



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

Scuola di
Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale

in Giurisprudenza

La convenzione di moratoria ex art. 182-*septies* l. fall.

Relatore

Chiar.mo Prof. Lorenzo Stanghellini

Candidato

Marta Santoni

INDICE

INTRODUZIONE.....	p. 1
-------------------	------

CAPITOLO I

L'AUTONOMIA DEI PRIVATI NELLA CRISI D'IMPRESA ED I NUOVI STRUMENTI PER AFFRONTARLA

1. Uno sguardo d'insieme: l'autonomia dei privati nella gestione della crisi d'impresa, dai passati sistemi afflittivi ai nuovi scenari di degiurisdizionalizzazione.....	p. 5
1.1. La stagione del <i>decoctor ergo fraudator</i>	p. 5
1.2. Inediti spazi per l'autonomia privata nel Codice di commercio del Regno d'Italia del 1882.....	p. 8
1.2.1. La normativa postunitaria sulla moratoria.....	p. 10
1.3. Il ritorno al regime del rigore: la legge 10 luglio 1930, n. 665 ed il Regio Decreto 16 marzo 1942, n.67.....	p. 13
1.4. L'avvio del cammino verso la privatizzazione dell'insolvenza: la riforma del 2005.....	p. 17
2. La Raccomandazione 135/2014/UE e il d.l. 83/2015.....	p. 22
2.1. Cenni veloci al d.l. 59/2016.....	p. 26
2.2. I progetti di riforma futuri: <i>rinvii</i>	p. 26
3. Nuovi approcci alla crisi d'impresa: due novelli strumenti <i>ex art. 182 septies</i>	p. 27
3.1. Le influenze internazionali: lo <i>Scheme of arrangement</i>	p. 29
3.2. ...e la <i>sauvegarde financière accélérée</i>	p. 33
3.3. Caratteristiche comuni e differenze.....	p. 36
4. La convenzione di moratoria.....	p. 40

CAPITOLO II

LA CONVENZIONE DI MORATORIA: ESEGESI DELLA NORMA

1. I protagonisti della convenzione di moratoria: imprenditore, banche ed intermediari finanziari..... p. 45
2. Il presupposto oggettivo: lo stato di crisi..... p. 55
3. L'oggetto della convenzione di moratoria: il *pactum de non petendo* e l'accordo di *standstill*..... p. 57
 - 3.1. Limiti al possibile contenuto della convenzione di moratoria..... p. 62
 - 3.1.1. La durata necessariamente provvisoria..... p. 63
 - 3.1.2. Gli effetti che non possono essere imposti ai creditori dissenzienti..... p. 66
4. Le categorie di creditori nella convenzione di moratoria..... p. 72
5. Le deroghe agli artt. 1372 e 1411 c.c..... p. 84
 - 5.1. Le diverse interpretazioni proposte in dottrina..... p. 88
6. Condizioni necessarie ad estendere gli effetti della moratoria ai creditori dissenzienti..... p. 99
 - 6.1. La maggioranza qualificata..... p. 101
 - 6.2. L'informazione dell'avvio delle trattative ed il diritto dei creditori di parteciparvi..... p. 103
 - 6.3. L'attestazione del professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d)..... p. 109
7. L'efficacia della convenzione di moratoria verso i creditori dissenzienti ed il giudizio di opposizione..... p. 114
 - 7.1. L'assenza di indicazioni procedurali..... p. 119
 - 7.2. Il problematico richiamo al giudizio di *cram down*..... p. 122
8. Profili penalistici..... p. 131

CAPITOLO III

PROSPETTIVE DI RIFORMA FUTURE DEL DIRITTO DELLA CRISI D'IMPRESA

1. Brevi riflessioni introduttive.....	p. 135
2. La proposta di direttiva UE.....	p. 135
3. I lavori della commissione Rordorf.....	p. 146
4. Prospettive di prossimo utilizzo della convenzione di moratoria.....	p. 160

CONCLUSIONI.....	p. 163
------------------	--------

BIBLIOGRAFIA.....	p. 167
-------------------	--------

RINGRAZIAMENTI.....	p. 179
---------------------	--------

Introduzione

Nel momento in cui si manifesta una situazione di crisi, la reazione che sorge spontanea nell'imprenditore, com'è facile intuire, è quella di chiedere ai propri creditori un po' di tempo, per capire quali siano le cause determinanti lo squilibrio e quali le migliori soluzioni per superarlo. Tuttavia, individuare il percorso più corretto per mantenere la continuità dell'attività d'impresa e lasciarsi alle spalle la crisi non è mai cosa semplice e, a sua volta, richiede tempo. Per di più, durante la gestazione degli accordi potrebbe paventarsi lo spettro delle azioni esecutive individuali dei creditori. Per scongiurare un rischio simile, l'imprenditore ben potrebbe decidere di ricorrere ad uno degli strumenti protettivi, previsti dalla legge fallimentare agli artt. 182 *bis* sesto comma e 161 sesto comma. Simili soluzioni certamente sono fonte di significativi benefici, ma, al contempo, presentano non poche criticità. Il dovere di redigere una quantità consistente di atti e predisporre dettagliati documenti, nonché, nel caso del concordato in bianco, la necessità di autorizzazione da parte del Tribunale per compiere atti di straordinaria amministrazione e la cristallizzazione del passivo sono solo alcuni degli aspetti che potrebbero disincentivare gli imprenditori a fare ricorso ai sopramenzionati strumenti protettivi.

Così, non pare un caso che nella prassi delle soluzioni negoziate alla crisi d'impresa sia rimasto frequente (anche all'indomani della riforma del 2012, introduttiva, tra le altre, dell'istituto del concordato in bianco) il ricorso ad accordi il cui contenuto non fosse predeterminato per legge. Tra questi, quelli di moratoria da sempre offrono agli imprenditori la possibilità di negoziare un periodo di tregua, più o meno lungo, con i creditori. E' evidente che intraprendere una scelta simile risulti tanto più utile quanto più ampia sia la platea dei creditori coinvolti. Tuttavia, la richiesta di riscadenziamento dell'obbligo di provvedere al pagamento dei debiti, scaduti o prossimi alla scadenza, accompagnata, se del caso, dalla

possibilità di continuare a disporre dei finanziamenti concessi, con difficoltà incontra l'adesione di tutti i creditori: non di rado quelli minori rifiutano di prestare il proprio consenso, talvolta ragionevolmente, per valutazioni in ordine alla convenienza economica dell'accordo proposto, ma, più di frequente, per calcoli meramente strategici. Il fenomeno, conosciuto con il nome di *free riding problem*, consiste nella scelta dei creditori meno esposti di sfilarsi dalle trattative, al fine di determinare i finanziatori maggiori a farsi carico delle posizioni minori altrui. Non sempre, però, la strategia pianificata ha buon esito, poiché i costi della crisi possono risultare tanto elevati da non poter essere sostenuti da una sola parte dei creditori, finendo gli accordi, raggiunti con la maggioranza, per naufragare nei più poveri risvolti del concordato o del fallimento.

Proprio per questo, tra le novità introdotte dal d.l. 83/2015, convertito in l. 132/2015, ve n'è una che deve essere salutata con particolare favore: l'introduzione di una disposizione normativa, quale l'art. 182 *septies*, che riconosce all'imprenditore in crisi la facoltà di estendere coattivamente gli effetti dell'accordo, raggiunto con la maggioranza dei creditori finanziari, a quelli dissenzienti, purché vengano adempiute alcune condizioni.

La novella disciplina entrambe le due diverse tipologie di accordi sopramenzionati, tanto quelli di moratoria, quanto quelli di ristrutturazione, con il risultato di scontare una certa ambiguità redazionale. Infatti, seppur accomunati dall'operatività del meccanismo di estensione coattiva degli effetti nonché dall'identità dei creditori destinatari, i due strumenti sono molto diversi l'uno dall'altro: l'accordo di ristrutturazione, in quanto tale, è finalizzato ad individuare una risposta definitiva allo stato di crisi in cui è incorsa l'impresa; la convenzione di moratoria, al contrario, ha durata temporanea, così come disposto espressamente dalla norma, ed è volta a concedere all'imprenditore un periodo di tempo, durante il quale raccogliere tutte le informazioni necessarie per elaborare un accordo di ristrutturazione, un piano di concordato o di risanamento attestato.

Nel presente elaborato ci si dedicherà all'analisi di questa seconda tipologia di accordi, che di frequente risultano essere indispensabili per gestire al meglio le prime fasi della crisi. Per non intaccare il successo che le convenzioni di moratoria hanno riscosso negli anni, il legislatore del 2015 ragionevolmente ha provveduto a dettarne una disciplina leggera, proprio perché questi accordi si caratterizzano da sempre per un contenuto flessibile, che garantisce all'imprenditore un certo margine di manovra nella gestione della crisi. Ciononostante nell'art. 182 *septies* non mancano locuzioni ambigue, che hanno lasciato spazio alla dottrina per avanzare diverse soluzioni interpretative.

Al fine di realizzare un'analisi completa e puntuale, si è ritenuto opportuno gettare uno sguardo alle esperienze passate ed a quelle straniere, nonché proporre una rapida panoramica su quei progetti di riforma, nazionali ed europei, che, fra non molto, interesseranno l'intero settore del diritto fallimentare.

CAPITOLO I

L'AUTONOMIA DEI PRIVATI NELLA CRISI D'IMPRESA ED I NUOVI STRUMENTI PER AFFRONTARLA

1. Uno sguardo d'insieme: l'autonomia dei privati nella gestione della crisi di impresa, dai passati sistemi afflittivi ai nuovi scenari di 'degiurisdizionalizzazione'.

Una premessa, necessaria allo studio di quello che, oggi, comunemente, chiamiamo diritto fallimentare, riguarda la sua evoluzione nel corso del tempo. L'analisi degli sviluppi della materia darà modo di notare quanti cambiamenti abbiano attraversato le procedure concorsuali, dalle loro origini, che possiamo genericamente individuare nel periodo medievale, fino ai tempi moderni, e con quanta costanza l'autonomia dei privati si sia sempre ritagliata uno spazio di operatività nella gestione della crisi d'impresa.

1.1 La stagione del *decoctor ergo fraudator*

Da principio, il procedimento fallimentare perseguiva una sola finalità, ovvero la soddisfazione degli interessi dei creditori. Ciò portava la procedura ad acquisire connotati fortemente afflittivi e quasi esclusivamente liquidatori. Il mercante inadempiente, infatti, veniva trattato come un criminale, a prescindere da qualsiasi accertamento sulla sussistenza di comportamenti fraudolenti nella gestione della crisi, in ragione dell'ancora vigente principio del *decoctor ergo fraudator*, proprio dello *ius mercatorum*¹. Così, il debitore era tratto in arresto, torturato per persuaderlo ai pagamenti, bandito dalla città o altrimenti punito e tutto il suo patrimonio veniva appreso e

¹ L'espressione latina indica le regole elaborate nella prassi dei commerci nazionali ed internazionali, che traevano ispirazione dal diritto romano e germanico.

venduto, per soddisfare le pretese creditorie. Un sistema così strutturato, se senza dubbio appare estraneo alla visione moderna del fallimento, rispondeva allora al timore, all'epoca ben fondato, che il mercante inadempiente facesse perdere ogni sua traccia, sottraendosi, più facilmente di quanto potrebbe accadere oggi, all'adempimento delle obbligazioni, assunte nell'esercizio del commercio.

L'*imprinting* sanzionatorio non subì variazioni nel *Code Napoléon* del 1807: fu Napoleone stesso, come si legge nei lavori preparatori, a volere che agli imprenditori insolventi venisse riservato un trattamento da pugno di ferro, in ragione della convinzione che ogni fallimento fosse un delitto, contro il credito e la proprietà. Solo una disciplina sufficientemente severa avrebbe potuto garantire un'adeguata tutela ai creditori e contribuito a far sorgere il sentimento di umiliazione e disgrazia nell'imprenditore insolvente. Conseguentemente, continuava ad essere praticato l'arresto immediato, che veniva protratto fino al termine delle indagini, relative alle ragioni dell'insolvenza; solo se si fosse accertato che il fallimento non fosse dipeso da un suo comportamento doloso, il debitore sarebbe stato rimesso in libertà.

Tuttavia, occorre precisare che l'impostazione del *Code* rispondeva all'idea che il sistema fallimentare dovesse realizzare non solo un'adeguata tutela per il ceto creditorio, ma anche un vero e proprio diritto dello Stato a punire il fallito con il pubblico disonore. Proprio nella tutela dell'economia e del credito si traduceva l'interesse statale, che veniva perseguito tanto risolutamente da finire per prevalere sull'originario obiettivo delle procedure concorsuali: la soddisfazione dei creditori. Il trattamento del debitore insolvente, infatti, doveva essere tale da garantire che, nei traffici commerciali, venisse riportato l'ordine. Il diritto fallimentare degli statuti delle corporazioni mercantili subiva, così, una forte pubblicizzazione, in ragione di quello slancio assolutistico che la Francia dell'Ottocento stava intraprendendo.

“In questo clima culturale venne elaborata la disciplina del concordato”², che allora non costituiva un’alternativa al fallimento, presupponendone la dichiarazione. Prima di poter intraprendere una soluzione concordata, infatti, dovevano essere stati apposti i sigilli, acquisite le attività ed accertato lo stato passivo: fare la massima chiarezza sulla consistenza del patrimonio del fallito integrava una condizione imprescindibile per assicurare adeguata tutela ai creditori. Tuttavia, seppur previsto nel *Code*, era evidente che il concordato visse in un clima di tendenziale sfavore, come dimostrato da almeno tre elementi della disciplina concordataria: la necessità della doppia maggioranza per l’approvazione (non solo di somme, come nella precedente *Ordonnance*, ma anche di teste); l’obbligo di sottoscrizione del concordato nella stessa assemblea in cui fosse stato approvato, a pena di nullità; l’effetto di obligatorietà per tutti i creditori solo in seguito all’omologazione da parte del Tribunale di commercio, rilasciata una volta valutate le opposizioni dei creditori dissenzienti. Il concordato veniva, così, circondato da una fitta serie di cautele e l’ultima parola lasciata al giudice. Non stupisce che, in questo scenario, gli accordi privati, tra debitore e creditori, venissero relegati ai confini della legalità, tollerati, ma mai pienamente approvati dal pubblico potere³. Ciononostante, essi continuavano ad essere praticati, costituendo l’unica possibilità per l’imprenditore insolvente di evitare l’arresto immediato e di andare incontro alla rigorosa disciplina del *Code*. I creditori si impegnavano a non denunciare al tribunale lo stato di insolvenza del debitore e concordavano una dilazione dei pagamenti dovuti, di modo che non venisse integrato il presupposto per la dichiarazione di fallimento, costituito dalla cessazione dei pagamenti.

² Così DI MARZIO F. e MACARIO F., *Autonomia dei privati e disciplina dell’insolvenza*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, XLIII, 2014, Giuffrè Editore, p. 551

³ In alcune codificazioni dell’epoca il tentativo di accordo con i creditori venne persino ritenuto sintomo di insolvenza.

1.2 Inediti spazi per l'autonomia privata nel Codice di commercio del Regno d'Italia del 1882

Quando, nel 1882, venne promulgato il codice del Commercio del Regno d'Italia⁴, la prova che gli accordi privati avessero continuato ad essere praticati nel corso dell'Ottocento poteva essere rinvenuta nell'art. 830, ove si prevedeva che “in ogni stadio della procedura di fallimento può aver luogo un concordato tra il fallito ed i suoi creditori, se tutti vi acconsentano”. Così, la legislazione italiana, nonostante la sopravvivenza di tratti repressivi e sanzionatori⁵, che avrebbe continuato a caratterizzarla fino a tempi relativamente recenti⁶, offriva una lettura critica del modello francese, prendendo atto della perseverante pratica degli accordi privati, che, seppur osteggiata, non si era mai del tutto sopita, e ripristinava la prevalenza delle finalità privatistiche su quelle pubblicistiche nella gestione della crisi d'impresa. Infatti, il cosiddetto *concordato amichevole*, disciplinato proprio dal summenzionato art. 830, dava dimostrazione di una rinnovata fiducia per le soluzioni negoziate tra i privati⁷ e di un nascente sentimento di sfiducia verso l'ingerenza del giudice nella gestione dell'insolvenza, in quanto possibile fattore di inefficienza⁸. Il contenuto del concordato amichevole, quindi, era

⁴ La prima normativa fallimentare italiana è, notoriamente, quella del 1865: essa, tuttavia, si limitava ad estendere a tutto il Regno d'Italia le soluzioni già adottate dal codice del Regno di Sardegna, che, a sua volta, traeva grande ispirazione dal *Code Napoleon*. Ai fini della presente indagine, risulta degna di nota la previsione dell'art. 615, ove era previsto il tentativo obbligatorio di concordato, quando “siavi probabilità di successo”. La disposizione non ebbe molta fortuna, poiché finiva, sovente, per provocare inutili ritardi; così venne espunta dal codice del 1882.

