestato di risanamento e riequilibrio, di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall., il quale pure assume spesso nella prassi forma bilaterale fra debitore e creditori maggiori, specie finanziari, e potrebbe anche prevedere, al limite, un accordo di mera moratoria dei crediti. Al di là di possibili, parziali affinità di contenuto, attraverso il confronto fra la regolamentazione dei due strumenti risalta infatti netta la loro diversità.

Nel caso della convenzione moratoria, invero, l'accento normativo ricade evidente sulla *provvisorietà* della disciplina degli effetti della crisi così stabilita con i creditori finanziari, e sulla *temporaneità* della moratoria dei relativi crediti pattuita come oggetto di tale disciplina ³⁴, quale strumento apprestato in vista (nel senso, già detto, di assicurarne le condizioni di elaborazione, mediante una tregua alle pretese creditorie) di una possibile, ma non ancora profilata né definita soluzione della crisi d'impresa; dal che il previsto corredo dell'attestazione di un esperto, con i requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), limitata alla omogeneità di posizione giuridica e interessi economici dei creditori coinvolti dalla moratoria. Là dove il piano ai sensi della stessa lett. d), nell'ambito idoneità a "consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria", al contrario viene a porsi esso stesso quale tecnica di soluzione o composizione, non provvisoria bensì durevole (perseguendo il *risanamento* e il *riequilibrio*), della stessa crisi; tecnica di cui per ciò stesso si chiede all'esperto di attestare, ben più incisivamente, la veridicità dei dati aziendali presupposti e la fattibilità del relativo piano.

Sicché in questa diversità di funzione delle due relative categorie di convenzioni stragiudiziali che, in ipotesi coincidenti nel prevedere quale proprio contenuto immediato una mera moratoria delle pretese creditorie, ed in assenza di un controllo giudiziale se non meramente eventuale (a seguito delle opposizioni dei non aderenti, se proposte, nel caso della convenzione di moratoria *ex art. 182-septies*, comma 6, l.fall.; o in sede di eventuale

³⁴ Si sofferma sul profilo della temporaneità RANALLI, *op.cit.*, 889.

scrutinio giudiziale circa l'idoneità del piano ai suoi anzidetti fini tipici, nell'ipotesi di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall., onde riconoscere ai suoi atti esecutivi l'esenzione da revocatoria fallimentare ivi sancita), possano obiettivamente comportare un ritardo nella emersione formale dell'insolvenza e nella dichiarazione di fallimento, risiede forse la ragione della riserva della esenzione dai reati di bancarotta, all'art. 217-bis l.fall, ai soli atti compiuti in esecuzione del piano *ex art. 67, comma 3, lett. d)*, non anche a fronte della mera convenzione di moratoria ai sensi del nuovo art. 182-*quinques*, commi 5 e 6, l.fall., rappresentando solo il primo uno strumento di genuina composizione della crisi, della cui fattibilità peraltro soccorre quantomeno una previa attestazione esperta (con le connesse responsabilità, anche per le informazioni su tale profilo funzionale, ai sensi dell'art. 236-*bis* l.fall.), non anche la seconda, mera tecnica di blocco temporaneo delle pretese creditorie; e ritagliandosi così il piano attestato una posizione di strumento di protezione del tentativo di soluzione della crisi sì debole (e rivelatosi vieppiù debole, alla luce della giurisprudenza recente di legittimità ³⁵) rispetto agli altri strumenti a necessario vaglio giudiziale, concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti; e però non più forse il più debole fra gli attrezzi apprestati dalla legge fallimentare, ora fruibili dall'imprenditore in crisi.

MICHELE PERRINO

³⁵ Si allude a Cass., 5 luglio 2016, n. 13719, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>, che ha espressamente subordinato l'esenzione, *ex art. 67, comma 3, lett. d)*, l.fall., degli atti esecutivi del piano attestato di risanamento dall'azione revocatoria fallimentare all'esito positivo della verifica giudiziale, con valutazione *ex ante*, circa la manifesta attitudine all'attuazione del piano di risanamento.