⁵ Vedi *infra*, Cap. I, par. 1.2.1, p. 8

⁶ Si pensi che la privazione del diritto di voto per il fallito verrà meno solo nel 2006

⁷ Il concordato amichevole traeva ispirazione dalla prassi dei concordati con funzione preventiva, stipulati, cioè, prima del fallimento e della cui legittimità nessuno dubitava, proprio perché fuori dal Tribunale la libera determinazione dei privati non subiva condizionamenti procedurali. Essi, tuttavia, dovevano sopportare il rischio di essere travolti da una successiva dichiarazione di fallimento, poiché, laddove ai contraenti fosse sfuggita l'esistenza di alcuni creditori, quest'ultimi sarebbero stati legittimati a procedere, affinché fosse dichiarato il fallimento del debitore inadempiente. Così DI MARZIO F. e MACARIO F., *Autonomia dei privati e disciplina dell'insolvenza*, cit., p. 559

⁸ Già la dottrina dell'epoca sottolineava come un più circoscritto intervento dell'autorità giudiziaria negli affari privati potesse garantirne una composizione maggiormente sati-

interamente lasciato all'autonomia privata: il debitore poteva proporre trattamenti differenziati per ciascun creditore, dando luogo ad una pluralità di contratti individuali, conclusi in vista dello scopo unitario della composizione dell'insolvenza⁹. Per la conclusione dell'accordo, comunque, era necessario ottenere il consenso di tutti i creditori e, solo laddove tale condizione fosse stata integrata, il concordato amichevole sarebbe stato in grado di determinare la chiusura del procedimento fallimentare, proprio perché espressivo di una comune volontà dei creditori in tal senso. In questi casi, il ruolo del tribunale si limitava ad una mera verifica della legalità e dell'unanimità del consenso, poiché l'approvazione prestata da ciascun creditore era ritenuta di per sé sola sufficiente a garantire adeguata tutela, senza necessità di ulteriori verifiche. In caso di esito negativo, invece, il curatore, il fallito, la delegazione dei creditori o tanti creditori che avessero rappresentato almeno la quarta parte del passivo, avrebbero potuto attivarsi affinché venisse intrapresa la strada del *concordato giudiziale*, contrapposto a quello amichevole, in quanto basato su di una approvazione a maggioranza e sull'omologazione del tribunale. I creditori non aderenti avrebbero potuto proporre opposizione entro otto giorni, ove avessero ritenuti lesi i loro interessi dal concordato approvato a maggioranza.

Altri spazi per l'autonomia privata erano delineati al Capo II del Titolo VI, dedicato all'istituto della *moratoria*, che, dato il tema della trattazione, non può che meritare un esame più approfondito.

sfattiva per i creditori e di gran lunga meno costosa. Così E. VIDARI, "Corso di diritto commerciale", IX, Milano, Hoepli, 1989, p.4

⁹ F. DI MARZIO e F. MACARIO, *op.cit.*, p. 558. Bisogna precisare che, se c'era unanimità di vedute nel considerare il concordato amichevole come un contratto di diritto privato, diverse erano le soluzioni date circa la questione sulla natura da attribuire al concordato medesimo. Secondo Bonelli si trattava di un "complesso di accordi modificativi o estintivi dei singoli rapporti di obbligazione"; per Vidari di un "contratto bilaterale *sui generis*, commerciale, stragiudiziale, per cui, da una parte i creditori rimettono volontariamente al debitore una porzione de' suoi debiti, e dall'altra, si nova la obbligazione di prima per la residua parte non rimessa, sostituendo alla causa primitiva una nuova causa di debito". Così, I.L. NOCERA, *Autonomia privata ed insolvenza: l'evoluzione delle soluzioni negoziali dai codici ottocenteschi al contratto sulla crisi di impresa*, in "Il diritto fallimentare e delle società commerciali", III - IV, 2014, CEDAM, p. 428

1.2.1 La normativa postunitaria sulla moratoria

La moratoria del codice del commercio consisteva in un istituto volto a concedere al debitore una dilazione nei pagamenti, in ragione del voto favorevole, espresso dai creditori. Il codice del commercio disciplinava due tipologie di moratoria: quella *post-fallimentare*, agli articoli 819 e ss., e quella *pre-fallimentare*, all'art. 827¹⁰. La seconda introduceva nella disciplina fallimentare un istituto di indubbia novità: si trattava, infatti, del primo strumento in grado di evitare la dichiarazione di fallimento, nonostante l'avvenuta cessazione dei pagamenti¹¹. In entrambi i casi, comunque, il commerciante doveva dimostrare di essere meritevole del beneficio della dilazione: ciò è testimoniato dall'art. 819, che, tra le condizioni necessarie per la concessione della moratoria, stabiliva che il commerciante dovesse “giustificare con valide prove che la cessazione dei pagamenti fu conseguenza di avvenimenti straordinari ed impreveduti o altrimenti scusabili, e dimostrare con documenti o con prestazioni d'idonee garanzie che l'attivo del suo patrimonio supera il passivo”¹². Inoltre, dovevano essere presentati i libri di commercio, regolarmente tenuti, il bilancio e l'elenco dei creditori. Quest'ultimi, poi, venivano convocati¹³ e, nel caso in cui avessero votato

¹⁰ Le due tipologie di moratoria avevano discipline affini, in quanto il quarto comma dell'art. 827 prevedeva che la moratoria *pre-fallimentare* venisse regolata dalle disposizioni dettate per la moratoria *post-fallimentare*, ove con essa non incompatibili.

¹¹ Nel primo codice postunitario, quello del 1865, non erano presenti strumenti che permettessero al commerciante che cessava i pagamenti di evitare il fallimento. La legge facilitava, mediante la regola maggioritaria, la conclusione di un accordo tra il fallito e i creditori, che, se regolarmente adempiuto, consentiva al fallito di evitare alcune delle conseguenze civili della dichiarazione di fallimento. Così, L.STANGHELLINI, *Il declino del concordato preventivo con cessione dei beni*, in “Giur. comm.”, 1993, I, p. 249

¹² La moratoria, nelle intenzioni del legislatore del 1882, doveva costituire uno strumento volto a fronteggiare le crisi transitorie e ad evitare che il commerciante inadempiente andasse incontro al più nefasto esito del fallimento.

¹³ In dottrina era discusso se, nel caso di moratoria *pre-fallimentare*, il giudice avesse avuto l'obbligo di convocare i creditori o se avesse potuto concedere la moratoria egli stesso, senza, cioè, l'interpello dei creditori. La questione nasceva in ragione della diversa dizione degli articoli 820 e 827: nel primo, infatti, si leggeva che il giudice “ordina” la convocazione dei creditori; nel secondo, che “può ordinare” suddetta convocazione. Come sostenuto da L. BOLAFFIO, in *Alcune questioni sull'istituto della moratoria*, in “Monitore dei tribunali”, XLI, 1886, Società editrice libraria, Milano, p. 945, la soluzione da preferirsi è quella volta a ritenere sbagliata la dicitura del dettato codicistico e, quindi, ne-

favorevolmente, il tribunale si sarebbe riservato di dichiarare la domanda ammissibile o meno¹⁴. In caso di esito positivo, al debitore veniva concesso un termine non superiore a sei mesi, prorogabile ad un anno, su consenso dei creditori, per il pagamento di tutti i debiti scaduti o per la stipulazione di un concordato amichevole coi creditori, relativo ad un riscadenziamento dei debiti o ad una loro remissione. La concessione della moratoria, inoltre, comportava il divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive, fino al giorno in cui la stessa fosse stata accordata¹⁵. La moratoria non aveva, in ogni caso, efficacia verso i creditori prelatizi e lo Stato, i cui diritti di credito rimanevano inalterati.

La moratoria fu un istituto che ebbe poca fortuna, in ragione dell'uso opportunistico che ne venne fatto al di fuori delle aule dei tribunali. La disciplina dettata dal legislatore del 1882, infatti, scontava una formulazione poca chiara, che lasciava spazio a molteplici dubbi applicativi e che determinò un utilizzo scarso e, spesso, distorto dello strumento in esame. La moratoria più praticata, quella pre-fallimentare¹⁶, raramente sfociava in fallimento, ma tale risultato dipendeva più dalla posizione di forza del commerciante che da un reale successo della procedura di per sé. Il debitore, infatti, finiva per utilizzare il periodo di dilazione accordatogli, non tanto per concludere una

cessaria, anche nel caso della moratoria *pre-fallimentare*, la convocazione dei creditori. Gli argomenti, riportati dall'autore a sostegno della propria tesi, sono molteplici ma mi limiterò a riportare i due, a mio avviso, più convincenti: nei verbali della Commissione che compilò il primo progetto del codice si legge che "la volontà dei creditori è preponderante negli argomenti che riguardano le garanzie dei loro diritti" e ciò mi sembra che renda incontrovertibile il fatto che la volontà del legislatore fosse favorevole alla convocazione dei creditori in ambo i casi; maggiore, poi, è la ragionevolezza di tale soluzione (quale motivo potrebbe giustificare l'assenza del voto dei creditori nella *moratoria pre-fallimentare* e non in quella *post-fallimentare*?).

¹⁴ Ciò dimostra come, anche in questa procedura, il ruolo del tribunale rimanesse penetrante e libero, potendo concedere la moratoria senza condizionamenti formali.

¹⁵ Tale forma di tutela non godeva, però, di effetto retroattivo e operava solo una volta che la moratoria fosse stata ottenuta. Ciò costituiva, sicuramente, un inconveniente per il debitore, che rimaneva privo di ogni protezione nel periodo tra la domanda e la concessione della moratoria. Tuttavia, come sottolinea L. BOLAFFIO, in *op. cit.*, tale era la lettera della legge ed una diversa interpretazione non sembrava essere ammissibile.

¹⁶ Quella post-fallimentare risultò uno strumento pressoché inutilizzato

liquidazione proficua dell'attivo¹⁷, quanto per stipulare con i creditori un accordo pesantemente remissorio, estorto con la minaccia di un fallimento ancor più rovinoso, perché tardivo¹⁸.

Circa vent'anni dopo la moratoria fu, quindi, soppiantata dal nuovo istituto del concordato preventivo, introdotto con la legge 21 maggio 1903, n. 197, che ne condivideva, in parte, i fini e cercava di eliminarne gli inconvenienti. Nel 1915, al solo scopo di far fronte alle insolvenze causate dallo stato di guerra, la moratoria veniva reintrodotta nell'ordinamento italiano, dal d.l.l. 739/1915. Solo il giudice aveva il potere di concederla, secondo il suo libero apprezzamento ed a prescindere dal parere espresso dai creditori.

Ad ogni modo, è opportuno precisare come, nonostante gli spazi riconosciuti all'autonomia dei privati, il codice del 1882 continuasse a scontare un'impostazione ancora fortemente afflittiva. Il fallito, infatti, rimaneva destinatario di un trattamento da criminale, di una sorta di vendetta sociale, consumata dallo Stato-giudice nei suoi confronti, e le numerose e severe sanzioni previste dal codice ne erano chiara dimostrazione. L'affissione del nome e del cognome del fallito nell'albo tenuto presso il Tribunale e le borse di commercio, il divieto di allontanarsi dal proprio domicilio, se non in seguito al permesso rilasciato dal giudice delegato, e l'abolizione del segreto epistolare erano solo alcune delle afflizioni previste per umiliare e punire il commerciante inadempiente. Tale impostazione non verrà meno né con la legge introduttiva del concordato preventivo né con la successiva legge fallimentare del 1942.

¹⁷ Durante i sei mesi di moratoria, infatti, difficilmente veniva raggiunto tale obiettivo, tanto più se si tiene conto del fatto che il punto di partenza della moratoria, quale la superiorità dell'attivo patrimoniale rispetto al passivo, come previsto nell'art. 819, raramente veniva accertato, finendo per essere un presupposto "fantastico".

¹⁸ Così L. BOLAFFIO, in *Il concordato preventivo e la procedura dei piccoli fallimenti*, in Riv. Dir. Comm., 1903, I (citato da L. Stanghellini, *op. cit.*)

1.3 Il ritorno al regime del rigore: la legge 10 luglio 1930, n. 665 ed il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267

All'avvento del regime fascista, la materia fallimentare ben prestava il fianco all'onda riformatrice dell'epoca, con il procedimento di fallimento che, relegando sullo sfondo il ruolo del giudice, "finiva per essere uno strumento quasi esclusivamente nelle mani dei creditori"¹⁹ e che, al contempo, non aveva dato buona prova di sé. Così, il 10 luglio 1930, sotto l'impulso dell'allora Ministro di grazia e giustizia, Alfredo Rocco, venne promulgata una riforma parziale della materia fallimentare, che portava con sé una vera e propria inversione di rotta: un prepotente ritorno delle finalità pubblicistiche, a discapito di quelle privatistiche, nella gestione della crisi d'impresa, determinava un forte ridimensionamento del ruolo dei creditori nella procedura di fallimento. La disciplina dettata per il procedimento fallimentare, tutta rivolta ad una corsa senza intralci verso la liquidazione del patrimonio del fallito²⁰, finiva, infatti, per ribaltare i ruoli degli attori della procedura fallimentare come fino ad allora disegnati: i creditori, da protagonisti attivi, venivano declassati a destinatari passivi di una tutela tutta in mano all'autorità giudiziaria, poiché, evidentemente, ritenuti incapaci di tutelare autonomamente i propri interessi, nonostante la presenza di un loro organo esponenziale (il comitato dei creditori), invero non rappresentativo, perché di nomina giudiziale²¹.

Tale impostazione non venne meno con il R.D. 267/1942, che, risentendo della visione autarchica e paternalistica, tipica del corporativismo fascista, disegnò una disciplina inquisitoria, ancora fortemente sanzionatoria e che, nonostante il coevo codice civile, lasciava ai margini del sistema concor-

¹⁹ Così L. STANGHELLINI, *La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942*, in G. Morbidelli (a cura di), *La cultura negli anni '30*, Passigli Editori, 2014, Firenze

²⁰ L'idea di fondo era quella di ritenere assolutamente necessaria l'espulsione dal mercato dell'imprenditore insolvente, nel più breve tempo possibile, onde evitare ogni possibile contaminazione

²¹ Così P. VELLA, *Il sistema concausale italiano ieri, oggi, domani (brevi note di fine anno)*, in *ilCaso.it*, Dicembre 2015, p. 4

suale il concetto di impresa²². Il carattere pubblicistico della normativa, rimasto indenne dalla riforma del 1930, trovava esplicita conferma nella relazione del Guardasigilli al Re, ove possiamo leggere come la finalità generale della legge fosse, non solo quella di riunire gli strumenti volti a gestire la crisi di impresa²³, ma anche, e soprattutto, quella di favorire “*una più energica tutela degli interessi generali sugli interessi particolari dei creditori e del debitore*”. La tutela dei creditori, infatti, veniva elevata ad altissimo interesse pubblico ed il Regio Decreto predisponendo tutti i mezzi affinché la sua realizzazione non venisse intralciata da alcun interesse particolaristico, del creditore o del debitore. Tale svolta pubblicistica determinava l'accrescimento dei poteri del Tribunale e del giudice delegato, a discapito, come nel 1930, del ceto creditorio. Invariata nella sostanza, poi, rimaneva la disciplina sanzionatoria rivolta al fallito, ove perduravano le affezioni proprie delle normative precedenti, fatti salvi alcuni ammodernamenti, dovuti, peraltro, alle diverse innovazioni apportate alla disciplina civilistica dell'impresa commerciale.

Dall'onda di severità dell'epoca non usciva indenne nemmeno il concordato preventivo: la via concordataria, infatti, veniva resa percorribile esclusivamente al debitore che fosse stato non solo “onesto e sfortunato”, ma anche in grado di soddisfare i creditori secondo i requisiti minimi stabiliti nella legge.

E' facile capire che, in un simile contesto, l'autonomia privata nella gestione della crisi d'impresa venisse grossomodo dimenticata dal nuovo sistema fallimentare, tutto incentrato nel momento pubblico del processo. Si era dif-

²² L'impresa, decantata come elemento innovativo del codice civile del 1942, sembra quasi scomparire nella legge fallimentare. Così F. DI MARZIO e F. MACARIO, *Autonomia dei privati e disciplina dell'insolvenza*, cit., p. 563

²³ Ormai si è consapevoli della necessità di affiancare al fallimento altri strumenti di composizione della crisi, quali il concordato preventivo, l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa, a seconda dei caratteri della crisi o del soggetto che vi è incorso. Tuttavia, in dottrina continua a parlarsi di “procedure minori”, poiché al centro della normativa c'è, comunque, la disciplina del processo di fallimento, tutta incentrata sull'espropriazione concorsuale, piuttosto che sulla regolazione concordata della crisi dell'impresa.

fusa la convinzione che la legge dovesse occuparsi in modo esclusivo della regolamentazione delle procedure concorsuali e che esse costituissero la soluzione preferibile per la composizione della crisi d'impresa. Di fronte allo stato di insolvenza, infatti, l'intervento dello Stato-giudice era ritenuto imprescindibile, assolutamente necessario per una corretta tutela del credito e della proprietà. A conferma di quanto detto può essere chiamata nuovamente la Relazione del Guardasigilli, ove si legge, al paragrafo 37, che le forme stragiudiziali di accomodamento "si risolvono in una sperequazione tra i creditori e spesso in disastro per il debitore" e che, con la modifica delle norme sul concordato preventivo, era auspicabile che tali pratiche venissero meno. Eppure, la via degli accordi stragiudiziali continuava a sopravvivere nelle prassi commerciali, all'ombra delle procedure concorsuali, nonostante fosse priva di ogni regolamentazione ed esponesse a rischio di azioni civili e penali i contraenti, in caso di insuccesso. I concordati stragiudiziali, infatti, garantivano massima riservatezza ed una maggiore efficienza nella gestione della crisi, in termini di celerità e di costi, essenzialmente perché vivevano avulsi dalle ingerenze giudiziali sulla gestione, che finivano sovente per portare inutili rallentamenti nonché conclusioni poco soddisfattive. La via dell'accordo privato tra creditori e debitore, invece, lasciando quest'ultimo nell'esercizio della propria impresa, garantiva maggiori possibilità che il tentativo di salvataggio fosse più aderente alle peculiarità, proprie di ciascuna situazione di crisi, e, sperabilmente, più soddisfacente per i creditori²⁴.

Tuttavia, non trovando la piena approvazione della dottrina e della giurisprudenza dell'epoca²⁵, gli accordi privati tra debitore e creditori continua-

²⁴ Un sistema fallimentare volto ad ostracizzare il debitore insolvente dalla procedura concorsuale finiva, infatti, per dimenticare un aspetto fondamentale per garantire un'adeguata tutela dei creditori, quale la conservazione dei valori produttivi e, conseguentemente, del patrimonio destinato alla loro soddisfazione.

²⁵ Come sottolinea I.L.NOCERA, *Autonomia privata ed insolvenza: l'evoluzione delle soluzioni negoziali dai codici ottocenteschi al contratto sulla crisi di impresa*, cit., p. 434, parte della giurisprudenza considerava i concordati stragiudiziali non meritevoli di tutela

vano a vivere nella segretezza ed assumevano, nell'opinione comune, un'accezione negativa. Spesso, infatti, il negoziato finiva per assicurare un vantaggio solo ai creditori più forti, che vi intravedevano lo strumento per massimizzare le possibilità di recupero del proprio credito ed ottenere pagamenti in spregio alla *par condicio*²⁶, mentre i piccoli creditori non venivano coinvolti in modo da renderli effettivamente partecipi, anche perché privi di adeguate informazioni. Per il debitore, invece, era fatale la forza attrattiva di una soluzione in grado di sottrarlo alla severità dell'allora vigente legge fallimentare, tanto da essere frequentemente indotto ad accettare anche condizioni vessatorie.

In un simile contesto, si finiva per dimenticare l'originario obiettivo per cui gli accordi stragiudiziali venivano conclusi, ovverosia l'eliminazione dello stato di insolvenza, rendendola soltanto un possibile esito, ma non lo scopo ultimo della loro stipulazione. Peraltro, l'assenza di regolamentazione lasciava irrisolti tutti quegli aspetti problematici relativi alla nuova finanza (naturalmente necessaria per la prosecuzione dell'attività), tra cui il riconoscimento della prededucibilità e la tutela da successive imputazioni per 'concessione abusiva del credito', che, evidentemente, concorrevano a rendere meno appetibile il ricorso alla via stragiudiziale.

Con il passare degli anni ed il profondo mutamento del contesto sociale ed economico in cui era nata, la legge fallimentare diveniva sempre più oggetto di letture adeguatrici, risultando anacronistica, soprattutto all'indomani dell'ingresso dell'Italia nella Comunità europea nonché muta dinanzi a tutte quelle istanze che non avevano trovato, nel tempo, adeguate risposte. La durata ed i costi delle procedure rivelarono un sistema sempre meno virtuoso, fonte di un'inutile compressione della libertà economica personale.

ed in fronde alla legge, in quanto elusivi delle procedure concorsuali. Essi venivano tollerati solo in relazione a situazioni in cui la crisi non era ancora sfociata in insolvenza, poiché, in caso contrario, si riteneva che l'imprenditore avesse un vero e proprio onere di rivolgersi all'autorità giudiziaria per la dichiarazione di fallimento.

²⁶ Così I.L.NOCERA., *op. cit.*, p. 435

1.4 L'avvio del cammino verso la privatizzazione dell'insolvenza: la riforma del 2005

La legge fallimentare del 1942 continuò a sopravvivere, pressoché immutata, per oltre sessant'anni, sfiorata da un lungo succedersi di interventi legislativi²⁷, ma mai coinvolta in una riforma sistematica delle procedure concorsuali. E' solo a partire dal 2005 che venne avviato un processo di progressiva, ma profonda, revisione dell'ormai vetusta normativa, una sorta di "rivoluzione copernicana"²⁸, proseguita anche negli anni immediatamente successivi²⁹. Le linee guida percorse dalla riforma possono essere sintetizzate in tre significativi punti: il primo consiste nell'evidente ripensamento dello stampo 'personal-sanzionatorio' della vecchia legge fallimentare, come testimoniato dall'eliminazione delle incapacità, cui il debitore insolvente era destinato a seguito della dichiarazione di fallimento, dal venir meno dei requisiti di meritevolezza per l'accesso alla procedura concordataria, nonché dall'introduzione dell'istituto dell'esdebitazione³⁰, concessa al fallito ove fossero state integrate le condizioni previste dalla legge. L'idea era quella di creare un contesto operativo più sereno, tale da incentivare una maggiore collaborazione, nella gestione della crisi d'impresa, da parte del debitore, non più intimorito dallo spettro delle sanzioni di stampo ottocentesco. In secondo luogo, si opta per un ridimensionamento del ruolo del giudice nel fallimento, favorendo un maggiore spazio di operatività al cura-

²⁷ Si pensi, ad esempio, agli interventi sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, quali la c.d. legge Prodi, poi Prodi-bis.

²⁸ Così venne definita la riforma dall'allora Ministro di giustizia, Roberto Castelli, e dal Presidente dell'ABI, Maurizio Sella.

²⁹ Un ruolo da spartiacque nella storia del diritto fallimentare deve essere riconosciuto al caso Parmalat, che contribuì a far sì che il problema dell'adeguatezza delle procedure di insolvenza italiane uscisse dalle sale ovattate dei convegni fra specialisti ed entrasse di prepotenza nel dibattito politico. Così L. STANGHELLINI, *La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942*, cit., p. 186

³⁰ Con un divario di ben trecento anni dalla tradizione anglosassone, ove l'istituto del *discharge* è presente dal 1705

tore e, soprattutto, al comitato dei creditori, i soggetti più interessati all'esito della procedura. Entrambi ereditano molte delle prerogative che fino ad allora erano state riservate al giudice, divenendo protagonisti attivi del sistema e limitando il ruolo del pubblico potere a controllore di regolarità e legalità, con esclusione delle relative valutazioni sull'opportunità e sulla convenienza economica degli accordi transattivi. Il terzo ed ultimo punto, ma il più rilevante ai fini della presente analisi, consiste nel potenziamento dell'autonomia privata nel quadro della gestione della crisi d'impresa³¹. Era evidente, ormai da tempo, che il fallimento, posto da sempre al centro del sistema concorsuale, non fosse stato in grado di dare i risultati sperati nel 1942: i valori aziendali raramente riuscivano ad essere preservati e, spesso, si finiva per andare incontro ad una diminuzione dell'attivo ed un aumento del passivo, durante il lunghissimo svolgimento della procedura fallimentare. L'eccessiva ingerenza dell'organo giudiziario comportava, poi, un visibile allungamento dei tempi e l'aumento dei costi.

La soluzione all'inefficienza delle procedure concorsuali venne ricercata in un potenziamento dell'autonomia privata nella gestione della crisi d'impresa, in ragione degli apprezzabili risultati raggiunti negli anni dai concordati stragiudiziali³². Il maggiore respiro, riconosciuto all'intervento dei creditori e debitore, può essere rintracciato in almeno due delle molteplici novità introdotte dalla riforma del 2005: da un lato, nella libertà nella formulazione della proposta di concordato, potendo esserne oggetto qualsiasi accordo con i creditori, a prescindere dalla percentuale di soddisfazione del 40% dei crediti chirografari e dal rispetto della *par condicio credito-*

³¹ Ruolo ulteriormente implementato nel corso degli anni successivi, ancorché nel contesto di un settore dell'ordinamento costantemente sottoposto alla tensione tra autonomia (libertà) e limiti (controlli). Così L. BALESTRA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, in "Il Corriere giuridico", IV, 2016, IPSOA, p. 449

³² Come sottolinea I.L. NOCERA, *op. cit.*, p. 406, la Banca d'Italia, sulla base di una ricerca svolta prima della riforma, riportava che le procedure giudiziali, a fronte di una durata media di settantadue mesi, maturassero quote di realizzo pari al 30%, mentre le convenzioni stragiudiziali consentissero di ottenere quote pari al 60%, in un periodo medio di diciannove mesi

*rum*³³; dall'altro, nelle modifiche alla disciplina dettata per l'azione revocatoria, lo strumento tradizionalmente volto ad evitare che un'eccessiva dilatazione dell'autonomia privata possa produrre effetti pregiudizievoli per il ceto creditorio in generale. In particolare, vengono dimezzati i termini del periodo sospetto ed introdotte numerose fattispecie di esenzione, tra le quali non possono che spiccare gli atti posti in essere in virtù di un piano di risanamento attestato o di un accordo di ristrutturazione del debito. Sono questi i nuovi strumenti che il legislatore del XXI secolo accorda ai privati, per evitare che la crisi d'impresa imbocchi la tradizionale strada della regolazione giudiziaria, con le sue lunghe tempistiche ed i macchinosi formalismi, affinché venga transitata, piuttosto, verso la gestione privata. Debitore e creditori hanno, così, la possibilità di stipulare un accordo, o un fascio di accordi, secondo le regole del diritto comune dei contratti, e, ove sussistano determinate condizioni, essi potranno essere omologati dal Tribunale ed acquisire una particolare efficacia, quale quella di esentare gli atti posti in essere dall'azione revocatoria e le parti contraenti da azioni per responsabilità civile o penale. Nell'accordo di ristrutturazione dei debiti, quindi, le parti agiscono nel pieno esercizio della loro autonomia contrattuale, stabilendo tempi e modalità della formazione dell'accordo³⁴, senza subire invasive procedimentalizzazioni ma, al contempo, venendo contornati da appropriate garanzie³⁵. Inoltre, l'ambito di operatività dei nuovi istituti è ampliato, perché anticipato ad una fase anteriore a quella della vera e propria insolvenza, lo stato di crisi³⁶.

³³ Da questo momento, infatti, è possibile un trattamento differenziato dei creditori, che possono essere suddivisi in classi, rispetto alle quali "l'unico" requisito da rispettare è quello dalla omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici

³⁴ Così I.L. NOCERA, *op. cit.*, p. 437

³⁵ Dell'esenzione da azione revocatoria e da azioni per responsabilità civile o penale, infatti, si può beneficiare solo in ragione dell'omologazione dell'accordo da parte del tribunale

³⁶ Lo stato di crisi costituisce il nuovo presupposto oggettivo anche della procedura concordataria ma la relativa nozione è stata tracciata dalla normativa del 2005 in modo sommario, venendo rimessa alla successiva opera dei giudici. La stessa verrà analizzata più in dettaglio *infra* (Cap. II, par. 2)

L'orientamento generale, ispiratore delle innovazioni del nuovo millennio, è quello di rendere il ricorso al fallimento l'*extrema ratio*, ponendo al centro del sistema concorsuale le soluzioni concordate, in grado di intervenire prima e, sperabilmente, meglio sulla crisi d'impresa³⁷. Si ribalta, dunque, la prospettiva officiosa della legge del '42, in base all'idea che l'impresa insolvente non sia sempre una "mela marcia" da espellere dal mercato e che le parti private, coinvolte nella crisi, siano i migliori tutori dei loro interessi³⁸.

Tuttavia, è opportuno precisare che anche questa nuova impostazione del sistema fallimentare non ha sempre dato ottima prova di sé. Gli spazi riconosciuti all'autonomia privata non di rado sono degenerati in usi abusivi dei nuovi strumenti: infatti, frequentemente, vi è stato fatto ricorso per fronteggiare situazioni in cui l'esito liquidatorio era pressoché inevitabile, cercando, piuttosto, di ritardarlo quanto più possibile. La speranza che gli imprenditori italiani facessero emergere precocemente la condizione di crisi dell'impresa si è infranta a fronte della scarsa attitudine a promuovere per tempo adeguati processi di ristrutturazione e dell'incapacità del ceto creditorio ad operare autonomamente nella gestione della crisi, come dimostrato dalla tendenza dei professionisti a cercare, costantemente, l'approvazione dei giudici, nello svolgimento delle procedure di composizione concordata. Anche il nuovo concordato preventivo non è stato dispensato da usi strumentali, lamentati anche da Confindustria, che lo definì come "un vantaggio competitivo per i peggiori". Si concretizzavano, così, almeno in parte, quei timori manifestati da Alfredo Rocco nel 1902, che parlava delle soluzioni concordatarie in termini tanto di beneficio, trattandosi, senza dubbio, di una "soluzione più rapida, più semplice e meno costosa del fallimento",

³⁷ Purtroppo, questo obiettivo è rimasto su carta: il fallimento ha continuato a costituire la procedura principale per far fronte alla crisi d'impresa, lasciando nell'ombra concordato preventivo e accordi di ristrutturazione.

³⁸ Così I.L. NOCERA, *op. cit.*, p. 436

quanto di pericolo, in ragione delle possibili “frodi da parte dei debitori di mala fede e di soprusi da parte dei creditori disonesti o rapaci”³⁹.

Prendendo atto degli usi strumentali, a cui si sono prestati gli accordi di ristrutturazione ed il concordato preventivo, all’indomani della riforma del 2005, il legislatore si è adoperato, affinché il baricentro del sistema concorsuale venisse nuovamente spostato verso un’orbita più severa rispetto a quella premiale, introdotta all’inizio del nuovo millennio. Nonostante i numerosi interventi legislativi, che si sono susseguiti nel corso del tempo⁴⁰, l’anno di svolta è stato sicuramente il 2015: infatti, con il decreto legge n. 83 (convertito, con modificazioni, in L. 6 agosto 2015, n. 132), da una parte, sono state introdotte delle modifiche incisive alla disciplina del concordato preventivo, in particolare con riferimento alla proposta, che, con un parziale ritorno al passato, vede reintrodotta una percentuale minima di soddisfazione per i creditori chirografari, nei concordati liquidatori⁴¹; dall’altra, hanno fatto ingresso, nel nostro ordinamento, nuovi strumenti per la gestione negoziata della crisi d’impresa, quali gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria, di cui all’art. 182 *septies*. Ciò dimostra come, nonostante la necessità di adeguati

³⁹ Come sottolinea M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in “Il Diritto fallimentare e delle società commerciali”, VI, 2015, CEDAM, p. 531, frequentemente si è assistito alla stipulazione di accordi e concordati in cui “importanti cespiti ed intere aziende sono passate di mano a fronte di modesti corrispettivi che hanno permesso di pagare ai creditori concorsuali solo infime percentuali”

⁴⁰ Mi sembrano emblematiche le parole di S. AMBROSINI, prefazione a “La nuova riforma del diritto concorsuale”, AA. VV., Giappichelli, Torino, 2015, che, con riferimento al susseguirsi di interventi normativi, ed, in particolare, a quello del 2015, definisce la materia fallimentare come “una nave senza cocchiere, che vira in pochi anni da una direzione all’altra in cerca di un approdo sicuro, ma in assenza di una bussola orientativa”. Ugualmente N. NISIVOCIA, *Il nuovo art. 182 septies l. fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?*, in “il Fallimento e le altre procedure concorsuali”, 2015, XI, Anno XXXVII, IPSOA, p. 1181, che scrive che lo spirito del legislatore degli ultimi anni sembra quello di “procedere per tentativi, sul presupposto che, a forza di aggiustamenti e di approssimazioni, prima o poi, la formula giusta sarebbe stata trovata”

⁴¹La percentuale di soddisfazione minima è fissata al 20% e dovrebbe garantire la serietà della proposta di concordato, onde evitarne un ricorso abusivo ed effetti eccessivamente penalizzanti per i creditori

presidi, la strada della ‘degiurisdizionalizzazione’, una volta battuta, non sia stata abbandonata, ma, piuttosto, potenziata. Di tale tendenza è evidente espressione, più di ogni altro strumento, la convenzione di moratoria, ove l’intervento dell’autorità giudiziaria è, pressoché, assente.

2. La Raccomandazione 135/2014/UE e il d.l. 83/2015

Le ragioni, che hanno portato all’emanazione del decreto legge dello scorso giugno, vanno ricercate, in realtà, non solo nel contesto nazionale, ma anche in quello europeo. La crisi economica, che negli ultimi anni ha colpito il mondo occidentale, infatti, aveva spinto, già da tempo, le istituzioni dell’Unione Europea ad adoperarsi per intervenire nella disciplina dell’insolvenza, con il principale obiettivo di armonizzare le legislazioni vigenti negli ordinamenti dei vari Stati membri. Infatti, seppur, a partire dagli anni 2000, si fosse registrata una generale tendenza degli ordinamenti europei a traghettare il diritto della crisi d’impresa “*from a law of morality to a law of continuity*”⁴², permanevano profonde differenze nelle discipline dei diversi Paesi. L’eterogeneità delle discipline determinava, a sua volta, un evidente aggravamento del fenomeno del *forum shopping*⁴³, a favore, soprattutto, di Francia ed Inghilterra, ove le procedure concorsuali sono, rispettivamente, meno costose e più liberali.

⁴² Così B. WESSELS, *Europe deserves a new approach to insolvency proceedings*, in “European company law”, IV, 2007, p. 253 (citato da Pacchi S., *La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all’insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE 848/2015*, in “Giustizia civile”, III, 2015, Giuffrè Editore, p. 538). Così come avvenuto in Italia, a partire dal 2005, anche gli altri ordinamenti europei si sono adoperati nel nuovo millennio per introdurre procedure sempre più conservative e sempre meno liquidatorie.

⁴³ Complice la crisi economica, le imprese erano e sono sempre più spinte a guardare al di là dei confini nazionali, per cercare sistemi normativi che offrano le migliori soluzioni per fronteggiare la crisi di impresa. Ciò avviene attraverso lo spostamento, fittizio o reale, della principale sede di affari (COMI), che integra una questione centrale per combattere il fenomeno di *forum shopping* suddetto.

I primi passi verso l'armonizzazione sono stati intrapresi dal Parlamento europeo, con la Risoluzione del 15 novembre 2011, rivolta alla Commissione europea e concernente la necessità di presentare “una o più proposte relative a un quadro giuridico dell'Unione in materia di insolvenza societaria”. La Commissione ha risposto, adoperandosi in due direzioni: da un lato, hanno preso avvio i lavori per la revisione del Regolamento n.1346/00⁴⁴, relativo alle procedure vigenti per i casi di insolvenza transfrontaliera; dall'altro, è stato intrapreso il cammino verso l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri in ambito di insolvenza, culminato, da ultimo, nella Raccomandazione del 12 marzo 2014. La scelta di adottare uno strumento normativo più *soft* è da giustificarsi alla luce del fatto che i tempi ed il contesto, in cui la novella disciplina europea avrebbe operato, non erano stati giudicati sufficientemente maturi per intraprendere una strada più rigorosa, quale quella della direttiva⁴⁵. La Raccomandazione, comunque, si propone due obiettivi: il primo consiste nel “garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce, in modo da evitare l'insolvenza”; il secondo è quello di assicurare una seconda opportunità agli imprenditori onesti che falliscono. I tempi per il raggiungimento di questi obiettivi erano stati fissati in termini piuttosto stringenti, giacché la Commissione si era riservata di valutare l'attuazione della Raccomandazione entro il 14 settembre 2015⁴⁶.

Nel frattempo, l'Italia ha provveduto, da un lato, ad istituire, nel gennaio 2015, un'autorevole Commissione, presieduta da Renato Rordorf, per una

⁴⁴ E che hanno portato alla promulgazione del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 2015/848/UE

⁴⁵ Questo orientamento è venuto meno in tempi molto recenti: il 22 novembre 2016, infatti, la Commissione ha presentato la proposta per una direttiva (2016/0359 COD) in materia di insolvenza, che verrà analizzata meglio *infra*, Cap. III, par. 3.

⁴⁶ Come si legge nell'allegato alla sopramenzionata proposta, i risultati raggiunti dagli Stati membri nell'attuazione della Raccomandazione 2014 non sono stati soddisfacenti, rilevandosi una generale inefficienza delle procedure e un'eccessiva divergenza tra le normative degli Stati membri.

riforma organica del sistema concorsuale, e, dall'altro, ad emanare il D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modifiche nella L. 6 agosto 2015, n. 132. Il decreto non è rimasto indenne da critiche, nonostante abbia segnato una svolta importante nel diritto concorsuale. In particolare, sono stati disapprovati il ricorso alla decretazione d'urgenza, per introdurre disposizioni che, forse, urgenti, non erano⁴⁷, nonché l'introduzione dell'ennesima modifica alla disciplina concorsuale, nonostante, nello stesso periodo, venissero alla luce i primi esiti dei lavori della Commissione Rordorf (che, proprio a fine luglio, cioè pochi giorni prima la conversione in legge del D.L. 83/2015, aveva varato una prima bozza di legge delega per la riforma organica del diritto fallimentare)⁴⁸. Inoltre, non sono state salutate con favore alcune delle modifiche apportate alla disciplina concordataria⁴⁹, quali la reintroduzione della soglia minima e del silenzio-diniego, che, come già detto *supra*, hanno segnato un parziale ritorno al passato e determineranno una sensibile diminuzione dei concordati che potranno essere conclusi⁵⁰. Tuttavia, è anche vero che il D.L. 83/2015 ha provveduto a rafforzare la via negoziale di composizione delle crisi, conformemente a quanto richiesto nella Raccomandazione del 2014, introducendo due nuovi strumenti, quali l'accordo di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria, entrambi previsti dall'art. 182 *septies*. Nella Rela-

⁴⁷ M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, cit., p. 531, salva il ricorso alla decretazione d'urgenza alla luce dell'uso distorsivo che, nel corso degli anni successivi al 2005, era stato perpetrato degli strumenti negoziali

⁴⁸ Ancora M. BIANCA, *op. cit.*, p. 544, giustifica questo sovrapporsi di attività di riforma della disciplina concorsuale in ragione di una presumibile volontà del Governo di tracciare una linea di indirizzo per la successiva legge delega

⁴⁹ Sicuramente positiva, invece, è stata la scelta di introdurre l'istituto delle offerte concorrenti, anche se, come scrive S. AMBROSINI, in *op.cit.*, p. 31, è dubbio che esse avranno quel "potere taumaturgico" che il legislatore sembra anettere loro, rispetto al problema della tempestiva emersione della crisi.

⁵⁰ In particolare, M. FABIANI, in *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in "Crisi d'Impresa e Fallimento", ilCaso.it, 2015, p. 5, sottolinea come queste modifiche siano state apportate, senza che venisse fornita un'adeguata base statistica sulla quale ragionare e, quindi, senza un'adeguata giustificazione.

zione illustrativa al D.L. 83/2015, infatti, si legge che essi costituiscono *attuazione della raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014, nella parte in cui prevede che «per rendere più efficace 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» (paragrafo 20)*⁵¹. In particolare, il legislatore italiano ha deciso di riservare l'operatività degli strumenti del novello art. 182 *septies* ad una precisa categoria di creditori, quali banche ed intermediari finanziari⁵².

Con gli accordi di ristrutturazione del debito, di cui all'art. 182 *bis* L.F., gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria, di cui all'art. 182 *septies* L.F., si può ritenere, quindi, che la legislazione italiana si trovi sufficientemente in linea con quanto richiesto dalla normativa europea, anche alla luce del fatto che questi strumenti possono essere attivati in una fase precoce, precedente a quella della vera e propria insolvenza, individuata, dal nostro legislatore, nello stato di crisi.

⁵¹ Secondo M. PERRINO, *Gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, in www.osservatorio-oci.org, ottobre 2016, p. 17, il richiamo al ventesimo considerando è improprio rispetto agli strumenti di cui all'art. 182 *septies* L.F.. Secondo l'A., infatti, la Raccomandazione “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 non siano coinvolti, sembra piuttosto attagliarsi allo schema generale degli accordi di ristrutturazione, con la suddivisione fra creditori aderenti e creditori estranei all'accordo, i secondi da soddisfare integralmente”. Osservazioni simili valgono, a *fortiori*, per la convenzione di moratoria: la Relazione illustrativa, infatti, ancora anche la disciplina di questo istituto alla Raccomandazione 2014/135/UE, ove l'estensione del vincolo alla minoranza dissenziente è subordinato al vaglio omologatorio da parte dell'autorità giudiziaria. Tale elemento, però, non è ravvisabile nella fattispecie in esame, poiché l'intervento del tribunale è meramente eventuale, in quanto subordinato all'esperimento, da parte del creditore dissenziente, del giudizio di opposizione.

⁵² Si vedranno *infra* (Cap. II, par. 1) i motivi che giustificano tale scelta restrittiva. Essi, tuttavia, vengono meno nel disegno di legge delega Rordorf, ove l'operatività degli istituti dell'art. 182 *septies* è previsto che venga estesa anche a soggetti diversi da banche ed intermediari finanziari.

2.1 Cenni veloci al d.l. 59/2016

Per completezza, sembra opportuno ricordare l'ultima modifica intervenuta sul R.D. 267/1942. Il decreto legge 3 maggio 2016, n. 59, convertito in L. 29 giugno 2016, n. 119, contiene una serie di disposizioni relative, prevalentemente, alla materia processual-civilistica e solo un articolo incide direttamente sulla disciplina concorsuale. Si tratta dell'art. 6, che, aggiungendo singole disposizioni a quelle attualmente vigenti, mira a realizzare un'accelerazione nello svolgimento delle procedure concorsuali. Tale finalità è perseguita dando la possibilità di ricorrere agli strumenti telematici in diverse occasioni, indicate nelle lettere a), b) e d) dell'art. 6 medesimo e consistenti nella costituzione del comitato dei creditori (art. 40), nello svolgimento dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo (art. 95) e nell'adunanza per l'ammissione alla procedura di concordato (art. 163,2° co.). Infine, la lettera c) introduce una nuova giusta causa di revoca del curatore, individuata nel mancato rispetto del termine quadrimestrale per la ripartizione dell'attivo, di cui all'art. 110 L.F., che si affianca a quella già presente per il mancato rispetto dei termini previsti dal programma di liquidazione.

2.2 I progetti di riforma futuri: *rinvii*

Nella pendenza dello scritto, dapprima, a novembre 2016, è stata promulgata da parte della Commissione europea la *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti*, e poi, a febbraio 2017, ha ricevuto l'approvazione della Camera dei Deputati la *Proposta di Legge Delega per la riforma delle procedure concorsuali*, che passa ora all'esame del Senato. Trattandosi di progetti che, all'indomani della rispettiva trasmutazione in direttiva e decreto legislativo, interesseran-

no l'intero settore del diritto fallimentare, proponendone entrambi importanti cambiamenti, si è ritenuto opportuno riservare loro un'apposita sezione di questo elaborato, ovverosia il terzo capitolo, dedicato, per l'appunto, alle prospettive di prossima evoluzione del diritto fallimentare.

3. Nuovi approcci alla crisi d'impresa: due novelli strumenti *ex art. 182 septies* L.F.

Presa coscienza, da un lato, dello scarso e, non di rado, abusivo utilizzo che, negli anni successivi al 2005, era stato fatto degli strumenti alternativi al fallimento, nonché, dall'altro, delle spinte europee verso una gestione sempre meno eteronoma della crisi d'impresa, nel 2015, come si è detto, il nostro ordinamento ha accolto una nuova riforma della normativa fallimentare e, con essa, l'introduzione di due innovativi strumenti: l'accordo di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria, previsti ambedue dall'art. 182 *septies* L.F.. I nuovi istituti operano in modo molto simile: entrambi, infatti, si rivolgono esclusivamente a banche ed intermediari finanziari ed entrambi prevedono l'estensione degli effetti dell'accordo, intervenuto con la maggioranza di tale categoria di creditori, nei confronti della minoranza dissenziente, con espressa deroga ai principi istituzionali in materia contrattuale. Tale estensione è possibile purché siano state rispettate determinate condizioni, identiche per ambo gli istituti, e, solo nel caso degli accordi di ristrutturazione, che sia intervenuta l'omologazione da parte del tribunale. La sostituzione della regola dell'unanimità con quella della maggioranza (particolarmente) qualificata è la vera novità della norma e deriva dall'esigenza di superare un fenomeno piuttosto diffuso nella gestione concordata della crisi d'impresa, quale quello del *free-riding*. L'esperienza applicativa dell'art. 182 *bis*, infatti, aveva dimostrato come, al cospetto della crisi d'impresa, gli interessi dei creditori siano tutt'altro che indifferenziati, risultando talora confliggenti, al punto da

compromettere il buon esito della negoziazione⁵³. Molto spesso, l'accordo, faticosamente raggiunto con parte dei creditori, finiva per naufragare di fronte al dissenso degli istituti di credito più piccoli o dei fornitori minori: questi difficilmente si prestavano ad accordare dilazioni di pagamento o concedere nuova finanza, contrariamente a quanto i creditori maggiori si dimostravano pronti a fare. Tale rifiuto, tuttavia, seguiva una logica assolutamente razionale: i piccoli creditori, infatti, erano consapevoli che, sfilandosi dalle trattative, nella maggior parte dei casi, avrebbero determinato i creditori maggiori a farsi carico delle loro esposizioni, minori, pur di evitare i più poveri risvolti del concordato preventivo e del fallimento. In altre parole, non di rado i creditori più esposti si dimostravano pronti a subire nell'immediato sacrifici piuttosto elevati, tra cui l'accollo dei crediti minori, pur di evitare il naufragio della crisi in insolvenza. Tuttavia, in altri casi, la strategia dei creditori minori non imboccava la strada prospettata, giacché i costi della crisi finivano per essere tanto elevati da non potere essere sostenuti da una sola parte dei creditori. Il dissenso della minoranza determinava, così, l'avvio del fallimento o del concordato preventivo, strumenti che, "seppur resi più efficienti dalle recenti modifiche, comportano, comunque, costi diretti ed indiretti più elevati rispetto alla soluzione stragiudiziale", come si legge nella Relazione illustrativa al d.l. 83/2015. L'obiettivo ultimo della norma in esame è, quindi, quello di facilitare la conclusione di accordi tra i principali e più robusti creditori dell'impresa in crisi e di impedire che singole posizioni, aventi un peso non impattante, possano pregiudicare l'operazione⁵⁴. La minaccia dell'estensione coattiva dell'accordo, raggiunto con la maggioranza dei creditori, anche ai dissenzienti, dovrebbe determinare, infatti, una partecipazione più attiva (e meno "strategica") dei credito-

⁵³ Così B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in "Il Diritto fallimentare e delle società commerciali", VI, 2015, CEDAM, p. 517

⁵⁴ Così L. PROVARONI, *Accordo di ristrutturazione e convenzione di moratoria: effetti per i creditori finanziari dissenzienti*, in "Corriere Tributario", 2016, I, IPSOA, p. 75

ri minori, annientare il *free-riding problem*⁵⁵ ed incentivare il ricorso a tale tipologia di accordi.

Occorre precisare che l'idea di introdurre accordi vincolanti per una determinata categoria di creditori, anche in assenza del loro consenso unanime, non è una creazione originale del nostro ordinamento. Infatti, nella sopramenzionata Relazione illustrativa è scritto espressamente che gli istituti dell'art. 182 *septies* traducono le esperienze, rispettivamente francese ed inglese, della "*sauvegarde financière accélérée*" e dello "*scheme of arrangement*", dai quali aveva tratto ispirazione, invero, anche la Raccomandazione europea del 2014.

3.1 Le influenze internazionali: lo *Scheme of arrangement*

Lo *scheme of arrangement* è un istituto del diritto inglese ed è disciplinato dagli artt. 895 – 901 del Companies Act 2006, la legge sulle società, vigente, dal 1 ottobre 2009, in Inghilterra ed in Galles. La sua collocazione tra le norme di diritto societario ed il fatto che non rientri nell'ambito di applicazione del Regolamento UE 2015/848⁵⁶ sono elementi che di per sé soli suggeriscono come lo *scheme* non sia qualificabile come una vera e propria procedura d'insolvenza⁵⁷. Per di più, ne sono ulteriore riprova sia il fatto

⁵⁵ Come rileva M. PERRINO, *Gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, cit., p. 16, il fenomeno del *free riding* è tanto più grave perché produce effetti subottimali non solo per i creditori coinvolti nella gestione della crisi, ma anche per l'economia in generale. Infatti, forzare i maggiori finanziatori ad accollarsi le esposizioni minori o, ove ciò non sia possibile, a intraprendere le più rigide procedure concorsuali, significa rendere più difficoltoso e oneroso il risanamento dell'impresa in crisi, con maggiori costi per l'intero sistema.

⁵⁶ Il documento contiene la rifusione del Regolamento 1346/2000 e detta disposizioni (anche) in ambito di insolvenza transfrontaliera

⁵⁷ Per le società, le procedure di insolvenza (*corporate insolvencies*) sono previste dall'*Insolvency Act 1986* e sono: la *Compulsory Liquidation*, la *Creditors' voluntary liquidation*, l'*Administration* e il *Company Voluntary Arrangement (CVA)*. Nonostante non sia possibile, in questa sede, un esame approfondito della disciplina di ciascun istituto, è importante sottolineare come tutte e quattro le procedure siano connotate dalla tendenza a ridurre al minimo l'intervento del giudice, costoso ed improduttivo, soprattutto in

che tale strumento non presupponga la sussistenza dello stato di crisi, affinché sia possibile farvi ricorso, sia l'utilizzo che ne è stato fatto nel corso degli anni: infatti, solo da tempi relativamente recenti (in particolare, all'indomani della crisi finanziaria globale), è invalso il ricorso allo *scheme* per scopi concernenti la ristrutturazione del debito. Una simile finalizzazione è stata promossa solo negli ultimi decenni poiché, nel corso degli anni '80 e '90, la dottrina anglosassone si dichiarava tendenzialmente contraria all'idea che questi strumenti potessero essere efficacemente utilizzati per la ristrutturazione del debito delle società in crisi.

Lo *scheme of arrangement*, d'altronde, non è altro che un accordo che interviene tra la società⁵⁸ ed i suoi creditori⁵⁹ o i suoi soci (o classi⁶⁰ di creditori o di soci). Il suo contenuto non è predeterminato dalla legge e nel corso degli anni è stato arrangiato a diversi contesti⁶¹, come quelli di fusioni, scissioni, riorganizzazioni interne e acquisto di azioni. I giudici inglesi, peraltro, hanno promosso una lettura ampia del significato di *arrangement* e di *compromise*⁶², comprendendovi tutti quei casi in cui l'accordo registri ele-

termini di tempistiche. Questa caratteristica rispecchia la tradizione giuridica anglosassone, da sempre tesa a prediligere la gestione consensuale della crisi d'impresa.

⁵⁸ Intendendosi per tale una *company* che possa essere liquidata ai sensi dell'*Insolvency Act 1986*. Non è quindi necessario che la società proponente sia già sciolta, in corso di liquidazione o abbia cessato la propria attività, ma è sufficiente che possa essere sciolta in futuro, se versasse in tali condizioni. Così F. IODICE, *Scheme of arrangement tra Raccomandazione della Commissione e riforma del regolamento sulle procedure di insolvenza*, in "il Fallimento e le altre procedure concorsuali", 2015, X, Anno XXXVII, IPSOA, p. 1096

⁵⁹ Il termine "*creditor*" è stato interpretato in modo ampio dalle corti inglesi, includendovi chiunque abbia una pretesa economica verso la società che, una volta divenuta esigibile, costituisca un debito per quest'ultima. Si fa riferimento, quindi, ai creditori esistenti, futuri e condizionati.

⁶⁰ La divisione in classi è fatta radunando coloro "*whose rights are not so dissimilar as to make it impossible for them to consult together with a view to their common interest*"

⁶¹ Lo *scheme* è frequentemente utilizzato, soprattutto nella prassi internazionale, per i finanziamenti cd. *in pool*, concessi, cioè, da più banche o intermediari finanziari, congiuntamente tra loro (e tali da permettere agli operatori di ottenere liquidità eccedente il merito creditizio individuale). Di regola, per la modifica dei termini di tale tipologia di finanziamento è richiesta l'unanimità dei consensi; lo *scheme* costituisce lo strumento per ottenere la modifica, raggiungendo soltanto il 75% dei consensi.

⁶² Espressioni entrambe usate dall'art. 895 del *Companies Act*, ma di cui non è data una precisa definizione

menti di mutuo scambio, le cosiddette *features of “give and take”*, escludendo, di contro, i casi in cui il contenuto si limiti a contemplare una confisca o una rinuncia ad una pretesa. Tuttavia, si tratta di un accordo connotato da una particolare caratteristica: lo *scheme of arrangement* è in grado, infatti, di vincolare la minoranza dissenziente, laddove venga approvato dalla maggioranza semplice *per capita* dei creditori interessati e, contestualmente, da quella pari al 75% del valore dei crediti. Tale percentuale è calcolata facendo riferimento esclusivamente a coloro che sono coinvolti nello *scheme*; pertanto, se i diritti di alcuni creditori o soci non sono toccati dall'accordo, non è necessario cercare la loro approvazione. La possibilità di scegliere quali soci o creditori coinvolgere costituisce uno dei vantaggi più evidenti dell'istituto in esame. D'altronde, come contrappeso, è previsto che l'efficacia dello *scheme* possa essere estesa solo all'interno di una determinata classe, nel senso che non può essere autorizzato uno *scheme* votato sfavorevolmente da più del 25% dei creditori appartenenti ad una classe. Affinché lo *scheme* diventi vincolante anche per la minoranza dissenziente, è necessario che sia seguito un procedimento, strutturato in tre fasi. La prima, prevede che venga presentata al Tribunale un'istanza per la convocazione dell'assemblea dei soci o dei creditori⁶³, interessati dallo *scheme*, affinché possano valutarlo e votarlo. Una volta che si siano svolte tali riunioni, l'accordo, se è stato approvato a maggioranza da tutte le classi, viene sottoposto all'autorizzazione del giudice. Occorre precisare che quello del Tribunale non è un vaglio meramente formale, poiché il medesimo può decidere di non approvare lo *scheme*, nonostante il raggiungimento delle maggioranze richieste, ove ciò risulti necessario per tutelare gli interessi della minoranza⁶⁴.

⁶³ Passaggio assente, invece, negli istituti dell'art. 182 *septies*

⁶⁴ Potrebbe accadere, ad esempio, che uno o più creditori di una classe abbiano promesso di votare favorevolmente lo *scheme*, ottenendo in cambio dei benefici finanziari, non offerti agli altri creditori. Così J. PAYNE, *Debt restructuring in English Law: lessons from*

Come accennato sopra, lo *scheme of arrangement* ha riscosso una certa popolarità anche tra i debitori provenienti da Paesi diversi dal Regno Unito; onde evitare abusi, le Corti inglesi hanno elaborato, nel tempo, alcuni requisiti, necessari affinché anche le imprese non inglesi possano farvi ricorso. In particolare, è richiesto che la società proponente abbia una “*sufficient connection*” con l’Inghilterra. Tuttavia, per soddisfare tale requisito non è necessario che siano presenti degli *asset* della società proponente nel territorio inglese, ma può essere ritenuto sufficiente che, ad esempio, il debito da ristrutturare sia regolato da un contratto di finanziamento soggetto al diritto inglese, pur in assenza di altro legame con l’Inghilterra⁶⁵. D’altro canto, i giudici inglesi hanno dimostrato una certa riluttanza a dichiararsi competenti in merito ad uno *scheme* proposto da una società straniera, laddove ci sia il rischio che il provvedimento di omologa non sia riconosciuto nel Paese in cui la società proponente ha la propria sede legale, svolge la propria attività di impresa o si trovano i suoi creditori.

Uno svantaggio, scontato dallo *scheme*, è la sua incapacità di attivare una moratoria delle pretese creditorie, nel corso delle trattative e nella pendenza delle due udienze, necessarie per estendere la vincolatività degli effetti dell’accordo. Durante questo lasso di tempo, che dura, al minimo, tre le sei e le otto settimane, ciascun creditore potrà attivarsi individualmente, con tutti i rimedi esperibili contro la società, per soddisfare le proprie pretese. Per evitare che la società rimanga esposta alle azioni esecutive dei singoli creditori, gli operatori hanno iniziato a proporre gli *scheme of arrangement*

the US and the need for reform, in University of Oxford legal research paper series, n.89/2013, febbraio 2014

⁶⁵ Tuttavia, è opportuno dar conto del fatto che nelle pronunce più recenti la tendenza delle Corti inglesi ad affermare la propria giurisdizione sugli *schemes* proposti da società straniere sembra aver subito una battuta d’arresto. Ne sono riprova i casi *Van Gansewikel Groep*, ove è stato affermato che il valore dei crediti o il numero dei creditori coinvolti nello *scheme* dovessero avere “*a certain ‘weight’*”, e *Global Garden Products*, per cui non è stata ritenuta sufficiente la sottoscrizione, da parte del solo debitore, della clausola attributiva la competenza sullo *scheme* alle Corti inglesi.

nell'ambito dell'*Administration*, una delle procedure concorsuali dell'ordinamento inglese, il ricorso alla quale comporta, appunto, il beneficio del *moratorium*.

3.2 ...e la *sauvegarde financière accélérée*

La *sauvegarde financière accélérée* (SFA) costituisce una variante dell'istituto della *sauvegarde accélérée*, a sua volta sottotipo della *sauvegarde de droit commun*. Quest'ultima costituisce una delle procedure collettive⁶⁶, previste dal diritto francese, ma opera in una fase anteriore a quella della vera e propria insolvenza, definita, dal legislatore francese, come "l'impossibilità del debitore di far fronte al passivo esigibile con l'attivo disponibile". Il debitore⁶⁷, che intenda fare ricorso alla *sauvegarde*, quindi, deve trovarsi, non già in uno stato di decozione formale, ma in una situazione in cui, con tutta probabilità, senza una riorganizzazione della sua azienda, nel breve periodo non sarà più in grado di assolvere gli obblighi di pagamento. La sussistenza di questo stato deve essere dimostrata dal debitore, che intenda accedere alla *sauvegarde*⁶⁸, e viene valutata dal Tribunale; laddove risulti che, al momento della presentazione della domanda di ammissione alla procedura, il debitore si trovi già in stato di decozione, la procedura verrà convertita, automaticamente, in un *Redressement judiciaire*⁶⁹. La *sauvegarde* è stata introdotta nel 2005 e consiste essenzialmente in un

⁶⁶ Tra queste, oltre alla *sauvegarde*, si annoverano anche il *redressement judiciaire* e la *liquidation judiciaire*

⁶⁷ Alla *sauvegarde* possono accedere i "commercianti" (ossia chi è iscritto al Registro del Commercio e delle Società e compie "atti di commercio" - *acte de commerci* -, così come definiti nel dettaglio dall'art. 121-1 del Codice del Commercio), gli agricoltori, gli artigiani, i liberi professionisti e le Società con personalità giuridica, sia con che senza scopo di lucro. Solo il debitore può dare avvio alla procedura, che quindi rimane preclusa all'iniziativa dei creditori, a differenza delle procedure di liquidazione.

⁶⁸ Il debitore deve dichiarare la natura delle difficoltà incontrate e le ragioni per cui non è in grado di superarle ed allegare i documenti richiesti dal *Code de Commerce*

⁶⁹ La procedura si svolge in termini analoghi alla *sauvegarde* ma presuppone, appunto, l'avvenuta *cessation des paiements*

periodo di osservazione⁷⁰ del funzionamento dell'impresa, da parte di un gruppo di esperti, nominati dal Tribunale, durante il quale vengono sospese le azioni esecutive, avviate su iniziativa individuale dei creditori, ed elaborate delle soluzioni, volte a consentire alla società di superare il periodo di crisi, garantendo la prosecuzione dell'attività d'impresa ed il mantenimento dei livelli occupazionali. Al termine dei sei mesi di sorveglianza, viene proposto un piano di risanamento ai creditori, salvo che, durante suddetto periodo, siano state superate le difficoltà finanziarie, che giustificavano l'accesso alla procedura, si sia verificata la cessazione dell'attività o siano state avviate le procedure di ristrutturazione o di liquidazione. La *sauvegarde accélérée*, come anticipato poco sopra, è una variante della *sauvegarde* ordinaria⁷¹ e se ne differenzia, *in primis*, come suggerisce la stessa denominazione, per la più breve durata del periodo di osservazione, limitato, infatti, a soli tre mesi. La minore durata di questa procedura si giustifica in ragione del fatto che, mentre nella procedura di *sauvegarde de droit commun* il piano di risanamento deve essere elaborato nel corso del periodo di osservazione, nella *sauvegarde accélérée* deve essere approvato il piano già redatto durante la procedura di conciliazione⁷², in cui la *sauvegarde accélérée* si inserisce. Alla *sauvegarde accélérée*, infatti, si fa ricorso allorché, in sede di *conciliation* medesima, non sia stato possibile raccogliere l'unanimità dei consensi dei creditori, coinvolti dalla proposta di *conciliation*, avanzata dal debitore. L'istituto in esame permette, quindi, di forzare l'adesione della minoranza dissenziente, cosicché divenga possibile

⁷⁰ Di durata pari a sei mesi, rinnovabili per un massimo di diciotto

⁷¹ Alla *sauvegarde accélérée*, infatti, si applicano le disposizioni dettate per la *sauvegarde* ordinaria, salvo che siano espressamente derogate

⁷² Si tratta di un istituto volto ad evitare che il debitore vada incontro allo stato di cessazione dei pagamenti od a permettergli di superarlo, ove vi sia già incorso (purché da poco tempo), sotto la guida di un professionista (il *conciliateur*), che, tuttavia, non può ingerirsi nella gestione dell'impresa

la realizzazione del piano, che abbia già raccolto l'approvazione della maggioranza dei creditori, in sede di *conciliation*⁷³.

Al momento di presentazione della domanda di accesso alla procedura⁷⁴, il debitore deve adeguatamente dimostrare la fattibilità del piano nonché l'impossibilità di superare la situazione di crisi, in assenza dell'approvazione di tutti i creditori coinvolti. Il tribunale valuta la domanda di ammissione, in ragione della relazione redatta dal conciliatore e relativa allo svolgimento della *conciliation* e delle prospettive di adozione del piano di risanamento. Ove il Tribunale accolga la domanda di ammissione, dovrà decidere sul *plan de sauvegarde*, approvato dai due terzi dei creditori coinvolti, entro il termine di tre mesi. Il suo intervento è necessario, evidentemente, per garantire adeguata tutela agli interessi dei creditori dissenzienti.

Oltre al fatto di inserirsi in una procedura di conciliazione e avere, proprio per questo, durata minore, ci sono anche altri aspetti a segnare una serie di ulteriori differenze tra la procedura di *sauvegarde accélérée* e quella di diritto comune. In primo luogo, i debitori devono avere caratteristiche tali da poter essere qualificati come "grandi imprese"⁷⁵ e possono trovarsi anche in stato di insolvenza, purché tale condizione non si sia manifestata da oltre quarantacinque giorni⁷⁶. Inoltre, è necessario che il debitore abbia provveduto alla formazione di classi di creditori, adempimento che, invece, non è richiesto nella procedura ordinaria.

⁷³ Proprio il fatto che il piano sia già stato elaborato ed abbia già ottenuto un certo numero di consensi rende verosimile la sua adozione in tempi brevi e giustifica, pertanto, la minore durata della procedura.

⁷⁴ Anche nella *sauvegarde accélérée*, il potere di presentare la domanda è riservato al debitore

⁷⁵ In particolare si deve trattare di aziende che redigano il bilancio consolidato e che abbiano un numero di dipendenti superiore a venti o il cui fatturato sia superiore a tre milioni di euro netti.

⁷⁶ Questo proprio perché la procedura di *sauvegarde accélérée* si inserisce in una *conciliation*, che, come suddetto, opera anche nei casi in cui si sia già realizzato lo stato di *cessation des paiements*

La *sauvegarde financière accélérée* costituisce, ormai, una variante della *sauvegarde accélérée*, nonostante sia stata introdotta ben quattro anni prima di quest'ultima, nel 2010. La *sauvegarde financière accélérée* opera in modo essenzialmente analogo alla *sauvegarde accélérée*, intervenendo, tuttavia, solo sui rapporti intercorrenti tra l'impresa in crisi e le banche od altri intermediari finanziari e, in certi casi, gli obbligazionisti. In questo modo rimangono inalterate le più delicate relazioni, intraprese con i fornitori, co-sicché, da un lato, non ne risenta il rapporto di fiducia reciproca, stretto tra quest'ultimi e l'impresa⁷⁷, e, dall'altro, non si paventi il rischio di una serie di fallimenti a catena. Di conseguenza, la maggioranza qualificata dei due terzi, necessaria per l'adozione del piano, dovrà essere raggiunta con riferimento esclusivo ai crediti degli intermediari finanziari coinvolti nel *plan de sauvegarde*, riuniti in un unico comitato. Inoltre, occorre precisare che la procedura ha una durata ancora più breve di quella della *sauvegarde accélérée*, essendo limitata ad un solo mese, ed è riservata a quelle imprese che abbiano almeno centocinquanta dipendenti o venti milioni di fatturato.

3.3 Caratteristiche comuni e differenze

Come accennato poco sopra, gli strumenti di cui all'art. 182 *septies* presentano alcuni tratti comuni (quali, si ricorda, l'identità dei destinatari dell'accordo, cioè banche ed intermediari finanziari, l'estensione coattiva degli effetti dell'accordo ai creditori dissenzienti e le condizioni che devono necessariamente essere rispettate per ottenere suddetta estensione, salva l'omologazione da parte del tribunale, necessaria solo per l'accordo di ri-

⁷⁷ Il fatto che la procedura necessiti dell'intervento del tribunale e richieda l'adempimento di alcuni oneri pubblicitari, mina la riservatezza degli accordi, che dovrebbero concludersi tra i creditori e l'impresa. Tuttavia, se la domanda di ammissione viene accolta, ci sono buone probabilità che il piano di risanamento venga approvato e che la soluzione alla crisi venga realizzata nel breve periodo.

strutturazione) ed è sostanzialmente questo il motivo della comune previsione nella medesima norma.

Ciò che invece differenzia i due istituti sono le finalità perseguite ed il contenuto degli accordi, aspetti, evidentemente, dipendenti l'uno dall'altro. La finalità ultima dell'accordo di ristrutturazione, infatti, è quella di trovare una risposta definitiva allo stato di crisi; di conseguenza, il contenuto potrà consistere in qualsiasi meccanismo in grado di ottenere una ristrutturazione dell'indebitamento⁷⁸. La convenzione di moratoria, invece, attraverso una dilazione dell'esigibilità del credito, concede al debitore un determinato lasso di tempo, per decidere quale soluzione proceduralizzata, tra quelle previste dalla legge fallimentare, intraprendere. Essa, quindi, non è volta a dare una risposta definitiva allo stato di crisi⁷⁹, in cui si trova l'impresa, limitandosi, piuttosto, "a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti".

Questione molto dibattuta è quella relativa all'inquadramento degli accordi di cui all'art. 182 *septies*. In ragione del meccanismo di estensione coattiva degli effetti dell'accordo, infatti, taluni hanno avanzato perplessità sulla natura contrattuale degli strumenti della norma in esame, rilevandone una contaminazione con il concordato preventivo, tanto forte da poter determinare l'applicazione delle norme concordatarie per tutte le questioni non espressamente disciplinate dall'art. 182 *septies*⁸⁰. Altra parte della dottrina⁸¹,

⁷⁸ La legge non chiarisce quale sia il significato di ristrutturazione, ma si ritiene che essa possa comprendere qualsiasi modalità di soddisfazione dei creditori, diversa da quella originariamente pattuita, come dilazioni, riduzioni o modifiche al tasso di interesse

⁷⁹ Come sottolinea L.M. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in ildirittodegliaffari.it, p. 17, la dilazione dell'esigibilità del credito, "se può rientrare nel più ampio concetto di ristrutturazione del debito (in senso atecnico), non impedisce il ricorso alle procedure concorsuali, vere e proprie, in una fase successiva"

⁸⁰ Così M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, cit., p. 537, che parla di una decisiva svolta degli istituti dell'art. 182 *septies* in direzione di vere e proprie procedure concorsuali; L. VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in "Crisi d'Impresa e Fallimento", ilCaso.it, 2015, p. 1 – 12, che sottolinea che nell'accordo di ristrutturazione "speciale" si verifichi un ribalta-

invece, ha provveduto a qualificarli come procedure ibride, in cui convivono elementi di matrice contrattuale e tratti marcatamente concorsuali. Relativamente agli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari, l'orientamento maggioritario⁸² ritiene, piuttosto, che si tratti di una

mento nella regola di formazione del consenso, che prende forme simili a quelle proprie del concordato preventivo; M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, in "il Fallimento e le altre procedure concorsuali", 2015, XII, Anno XXXVII, IPSOA, p. 1269, che rileva come nei novelli strumenti vi siano elementi da sempre estranei all'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis, ove l'unica forzatura derivante dal decreto di omologazione del tribunale consiste in una breve moratoria dei debiti scaduti. Negli accordi dell'art. 182 septies, invece, la forzatura del creditore finanziario non aderente è più marcata, venendo la sorte del suo credito armonizzata con quella di altri creditori omogenei, tanto che l'inquadramento di questi accordi, al di fuori del perimetro delle procedure concorsuali, dovrà essere ripensato. R. RANALLI, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in *ilFallimentarista.it*, 23 luglio 2015, p. 1., che ritiene che gli accordi, di cui all'art. 182 septies, nonostante nascano "mutuando buona parte delle regole dell'art. 182 bis", ne stravolgano parzialmente la natura, assumendo contenuti prevalentemente concorsuali, con l'assoggettamento della minoranza dei creditori bancari alla decisione della maggioranza; M. PERRINO, *Gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, cit., p. 18, che scrive che l'accordo di ristrutturazione con BIF sia, in estrema sintesi, "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 banche ed intermediari finanziari".

⁸¹ Così D. VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in "Giustizia Civile", 2015, VII, Giuffrè, p. 3 e L. PROVARONI, *op. cit.*, p. 75

⁸² Così F. LAMANNA, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015: accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in *ilFallimentarista.it*, 29 giugno 2015; N. NISIVOCCIA, *Il nuovo art. 182 septies l. fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?*, in "il Fallimento e le altre procedure concorsuali", 2015, XI, Anno XXXVII, IPSOA, p. 1183, che sottolinea come, rispetto agli strumenti di cui all'art. 182 septies, si sia "pur sempre all'interno della procedura o dell'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, la cui disciplina – tuttavia – viene arricchita da alcune previsioni ulteriori, in relazioni a due ipotesi particolari: quella in cui l'imprenditore abbia debiti verso banche ed intermediari finanziari, *in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo*, e quella in cui l'accordo abbia ad oggetto una *moratoria temporanea dei crediti, nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari*"; L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 452, che scrive che l'art. 182 septies è volto a disciplinare – oltre alle convenzioni di moratoria – una variante degli accordi di ristrutturazione dei debiti, per l'appunto quelli con banche ed intermediari finanziari, nei casi in cui l'impresa abbia debiti nei confronti di detti soggetti in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo; A. NIGRO, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria*, in Testo della relazione al convegno di Reggio Emilia (23 Ottobre 2015) su "Le nuove procedure di composizione della crisi", che ritiene inaccoglibili le tendenze, favorevoli a ricondurre gli accordi di cui

species del genus (o di un *subgenus*) degli accordi di ristrutturazione ordinari, operativi in un'area più ristretta, cioè quella in cui le passività bancarie sono quantitativamente prevalenti. Per la convenzione di moratoria, invece, taluni hanno riscontrato una forte vicinanza con gli strumenti di cui agli artt. 182 *bis*, 6° co. e 161, 6° co., in ragione del fatto che, al pari di queste iniziative, essa mira a consentire all'impresa di guadagnare il tempo necessario per predisporre una compiuta risposta alla situazione di difficoltà⁸³.

Tuttavia, si ritiene più convincente quell'orientamento secondo il quale

«per quanto la previsione di un meccanismo di “concordato coattivo”, operante tanto nell'accordo di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari, tanto nella convenzione di moratoria, offra un appiglio ai sostenitori della tesi “concorsualistica” dell'accordo, è il richiamo agli artt. 1372 e 1411 c.c. a riportare, nelle mani dei sostenitori della teoria contrattualistica, un'arma interpretativa di pari, se non maggiore, rilievo. Se il legislatore ha sentito il bisogno di richiamare tali articoli, per spiegare le motivazioni del dispiegarsi degli effetti dell'accordo anche nei confronti dei non aderenti, è evidentemente perché muove dall'implicito presupposto che quell'accordo abbia natura contrattuale, e non procedurale né concorsuale. Dunque, continua a trattarsi di un fenomeno meramente negoziale, rispetto al quale i creditori finanziari non aderenti o dissenzienti non diventano parti, essendo unicamente esposti agli effetti della stipulazione compiuta dagli aderenti»⁸⁴.

all'art. 182 septies nell'alveo delle procedure concorsuali, poiché mancano alcuni connotati tipici di tali procedure, “quali: la regolamentazione coattiva della generalità dei rapporti debitore – creditori; l'imposizione di vincoli sull'intero patrimonio del primo; la costituzione di un particolare centro di competenza che subentri al debitore o ad esso si affianchi”.

⁸³ Così M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, in “Crisi d'Impresa e Fallimento”, ilCaso.it, 2016, p. 3. E' da escludersi, invece, un rischio di sovrapposizione tra convenzione di moratoria e piano attestato di risanamento, di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d). Nonostante il secondo, similmente al primo, possa prevedere una semplice dilazione dei debiti e intervenire con i soli creditori finanziari, i due strumenti rimangono distinti in virtù della loro propria finalizzazione. Il piano attestato, infatti, fa parte, insieme all'accordo di ristrutturazione ed al concordato preventivo, dei mezzi previsti dalla legge fallimentare per individuare una soluzione alla crisi d'impresa non provvisoria, “bensì durevole, perseguendo il risanamento e il riequilibrio dell'impresa in crisi”. Così M. PERRINO, *op. cit.*, p. 24.

⁸⁴ Così G. FALCONE, *La nuova disciplina delle “convenzioni di moratoria” e l'intervento del professionista attestatore*, in “Il Diritto fallimentare e delle società commerciali”, VI, 2015, CEDAM, p. 565.

4. La convenzione di moratoria

Solo a partire dal 2015, la moratoria costituisce una categoria normativa a sé stante, ma il ricorso a siffatta tipologia di accordi realizzava una prassi molto diffusa, già da diverso tempo⁸⁵. Tali contrattazioni, infatti, sono uno strumento pressoché imprescindibile nella composizione stragiudiziale della crisi d'impresa: esse assicurano al debitore la possibilità di disporre di un periodo di tempo sufficiente, per decidere quale soluzione proceduralizzata, tra fallimento, concordato preventivo, accordi di ristrutturazione o piani attestati di risanamento, sia la più corretta per far fronte allo stato di crisi, in cui è incorsa l'impresa⁸⁶. Disporre di questo lasso di tempo, mantenendo invariato lo *status quo* per un periodo concordemente definito, costituisce un'utilità essenziale per una corretta gestione dello stato di crisi, per diverse ragioni.

Da una parte, la varietà di strumenti, che la legge ha posto a disposizione dell'imprenditore per cercare di risolvere la crisi della sua impresa, può rivelarsi, oltre che un beneficio (per l'impresa ed i suoi creditori), anche un ulteriore carico di responsabilità, sui soci, nelle società di persone, e

⁸⁵ G. FALCONE, *op. cit.*, p. 562, osserva, infatti, che la convenzione di moratoria può considerarsi un istituto nuovo “solo nel senso che a partire dalla riforma del 2015 l'accordo di moratoria è anche una categoria normativa, sebbene di fatto il fenomeno regolamentato [...] sia già largamente corrente nella prassi”

⁸⁶ La dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che alla convenzione possano far seguito tutte le diverse soluzioni, previste nella legge fallimentare, fermo restando il fatto che il ricorso allo strumento in esame può essere anche fine a se stesso, libero, cioè, da qualsiasi vincolo ad intraprendere, successivamente, una delle soluzioni suddette. Nessuna finalizzazione in tal senso è prevista dalla legge ed anzi, frequentemente, è posta, in questa tipologia di accordi, una clausola di salvaguardia, ove si prevede che la sottoscrizione della moratoria non costituisce un impegno a stipulare, successivamente, un accordo di ristrutturazione o un piano di risanamento. La convenzione, peraltro, potrebbe essere di per sé sola idonea a liberare risorse sufficienti per pagare regolarmente i creditori estranei all'accordo e per rimuovere, quindi, lo stato di crisi. Proprio per questo, la convenzione di moratoria può offrire una soluzione prodromica ad altro strumento per far fronte allo stato di crisi, ma non ne costituisce parte integrante (al contrario dell'accordo di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari).

sull'organo amministrativo, in quelle di capitale⁸⁷. Questo perché, se sono sindacabili la condotta dell'amministratore, che tarda a reagire di fronte alla situazione di crisi, nonché la sua scelta di porre in essere un percorso finalizzato a ritardare il fallimento, ugualmente non può escludersi una responsabilità per l'inadeguatezza dello strumento prescelto, se tale inadeguatezza fosse valutabile *ex ante*⁸⁸. Di conseguenza, le responsabilità che possono discendere da uno scorretto approccio alla crisi, o troppo interventista o troppo attendista, avevano determinato l'insorgere di prassi, in base alle quali gli imprenditori stipulavano, nelle more dell'operazione di risanamento prescelta, accordi che garantissero una "tregua" con i maggiori creditori, volti ad evitare che si realizzasse, nel frattempo, un ulteriore deterioramento dei valori dell'impresa e che lo stato di crisi evolvesse in un'insolvenza irreversibile. In particolare, nei casi in cui l'accordo fosse stato stipulato con le banche creditrici, la finalità ultima era quella di evitare che gli intermediari finanziari tenessero atteggiamenti tali da compromettere la continuità dell'attività d'impresa, come quelli riconducibili alla revoca degli affidamenti esistenti o all'imposizione di ostacoli al mantenimento della normale operatività delle linee di credito. Il disposto dell'art. 4 del codice di comportamento ABI, in ragione del quale le banche si impegnano a tenere comportamenti in buona fede, sin dall'apertura del tavolo delle consultazioni, e, in particolare, a non utilizzare la notizia della riunione al fine di modificare la propria situazione in fatto (affidamenti, acquisizione o realizzo di garanzie) verso l'impresa o il gruppo, non pare essere determinante in simili contesti. Il codice, infatti, opera solo in caso di indebitamento bancario significativo e nessuna sanzione è prevista in caso di sua violazione, senza tener conto, poi, che esso può essere agevolmente violato, senza eclatanti atti di

⁸⁷ Così M. FABIANI, *Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi*, in "Il Fallimento e le altre procedure concorsuali", 2014, X, Anno XXXVII, IP-SOA, p. 965

⁸⁸ M. FABIANI, *ivi*, p.966

revoca degli affidamenti, semplicemente ponendo ostacoli operativi all'utilizzo delle linee stesse⁸⁹.

Dall'altra parte, soluzioni, come quelle dell'art. 182 *bis*, 6° co. e del concordato in bianco, che garantiscono la possibilità di disporre di un "ombrello protettivo", prima di avviare la strada, rispettivamente, dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo, presentano ombre tali che la loro introduzione, nel nostro ordinamento, non ha intaccato, comunque, il ricorso alle convenzioni innominate di moratoria. Infatti, l'istanza di sospensione dell'art. 182 *bis*, 6° co., da un lato, richiede la predisposizione di un'ampia mole di documenti (il che presuppone che l'imprenditore abbia già individuato i termini dell'operazione di ristrutturazione) e, dall'altro, ha una durata protettiva tutto sommato contenuta (pari a sessanta giorni, cui va sommato il periodo – che non dovrebbe eccedere i trenta giorni – intercorrente tra la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e la data dell'udienza)⁹⁰. Anche per la domanda di concordato in bianco può porsi un problema di tempi, atteso che il termine per il varo della proposta e del piano di concordato o, in alternativa, dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (da fissarsi, da parte del tribunale, in un periodo compreso tra sessanta e centoventi giorni, prorogabili per non più di ulteriori sessanta) potrebbe risultare insufficiente, con la precisazione che, a quel punto, l'indolore fuoriuscita dalla protezione potrebbe andare incontro a seri ostacoli, almeno quando il Pubblico Ministero – reso edotto, dapprima, dello stato di crisi del ricorrente e poi della sua incapacità di presentare una soluzione nei termini stabiliti – si attivi per la dichiarazione di fallimento⁹¹. Inoltre, il debitore potrà compiere atti di straordinaria amministrazione solo se urgenti ed autorizzati dal tribunale (il che realizza, comunque, uno spossessamento, seppur

⁸⁹ Così R. RANALLI, *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182 septies*, in "il Fallimento e le altre procedure concorsuali", 2016, XVIII-XIX, Anno XVIII, IPSOA, p. 890

⁹⁰ Così M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, p. 11

⁹¹ M. AIELLO, *Ibidem*

attenuato), i debiti vengono a scadenza ed il passivo viene cristallizzato (in virtù del disposto degli artt. 168 e 169), con conseguente impossibilità di pagare i creditori pregressi, salva la possibilità di ottenere l'autorizzazione di cui all'art. 182 *quinquies*, 5° co.. Inoltre, a prescindere del tipo di ricorso che si intende depositare, inevitabili sono alcuni effetti che si riverbereranno sui rapporti con gli istituti di credito: laddove sia richiesta una protezione giudiziale, infatti, il rapporto corrente sarà allocato quantomeno tra quelli qualificati come "inadempimento probabile".

All'indomani del prospettarsi della crisi, quindi, si apre una fase delicatissima ed anche quello che può apparire un comportamento prudente potrebbe poi rivelarsi una scelta rischiosa, poiché dietro la porta d'ingresso finisce per disvelarsi un pertugio⁹². Proprio per questo, molti operatori hanno continuato, anche dopo il 2012, a fare ricorso a metodi di composizione della crisi stragiudiziali (tra cui le convenzioni innominate di moratoria), il cui contenuto non fosse predeterminato per legge⁹³. Decidere di intraprendere una strada di questo genere avrebbe permesso, certamente, di stipulare accordi ritagliati in modo quanto più aderente allo scenario di crisi, in cui sarebbero stati chiamati ad operare, ma avrebbe altresì finito per scontrarsi con il comportamento ostruzionistico, tipico dei creditori minori, analizzato pocanzi. Di conseguenza, con l'introduzione della convenzione di moratoria, il legislatore del 2015, da un lato, ha finalmente preso coscienza di prassi negoziali, pressoché costanti nella gestione della crisi d'impresa, e, dall'altro, ha cercato di dare una risposta al problema che, frequentemente, le colpiva, quale quello del *free riding*, inserendo nel nuovo negozio giuridico un importante elemento di novità, a livello di efficacia soggettiva: l'estensione coattiva degli effetti dell'accordo.

⁹² L'espressione è di M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., p. 1270

⁹³ Sperabilmente, solo nei casi in cui non versassero già in una situazione, tale da imporre l'accesso immediato ad una procedura concorsuale

CAPITOLO II

LA CONVENZIONE DI MORATORIA: ESEGESI DELLA NORMA

1. I protagonisti della convenzione di moratoria: imprenditore, banche ed intermediari finanziari

Affinché sia possibile fare ricorso alla fattispecie di cui all'art. 182 *septies*, quinto e sesto comma, è necessario, anzitutto, che l'accordo venga stipulato tra un soggetto, qualificabile come debitore, ed una particolare categoria di creditori, quali banche ed intermediari finanziari. Con questa precisazione si intende sottolineare come non sia possibile beneficiare degli effetti, di cui all'art. 182 *septies*, con riferimento ai c.d. accordi "interni", vale a dire, stipulati fra i soli creditori finanziari, essendo necessario che una delle parti sia qualificabile come debitore. La precisazione non è scontata, soprattutto alla luce del fatto che, sovente, la maggior parte delle clausole di questa tipologia di accordi riguarda i rapporti intercorrenti, non tra debitore e creditori, ma quelli fra i creditori medesimi. Il maggiore interesse delle banche a negoziare un accordo di moratoria, infatti, è quello di congelare le posizioni reciproche, di modo che nessuna fra di loro tenti di avvantaggiarsi, rispetto alle altre, sfruttando, magari, delle asimmetrie informative⁹⁴.

Sia il debitore che i creditori, inoltre, devono soddisfare particolari requisiti. Per quanto riguarda il primo⁹⁵, è evidente che debba trattarsi di un soggetto

⁹⁴ Così M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., p. 1272. Anche R. RANALLI, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, cit., p. 5, sottolinea come la convenzione di moratoria costituisca uno strumento volto "a consentire un primo rapido intervento, per evitare fughe in avanti da parte di talune banche"

⁹⁵ Come sottolinea N. NISIVOCCIA, *Il nuovo art. 182 septies l. fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?*, cit., p. 1183, l'art. 182 *septies* non parla di "imprenditore" ma di "impresa", il che testimonia la direzione intrapresa dal nostro legislatore, ver-

che adempia le condizioni di cui all'art. 1 L.F, ovvero sia qualificabile come un imprenditore assoggettabile alla disciplina fallimentare. Per quanto riguarda i secondi, tra i creditori sono esclusivi destinatari della convenzione di moratoria le banche e gli intermediari finanziari⁹⁶, ossia quei soggetti che sono iscritti, in ragione del disposto dell'art. 106 del Testo Unico Bancario, nell'albo unico degli intermediari finanziari e siano legittimati, di conseguenza, ad esercitare, professionalmente, nei confronti del pubblico, le attività di concessione di finanziamenti, di assunzione di partecipazioni e d'intermediazione, così come definite dal Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, del 17 febbraio 2009, n. 29. E' opportuno precisare che in questa categoria sono da ricomprendere anche le società che svolgono attività di *leasing*, in ragione del disposto dell'ultimo periodo, del settimo comma dell'art. 182 *septies* (ove si prevede che non sia considerata “nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati”).

A coloro che non presentino tali requisiti, ovviamente, non è preclusa la facoltà di sottoscrivere accordi di moratoria con il debitore che si trovi in stato di crisi, ma questi non saranno rilevanti ai fini dell'applicazione della disciplina di cui all'art. 182 *septies*. In altre parole, i creditori diversi da banche o intermediari finanziari rimangono (almeno per il momento) indifferenti alle novità introdotte nella norma sopramenzionata e per i negozi dagli stessi conclusi non sarà possibile invocare il meccanismo di estensione coattiva degli effetti dell'accordo, utile a forzare la volontà della

so la separazione, sotto ogni profilo (concettuale e funzionale) fra l'impresa e l'imprenditore. Secondo M. PERRINO, *Gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, in www.osservatorio-oci.org, ottobre 2016, invece, il fatto che si parli di impresa, anziché di imprenditore, è frutto, più che altro, di disattenzione redazionale

⁹⁶ La rubrica dell'art. 182 *septies* si riferisce, invero, esclusivamente agli intermediari finanziari ma tale formulazione non solleva particolari problemi: nella categoria degli intermediari finanziari, infatti, sono ricomprese, altresì, le banche.

minoranza dissenziente, rimanendo vigente la disciplina generale del contratto e, quindi, necessario il rispetto del principio dell'unanimità.

Il motivo della limitazione soggettiva, all'operatività della convenzione di moratoria alle sole banche ed intermediari finanziari, è da ricercare in un dato fattuale, almeno alla luce di quanto scritto nella Relazione illustrativa al d.l. 83/2015. Ivi, infatti, si legge che l'impresa che si trovi in una situazione di tensione finanziaria riesca, nella maggior parte dei casi, a superare lo stato crisi "con il solo intervento dei creditori finanziari"; per questo, nella pratica sono più frequenti le operazioni di salvataggio in cui il debitore si interfaccia "non con la generalità dei creditori, ma soltanto con le banche".

Mi sembra incontrovertibile il fatto che, attualmente, il peso dell'indebitamento delle imprese italiane con le banche renda quest'ultime i principali (e, talvolta, gli unici) interlocutori del debitore, nella gran parte delle operazioni di ristrutturazione⁹⁷. Tuttavia, quello richiamato dalla Relazione illustrativa non è che un dato statistico che, per quanto fotografi in maniera fedele una caratteristica dell'attuale realtà economica⁹⁸, finisce per ancorare l'operatività della fattispecie di cui all'art. 182 *septies* ad un numero di casi inferiore, rispetto a quello a cui, astrattamente, potrebbe attagliarsi. Infatti, se esistono situazioni in cui l'impresa può uscire "dalla situazione di tensione finanziaria, con il solo intervento dei creditori finanziari", parimenti esistono, seppur meno frequentemente, casi in cui la soluzione allo stato di crisi richiede l'intervento anche dei creditori diversi dai finanziatori.

⁹⁷ Infatti T. M. UBERTAZZI, *Accordi di moratoria, convenzioni interbancarie e bancarie nei risanamenti di imprese: profili civilistici e qualificatori*, in "Contratto e Impresa", 2015, II, CEDAM, p. 340, sottolinea che gli accordi con le banche rivestono, tra tutti quelli che l'impresa stipula, per superare la situazione di crisi, un ruolo principale, perché, senza l'intervento di questi istituti, l'operazione di *turnaround* non può riuscire

⁹⁸ M.AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, cit., p. 15

Di conseguenza, poiché l'attuale realtà imprenditoriale non sembra offrire un riscontro univoco alla scelta legislativa del 2015, giustificazioni più calzanti potrebbe essere rinvenute volgendo lo sguardo ad aspetti diversi dal dato fattuale poc'anzi menzionato.

Seguendo la lettera della Relazione illustrativa, potrebbe sembrare determinante l'ispirazione che, nella stesura dell'art. 182 *septies*, è stata tratta dall'esperienza francese: l'operatività della *sauvegarde financière accélérée*, infatti, è limitata ai soli *créanciers financiers*. Tuttavia, ritengo che nemmeno l'analisi comparatistica possa risultare decisiva ai presenti fini. Infatti, è opportuno ricordare come, nell'ordinamento francese, sia possibile ricorrere ad un istituto con caratteristiche pressoché analoghe a quelle della *sauvegarde financière accélérée*, quale la *sauvegarde accélérée*, per cui non è prevista alcuna limitazione di tipo soggettivo, mentre altrettanto non può dirsi in relazione agli strumenti dell'art. 182 *septies*. Inoltre, l'altro istituto, da cui il legislatore italiano ha tratto ispirazione, lo *scheme of arrangement*, non prevede alcuna limitazione di tipo soggettivo, giacché è possibile ricorrervi per stipulare accordi con ogni tipologia di creditore.

Potrebbe rilevare, allora, il fatto che, implicando gli accordi di cui all'art. 182 *septies* la compressione della volontà dei dissenzienti, si sia inteso riservare tale effetto, potenzialmente pregiudizievole⁹⁹ per chi lo subisca, esclusivamente ad una categoria – quale, per l'appunto, quella degli intermediari finanziari – che, per le proprie intrinseche qualità, sia in grado, più delle altre, di sopportare le conseguenze dell'assoggettamento a un

⁹⁹ Come si vedrà meglio *infra* (Cap. II, par. 5.1), salvo alcune opinioni contrarie, la dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che gli effetti della convenzione, che si intenda estendere a terzi, non possano essere qualificati come sfavorevoli, in ragione del giudizio di *cram down* che il tribunale è chiamato a svolgere, in sede di opposizione. Il sesto comma della norma in esame, rinviando al terzo periodo del quarto comma, prevede, infatti, che il giudice accerti, tra le altre, che i creditori vengano “soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili”

regime contrattuale non condiviso¹⁰⁰. Tuttavia non può sottacersi che la novella normativa è stata scritta, prevedendo garanzie in grado di assicurare una tutela adeguata (almeno a parere di chi scrive) alle posizioni della minoranza dissenziente e volta a scongiurare l'evenienza che la maggioranza disponga in modo arbitrario dei diritti altrui¹⁰¹. La finalità ultima degli strumenti di cui all'art. 182 *septies*, infatti, è quella di superare irragionevoli ostruzionismi, eventualmente tenuti dalla minoranza del ceto creditorio, in sede di accordi stragiudiziali con il debitore in crisi, non quella di legittimare possibili scelte opportunistiche della maggioranza.

Allora, le ragioni, poste a giustificazione della limitazione soggettiva dei possibili destinatari della convenzione nonché degli accordi di ristrutturazione, credo che possano essere altre. In primo luogo, è probabile che si sia ritenuto opportuno circoscrivere il superamento della regola dell'unanimità, a favore dell'introduzione del principio maggioritario, ai soli accordi che vengono conclusi con banche ed intermediari finanziari perché è proprio in quest'ambito che più frequentemente si manifestano problemi di *free riding*. Di conseguenza, l'attuale limitazione soggettiva potrebbe essere giustificata in virtù di una logica di azione diretta a "procedere con cautela, per gradi"¹⁰². Il superamento del principio consensualistico in una fattispecie negoziale (ove si condivida la tesi qui proposta) non è, infatti, cosa di poco conto. In secondo luogo, un altro motivo rilevante potrebbe consistere nel fatto che nella prassi delle

¹⁰⁰ Così M. AIELLO, *op. cit.*, p. 16

¹⁰¹ Atteso che il contenuto della convenzione si limiti ad una dilazione del credito (ed, al più, al mantenimento della disponibilità delle linee di credito autoliquidanti, nei limiti del loro utilizzo, al momento di stipulazione dell'accordo) l'attestazione del professionista (in possesso dei requisiti di cui all'art. 63, terzo comma, lett. d)), la necessità che i creditori, cui si intende estendere gli effetti dell'accordo, abbiano posizione giuridica ed interessi economici omogenei e la possibilità per quest'ultimi di proporre opposizione, mi paiono garanzie sufficienti ad assicurare adeguata tutela ai creditori recalcitranti, a fronte di una simile tipologia di accordi.

¹⁰² A. ZORZI, *L'accordo di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari (art. 182 septies l. fall.): le categorie di creditori e l'efficacia nei confronti dei non aderenti*, articolo in corso di pubblicazione in "Fallimento", 2017.

soluzioni alla crisi d'impresa è stato rilevato come questa tipologia di creditori abbia la tendenza a non esprimere in modo manifesto il proprio dissenso agli accordi proposti, quanto, piuttosto, a rimanere inerte. Di conseguenza, la previsione normativa potrebbe rivelarsi utile, più che a fini coercitivi, in termini prospettici, nel senso che l'eventualità di poter essere vincolate da una decisione a maggioranza dovrebbe indurre le banche a tenere comportamenti, prima che collaborativi, attivi, cioè a non rimanere inerti ed indifferenti davanti ad una proposta di ristrutturazione o di riscadenziamento del debito. Tuttavia, credo che il motivo determinante la circoscrizione dell'operatività degli strumenti, di cui all'art. 182 *septies*, ai soli creditori finanziari risieda, essenzialmente, nella asimmetria informativa che intercorre tra questa tipologia di creditori e tutti gli altri. E' evidente che le banche e gli intermediari finanziari, in virtù della funzione economica e sociale da loro svolta, dispongano di mezzi sofisticati per "ottenere dal debitore le informazioni necessarie, analizzarle efficacemente e prendere decisioni consapevoli"¹⁰³. Lo stesso, invece, non può dirsi per i fornitori.

Tuttavia, pare che questa scelta di "procedere per gradi" sia già giunta ad un livello di maturazione tale da legittimare l'estensione dei possibili destinatari degli accordi di cui all'art. 182 *septies* anche a creditori diversi da quelli finanziari: così, infatti, è disposto nell'art. 5 del disegno di legge delega Rordorf¹⁰⁴. A parere di chi scrive, si tratta di una scelta condivisibile, soprattutto ove si sia concordi nel ritenere che la fattispecie sia stata contornata da garanzie sufficienti ad escludere che ingiusti pregiudizi siano arrecati ai creditori vincolati, ancorché dissenzienti, e, soprattutto, ove si tenga conto del fatto che il contenuto delle convenzioni sia limitato ad un semplice *pactum de non petendo*¹⁰⁵.

¹⁰³ A. ZORZI, *ibidem*

¹⁰⁴ La disposizione sarà commentata meglio *infra* (Cap. 3, par. 3)

¹⁰⁵ Soluzioni diverse potranno, del caso, essere avanzate rispetto agli accordi di ristrutturazione: in ragione del contenuto che possono assumere questi accordi, certamente più

Con questo non si intende negare che quello svolto dalle banche sia, senza dubbio, un ruolo piuttosto complesso, giacché le modalità con cui partecipano al salvataggio della società in crisi possono essere determinanti per una successiva dichiarazione di responsabilità, nei loro confronti. In caso di fallimento dell'impresa, infatti, potrebbero essere avanzate contestazioni sia per concessione, che per interruzione abusiva del credito¹⁰⁶, a seconda della strategia operativa, seguita dalla banca nel caso di specie. Inoltre, il ruolo degli istituti di credito, nella gestione della crisi d'impresa, è divenuto, nel corso degli anni, sempre più articolato, non limitandosi alla sola erogazione del credito, ma arrivando, piuttosto, ad un loro possibile coinvolgimento, come co-gestori dell'impresa in crisi¹⁰⁷. Evidentemente, si tratta di un ruolo che, qualora si presenti ambiguo e contraddittorio, potrebbe costituire fonte di responsabilità civile per la banca, anche se solo un'analisi differenziata, delle varie tipologie di intervento della banca, nelle soluzioni stragiudiziali, consentirebbe di individuare gli estremi di tale responsabilità, in quanto non è possibile, certamente, una generalizzazione del fenomeno¹⁰⁸.

Ad ogni modo, mi sembra evidente che, alla luce dell'attuale disposto normativo ed a prescindere dalla ragione che si ritenga idonea a giustificare la limitazione soggettiva in esso contenuta, la possibilità di concludere una

incisivo rispetto a quello delle convenzioni di moratoria, la questione delle asimmetrie informative potrebbe avere un peso diverso.

¹⁰⁶ In una recente sentenza del Tribunale di Prato (15 febbraio 2017, n. 2116) una delle banche creditrici dell'impresa dichiarata fallita è stata condannata al risarcimento del danno verso la curatela del fallimento per aver cooperato nel dissesto dell'impresa fallita medesima. L'istituto di credito, infatti, avrebbe mancato di "acquisire tutta la documentazione necessaria per effettuare un'adeguata valutazione del merito creditizio" e, continuando ad erogare credito ad un'impresa in stato d'insolvenza sostanziale, per il solo fatto che essa "era stata storicamente un'azienda importante nel distretto industriale pratese", avrebbe "concorso, con condotte gravemente colpose, commissive ed omissive, nel ricorso abusivo al credito degli amministratori della fallita, così dando luogo ad una fattispecie di responsabilità extracontrattuale da contratto"

¹⁰⁷ La banca potrebbe concedere consulenze in materia di strategia finanziaria, oppure partecipare, nei limiti prefissati dalla legge, al capitale dell'impresa stessa

¹⁰⁸ Così E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in Galgano F. (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 2005, CEDAM, p. 232

convenzione di moratoria, con i soli creditori finanziari, presuppone che vi sia una certa tranquillità, in ordine ai rapporti intercorrenti tra l'imprenditore e le altre categorie di creditori. Gli accordi di moratoria, infatti, potranno avere una propria effettività, solo ove non vi sia il rischio che iniziative giudiziarie siano promosse dai creditori estranei, continuando il debitore ad avere il controllo dei rapporti intrapresi con i fornitori.

Infine, è opportuno precisare che, secondo parte della dottrina¹⁰⁹, nonostante gli accordi di moratoria coinvolgano, di regola, una molteplicità di soggetti (l'impresa in crisi e i diversi creditori finanziari), essi non siano inquadrabili nella categoria dei negozi plurilaterali, ma, piuttosto, in quella dei negozi bilaterali. A prescindere dalla concezione di parte contrattuale che si intende accogliere¹¹⁰, infatti, questa tipologia di accordi può coinvolgere, come suddetto, solo due categorie di soggetti: da un lato, l'impresa, che richiede una proroga delle scadenze originariamente pattuite, e, dall'altro, le banche, che concordano di non esigere i loro crediti per un determinato periodo di tempo. Tale orientamento sembrerebbe essere confermato dalle prassi degli accordi innominati di moratoria, stipulati prima della novella del 2015. Di regola, essi indicano espressamente che sono conclusi “dall'impresa [...], da un lato” e “dalle banche x, y, z, dall'altro” e, nelle definizioni iniziali, in cui si stabilisce il significato da attribuire alle parole, utilizzate nell'accordo, si specifica che per “parti” si

¹⁰⁹ T.M. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 346

¹¹⁰ La civilistica italiana ha proposto due concezioni del termine “parte contrattuale”: quella tradizionale intende, per tale, un centro unitario di interessi, “intorno al quale possono gravitare sia un solo soggetto giuridico, che in tal caso costituisce da sé parte contrattuale (semplice), sia più soggetti, che hanno unità di interessi e sono da ricondurre a unità di parte contrattuale complessa”. Così D'ANDREA, *La parte soggettivamente complessa. Profili di disciplina*, 2002, Giuffrè Milano, citato da T.M. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 342. Altra parte della dottrina, invece, ritiene che sia “parte contrattuale” quel soggetto che opera in un certo “lato” del rapporto, sì che più soggetti autori di un atto possono essere considerati “da uno stesso lato quando rappresentano tutti lo stesso polo (attivo o passivo) del rapporto giuridico su cui l'atto incide”. Così BELVEDERE, *Atto collettivo, collegiale, complesso*, in “Glossario”, AA. VV., 1994, Zatti, Milano, citato da T.M. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 343

intende “la società” e (non le banche x, y, z, elencate singolarmente, ma) “le banche finanziatrici”¹¹¹.

A parere di chi scrive, una simile interpretazione potrebbe essere condivisibile, semmai, rispetto agli accordi di moratoria, diversi dalle convenzioni di cui all’art. 182 *septies*, per i quali rimane vigente il principio consensualistico e, quindi, necessaria l’unanimità dei consensi. Invece, una volta introdotto il principio maggioritario in queste tipologie di accordi, occorre domandarsi se una parte non volontariamente aderente, ma vincolata in virtù dell’operatività del sopramenzionato principio, possa considerarsi quale soggetto di un’unica parte contrattuale, definibile come complessa. Mi sembra che la risposta non possa che essere negativa, soprattutto alla luce di diverse pronunce¹¹² della Suprema Corte, che in più occasioni ha ribadito che, affinché possa parlarsi di “parte complessa”, è necessario che le intenzioni delle singole parti si fondano in *un’unica volontà negoziale*, cosa che, evidentemente, non può dirsi per alcuno dei due strumenti di cui all’art. 182 *septies*. Infatti, nei casi in cui si deciderà di ricorrere alla fattispecie in esame, non solo la volontà dei non aderenti non rileverà ai fini della formazione del consenso, in virtù del sopracitato principio maggioritario, ma, adempite le condizioni prescritte dalla norma e, in particolare, verificata l’omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici da parte del professionista attestatore, la convenzione vincolerà anche i creditori non aderenti. Costoro, quindi, subiscono gli effetti della convenzione, non perché lo vogliano ma perché c’è una volontà comune (altrui), quale quella della maggioranza, che si è espressa in tal senso e che, al ricorrere delle condizioni previste dalla norma, è in grado di forzare il “volere” dei creditori dissenzienti, costituenti la minoranza delle banche e degli intermediari finanziari coinvolti. Di conseguenza, essendoci una

¹¹¹ T.M. UBERTAZZI, *ibidem*

¹¹² Si veda, ad esempio, Cass. 3 novembre 2000, n. 14346 e Cass. 24 agosto 2007, n. 17952

differenza di fondo tra i creditori partecipanti all'accordo, proprio perché taluni volontariamente aderiscono mentre gli altri volontariamente dissentono, credo che difficilmente possa affermarsi che la volontà dei secondi possa essere assimilata a quella dei primi e che questi due gruppi di soggetti possano essere ridotti ad un unico centro di interessi. In virtù di ciò si ritiene che le convenzioni di moratoria, di cui all'art. 182 *septies*, debbano essere annoverate nell'ambito dei contratti plurilaterali, in cui la plurilateralità sarà data almeno dalla alterità tra dissenzienti e consenzienti. Peraltro, credo che solo in concreto possa verificarsi se, nell'ambito del gruppo dei creditori aderenti (a maggioranza, nel caso delle convenzioni di cui all'art. 182 *septies*, o all'unanimità, nel caso degli accordi innominati di moratoria), le posizioni di quest'ultimi siano da ricondurre effettivamente ad unità e, quindi, costituire un'unica parte complessa: solo tenendo conto delle circostanze concrete del caso, prima fra tutte la volontà espressa dai creditori nel singolo accordo, e non in virtù di una valutazione in astratto, a priori, potrà determinarsi se i partecipanti all'accordo abbiano inteso costituire un unico centro di interessi e, quindi, una sola parte contrattuale complessa.

Occorre precisare che stabilire se la convenzione di moratoria costituisca una fattispecie bilaterale o plurilaterale è questione rilevante, in ragione degli effetti che una simile statuizione produce in merito alle ipotesi di risoluzione e nullità dell'accordo. Ove si accolga la ricostruzione qui proposta, è evidente che ad ambo le fattispecie previste dall'art. 182 *septies* saranno applicabili le disposizioni di cui agli artt. 1420 (in tema di nullità) e 1459 c.c. (in caso di inadempimento).

2. Il presupposto oggettivo: lo stato di crisi

Con riferimento al presupposto oggettivo, occorre precisare, anzitutto, come il legislatore abbia scelto di utilizzare dizioni diverse per gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari e per la convenzione di moratoria¹¹³. Infatti, nel primo caso, in ragione del rinvio operato dal primo comma dell'art. 182 *septies*, vale quanto indicato dall'art. 182 *bis*, e, di conseguenza, si deve far riferimento “all'imprenditore in crisi”; nel secondo, invece, non opera il suddetto rinvio e si parla genericamente di “impresa debitrice”, senza alcun esplicito richiamo alla sussistenza dello stato di crisi. Sebbene sia presumibile che il legislatore assimili, sotto questo profilo, le due dizioni sopramenzionate, ancorché diverse, autorevole dottrina¹¹⁴ ha provveduto a precisare come, in realtà, la convenzione di moratoria non possa essere utilizzata che in un contesto di crisi, nonostante non trovi applicazione il disposto dell'art. 182 *bis*. Infatti, la necessità che sussista tal stato, pur in assenza di espliciti riferimenti, può ricavarsi tanto dalla finalizzazione che l'art. 182 *septies* stesso imprime alla convenzione di moratoria, qualificandola come “diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della *crisi*”, quanto dalla collocazione della norma, sotto il Titolo “Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione”, quanto dal rinvio, al quarto comma, terzo periodo, contenuto nel sesto comma dell'articolo in esame, relativo al vaglio della convenzione, operato dal tribunale, in sede di opposizione.

Com'è noto, lo stato di crisi, quale presupposto oggettivo necessario per accedere alle procedure del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, è stato introdotto, nella disciplina fallimentare, con la riforma del 2005, affiancandosi al, fino a quel momento onnivale, concetto di insolvenza. Tuttavia, né allora né successivamente, il legislatore

¹¹³ A rilevarlo è A. NIGRO, *Gli accordi di ristrutturazione con “intermediari finanziari” e le convenzioni di moratoria*, cit., p. 1

¹¹⁴ Così R. RANALLI, *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182 septies*, cit., p. 889

ha provveduto a darne una precisa definizione. Tutto ciò che è stato chiarito, con il D.L. 30 dicembre 2005, n. 273, il c.d. decreto «milleproroghe», che ha provveduto, a tal fine, ad aggiungere un secondo (ora terzo) comma all'art. 160 L.F., è che “per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”. La norma, quindi, non ha provveduto a delineare in modo definito i contorni del concetto di crisi, lasciando all'interprete una nozione vaga, multiforme, in grado di comprendere tutto quel coacervo di situazioni, contrapposte a quella di buona salute dell'impresa, che possono avere le origini più diverse (economiche, finanziarie o patrimoniali) e che arrivano fino allo stato di insolvenza, ricomprendendola. L'intenzione del legislatore, evidentemente, era quella di accordare all'operatore un margine operativo ampio, di modo che l'accesso alle procedure negoziate per la soluzione allo stato di crisi dell'impresa fosse aperto ai casi più diversi ed anticipato ad un momento anteriore a quello della vera e propria insolvenza. Infatti, è nozione di comune esperienza che ogni speranza di soluzione della crisi aumenti ove non si attenda di essere di fronte ad una situazione di insolvenza irreversibile¹¹⁵. Di conseguenza, in un simile contesto, un ruolo chiave sarà quello svolto dall'interprete, chiamato a trovare un giusto equilibrio tra l'esigenza di tutela del ceto creditorio e quella dell'anticipazione della crisi di impresa¹¹⁶.

Infine, a differenza di quanto richiesto per gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari, è opportuno precisare che, per poter ricorrere alla convenzione di moratoria, non è necessario che l'impresa in difficoltà abbia debiti verso banche o intermediari finanziari *in misura non*

¹¹⁵ Così L. PANZANI, *Soggetti e presupposto oggettivo*, in “il Fallimento e le altre procedure concorsuali”, 2006, IX, IPSOA, p. 1013

¹¹⁶ Nonostante in passato la giurisprudenza si sia espressa, talvolta, in modo restrittivo, ad oggi è, ormai, pacifico che lo stato di crisi debba essere interpretato in modo estensivo, «comprensivo tanto dell'insolvenza vera e propria, quanto di situazioni ad essa prodromiche o finitime, ma che insolvenza ancora non sono», ovvero sia il c.d. rischio di insolvenza. Tuttavia, secondo parte della dottrina, un presupposto dai contorni così sfumati potrebbe finire per acutizzare il rischio di utilizzi fraudolenti delle procedure negoziate, da parte dell'imprenditore *in bonis*, in grado, cioè, di far fronte ai propri debiti

*inferiore alla metà del suo indebitamento complessivo*¹¹⁷. La sussistenza di tale condizione è richiesta con riferimento agli accordi di ristrutturazione speciali, nel primo comma del novello articolo, ma nessun rinvio, diretto o indiretto, è operato in suo favore dal quinto o dal sesto comma. Per questo motivo, è ormai pacifico in dottrina che l'unico presupposto necessario, per beneficiare del meccanismo di estensione coattiva degli effetti, proprio della convenzione di moratoria, consista nella sussistenza dello stato di crisi. Una simile soluzione, d'altronde, pare ragionevole: infatti, poiché il vigente disposto normativo limita l'operatività della fattispecie agli accordi conclusi con gli intermediari finanziari, ciò che rileva, ai fini della concreta utilità della convenzione, non è tanto il *quantum* dell'indebitamento finanziario, che grava sull'impresa, quanto l'assenza di tensioni con i creditori diversi da banche ed intermediari finanziari.

3. L'oggetto della convenzione di moratoria: il *pactum de non petendo* e l'accordo di *standstill*

Come precedentemente detto, la finalità ultima della convenzione di moratoria è quella di mantenere invariato lo *status quo* dell'esposizione debitoria dell'imprenditore in crisi, per un periodo di tempo concordemente definito con i creditori finanziari. Nelle more dell'accordo stipulato, il debitore avrà la possibilità di raccogliere tutte le informazioni necessarie,

¹¹⁷ Come sottolinea L.M. QUATTROCCHIO, in *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 1, la formulazione del primo comma della normativa risulta piuttosto infelice, giacché parla di prevalente indebitamento, configurando lo stesso "in misura non inferiore alla metà" dell'indebitamento complessivo, con un'evidente imprecisione tecnica: infatti, per poter essere qualificato come "prevalente", l'indebitamento verso intermediari finanziari dovrebbe essere maggiore della metà dell'indebitamento complessivo e non, invece, "non inferiore". Di conseguenza, come scrive F. LAMANNA, in *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015: accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 3, affinché sia possibile ricorrere all'accordo di ristrutturazione, di cui all'art. 182 *septies*, sarà sufficiente che i debiti bancari si attestino sulla soglia del 50% (dell'indebitamento complessivo).

per redigere e presentare, allo scadere del termine pattuito dalle parti, un piano di risanamento, un accordo di ristrutturazione o una proposta di concordato, salvo che il dissesto sia divenuto, nel frattempo, tanto grave da imporre l'accesso alla procedura fallimentare. In assenza di una simile convenzione, invece, ogni banca potrebbe agire, individualmente, per la riscossione del proprio credito, e ciò, evidentemente, aumenterebbe il rischio di apertura della procedura fallimentare. Va da sé che un simile esito andrebbe a svantaggio, non solo dell'impresa, ma anche (e soprattutto) delle banche, i cui crediti subirebbero le falcidie tipiche delle procedure concorsuali¹¹⁸.

In ragione della sua finalizzazione, quale quella di evitare che lo stato di crisi sfoci in un più grave dissesto, il contenuto delle convenzioni di moratoria consiste, di regola¹¹⁹, in una serie di obbligazioni a contenuto negativo, in base alle quali, da un lato, le banche e gli intermediari finanziari si impegnano, nei confronti dell'impresa, a non compiere alcuna azione, volta ad ottenere il pagamento di quanto previsto nei contratti originari di finanziamento¹²⁰, né a chiederne la risoluzione, e, nei confronti degli altri creditori finanziari, a non compiere alcun atto, che possa compromettere il regolare svolgimento della convenzione stessa; dall'altro lato, l'impresa si obbliga a non porre in essere atti di straordinaria amministrazione, come concedere garanzie a favore di alcune banche

¹¹⁸ T.M. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 354

¹¹⁹ Il legislatore non ha posto particolari vincoli al contenuto della fattispecie dell'art. 182 *septies*, prevedendo una disciplina *light*. Come sottolinea M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., p. 1272 “la scelta di mantenere leggero il livello di normazione è sicuramente apprezzabile, giacché questi accordi vivono della loro flessibilità”. Le uniche limitazioni rinvenibili, infatti, sono due: da un lato, quella di carattere temporale e, dall'altro, quella relativa alle operazioni imponibili ai creditori vincolati, ancorché dissenzienti. Entrambi questi aspetti verranno analizzati meglio *infra* (Cap. II, par. 3.1).

¹²⁰ Come precisa M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1272, “l'impegno di non esigere le obbligazioni scadute può tradursi, dal punto di vista sostanziale, in un riscadenziamento dei termini di adempimento – talora condito dal congelamento degli interessi – e, dal punto di vista processuale, nella rinuncia, temporanea, ad agire per la riscossione del credito, sia con iniziative individuali, sia con iniziative collettive”

creditrice, a contrarre nuovi finanziamenti, a costituire nuove società o acquisire partecipazioni in società terze.

Peraltro, è opportuno precisare che le diverse obbligazioni, previste negli accordi di moratoria, constano tutte di modalità di attuazione congiunta¹²¹ (e non solidale, né parziaria) ed hanno, ovviamente, il medesimo titolo, derivando tutte dalla medesima convenzione di moratoria.

A prescindere dalla articolazione, più o meno complessa, che ciascun accordo di moratoria potrà assumere in concreto, il *leit motiv* sarà, comunque, sempre lo stesso: “Che tutto rimanga fermo!”. Proprio per questo, la dottrina maggioritaria ritiene che il contenuto delle convenzioni di moratoria sia riconducibile all’istituto, di origine romanistica, del *pactum de non petendo*¹²². Questa tipologia di accordi è tipicamente finalizzata a privare il creditore del potere di esigere la prestazione dovutagli, nei termini originariamente pattuiti, escludendo la possibilità di intraprendere iniziative giudiziali e concedendo al debitore una dilazione nei termini del debito scaduto o da scadere. Sin dalle origini dell’istituto, l’inesigibilità della pretesa creditoria può essere declinata in modi diversi, dovendo distinguersi

¹²¹ Come scrive T.M. UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 349, la modalità di attuazione congiunta “non è prevista direttamente dalle norme del nostro codice in materia di obbligazioni (a differenza di altri ordinamenti, come, ad esempio, quello tedesco) ma si ricava indirettamente dall’art. 1317 c.c., secondo cui le “obbligazioni indivisibili sono regolate dalle norme relative alle obbligazioni solidali in quanto applicabili”, e da alcune norme speciali (artt. 1716, 1726, 1730, 1840, 1° co., etc)”. La modalità di attuazione congiunta “comporta che i creditori abbiano diritto ad ottenere la prestazione del debitore congiuntamente oppure i debitori debbano adempiere contestualmente la loro prestazione nei confronti del creditore”.

¹²² Il *pactum de non petendo* incarna un istituto da sempre al centro dei dibattiti dottrinali. A lungo si è discusso se esso dovesse essere inquadrato tra le vicende modificative del rapporto obbligatorio o se, invece, dovesse identificarsi con la remissione del debito. In tempi più recenti, la giurisprudenza si è interrogata sulla idoneità, di simili pattuizioni, a rimuovere lo stato di insolvenza, in cui fosse incorsa l’impresa, pronunciandosi, da ultimo, favorevolmente. Come scrive I.L. NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d’impresa: estensione dell’efficacia e abuso dell’opposizione*, in “Il diritto fallimentare e delle società commerciali”, V, 2016, CEDAM, p. 1095, la giurisprudenza ha più volte affermato che il puro *pactum de non petendo* precluda la dichiarazione di insolvenza, se in concreto risulti accertato che esso non concede al debitore solo una temporanea moratoria, ma sia, piuttosto, idoneo ad escludere l’incapacità di adempiere puntualmente alle sue obbligazioni, anche con riguardo alle operazioni debitorie rimaste estranee al patto stesso.

tra: il *pactum de non petendo in perpetuum*, che si ha allorquando il creditore si impegni a non esigere più la prestazione; *pactum de non petendo ad tempus*, se l'accordo vincola il creditore a non pretendere l'adempimento prima dello scadere del termine pattuito con il debitore; *pactum de non petendo in personam*, possibile con riferimento alle obbligazioni soggettivamente complesse e volto ad imporre al creditore il divieto di esigere la prestazione, con riferimento ad una persona determinata, rimanendo il credito esigibile nei confronti degli altri condebitori; *pactum de non petendo in rem*, da concludersi sempre nell'ambito delle obbligazioni soggettivamente complesse e diretto ad escludere il potere del creditore di ottenere l'adempimento della prestazione, con riferimento a tutti i contraenti. Poiché l'art. 182 *septies* dispone che la convenzione sia "diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, attraverso una moratoria temporanea dei credi", è evidente che la tipologia di *pactum*, che desta, ai fini della presente analisi, maggiore interesse, sia quella del *pactum de non petendo ad tempus*.

Come anticipato poco sopra, a parere della dottrina maggioritaria, il contenuto della convenzione di moratoria non solo è generalmente riconducibile a quello del *pactum de non petendo*¹²³, ma in esso non può

¹²³ In particolare, abbracciano questo orientamento: L.M. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 17, che scrive che "la convenzione consiste in un mero *pactum de non petendo* e non in un accordo di *standstill*, poiché non può obbligare i creditori non aderenti a eseguire nuove prestazioni, oppure a concedere affidamenti o, ancora, a mantenere l'utilizzo di affidamenti esistenti o a erogare nuovi finanziamenti"; A. NIGRO, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria*, cit., p. 7, che equipara la convenzioni di moratoria ad "uno dei più antichi e noti strumenti di composizione stragiudiziale della crisi, i c.d. *pacta de non petendo ad tempus*"; R. RANALLI, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in *ilFallimentarista.it*, 23 luglio 2015, p. 3, che precisa che "si tratta di un *pactum de non petendo*, più che di un vero e proprio *standstill*, in quanto l'utilizzo degli affidamenti esistenti, per previsione normativa, non può essere imposto a maggioranza"; D. VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 6, che scrive che "l'istituto sembra replicare il contenuto tipico del *pactum de non petendo ad tempus*, consentendo al debitore di liberare risorse per lo sviluppo dei progetti imprenditoriali e ristabilire così il proprio equilibrio economico – finanziario".

che esaurirsi, dovendo escludersi la possibilità che alla fattispecie normativa, di cui all'art. 182 *septies*, possano essere associati i c.d. accordi di *standstill*¹²⁴. Questo orientamento si basa, essenzialmente, sulla previsione, contenuta nel settimo comma della norma in esame, ove si stabilisce il divieto di imporre ai creditori vincolati, ancorché dissenzienti, “l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti”. Se simili adempimenti non possono essere estesi alla minoranza dissenziente, è difficile ipotizzare che il contenuto della convenzione della moratoria vada oltre quanto generalmente riconducibile al *pactum de non petendo*, ovvero sia la mera dilazione del credito.

Secondo l'orientamento minoritario¹²⁵, invece, la convenzione di moratoria realizza “un fenomeno di più ampia circonferenza rispetto al semplice *pactum de non petendo*, da cui ripete solo la vocazione processuale, sul piano della provvisoria paralisi della tutela giudiziaria per coloro (e solo per coloro) che partecipano alla convenzione”¹²⁶. In particolare, è stato sostenuto che il contenuto delle convenzioni in esame non necessariamente dovrebbe rimanere circoscritto solamente alla temporanea inesigibilità dei debiti scaduti o prossimi alla scadenza, ma ben potrebbe ricomprendere l'impegno delle banche a far utilizzare le linee di credito disponibili, (tipicamente, le linee autoliquidanti¹²⁷), quantomeno per la parte già utilizzata, e, quindi, prevedere la regolazione delle modalità di accesso al finanziamento bancario.

¹²⁴ Il termine viene utilizzato con riferimento a quegli accordi in cui si prevede, non solo una dilazione dell'esigibilità del credito, ma anche la facoltà di utilizzo degli affidamenti esistenti

¹²⁵ M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., p. 1271 e I. L. NOCERA, *Autonomia privata ed insolvenza: l'evoluzione delle soluzioni negoziali dai codici ottocenteschi al contratto sulla crisi di impresa*, cit., p. 1095

¹²⁶ Così M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1271.

¹²⁷ La questione delle linee di credito autoliquidanti è molto discussa in dottrina e verrà meglio analizzata *infra*, cap. 3.1.2

A svolgere un ruolo da spartiacque tra l'uno e l'altro orientamento è il significato che si intende attribuire alla locuzione prevista nel settimo comma, relativa al “mantenimento della possibilità di utilizzare gli affidamenti esistenti”. Il tema verrà meglio affrontato *infra* (cap. 3.1.2), ma qui basti sapere che le criticità maggiori, in tale ambito, si pongono, appunto, per le linee di credito autoliquidanti. L'orientamento maggioritario, infatti, ritiene opportuno dare una lettura strettamente letterale al disposto normativo ed esclude che alle banche recalcitranti possa essere imposto l'obbligo di rimettere a disposizione del cliente (il debitore) i versamenti effettuati a loro favore da parte dei terzi, per la parte della linea di credito utilizzata. Nessuna violazione della convenzione di moratoria sarebbe loro contestabile in questi casi: la banca, infatti, nulla chiederebbe all'imprenditore in crisi, ma si limiterebbe ad ottenere da un terzo quanto originariamente le era dovuto. Proprio in ragione di ciò, il primo orientamento ritiene che la convenzione di moratoria si esaurisca in un *pactum de non petendo*. Diversamente, l'orientamento minoritario propone una lettura volta a garantire maggiore effettività alle convenzioni concluse, sostenendo che siano incoercibili solo le prestazioni relative al mantenimento della parte inutilizzata della linea di credito, potendo i creditori recalcitranti essere coartati a “consentire il normale smobilizzo e il simmetrico riutilizzo”, nei limiti dell'affidamento utilizzato. Di conseguenza, si nega che le convenzioni possano esaurirsi in un mero *pactum de non petendo*, dovendo essere pattuire, altresì, le modalità di riutilizzo.

3.1 Limiti al possibile contenuto della convenzione di moratoria

Diversamente dalle precedenti convenzioni innominate di moratoria, il cui contenuto era liberamente determinabile dalle parti contraenti, per rientrare nell'ambito di operatività della fattispecie normativa, di cui all'art. 182

septies, quinto e sesto comma, è necessario che gli accordi, stipulati dal debitore in crisi con i creditori finanziari, rispettino due limitazioni: la prima ha carattere temporale, giacché la convenzione dovrà, necessariamente, avere durata provvisoria, in ragione del disposto del quinto comma (ove si prevede che l'accordo "sia diretto a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, attraverso una moratoria temporanea dei crediti"); la seconda, invece, consiste nel divieto di porre a carico dei creditori non aderenti, ancorché vincolati, nuove prestazioni, in ragione della previsione contenuta, in questo caso, al settimo comma.

3.1.1 La durata necessariamente provvisoria

Per quanto riguarda il termine, la legge non fornisce un limite temporale esatto, entro cui canalizzare l'operatività della convenzione di moratoria¹²⁸. La novella, infatti, si limita a disporre che essa abbia durata "provvisoria", "senza specificare, però, una misura della provvisorietà"¹²⁹.

Mi pare incontrovertibile il fatto che, essendo gli accordi di moratoria prodromici alla scelta della miglior soluzione, tra quelle previste nella legge fallimentare, per superare lo stato di crisi in cui è incorsa l'impresa, essi siano destinati ad operare in un orizzonte temporale, tutto sommato, breve.

Parte della dottrina ritiene che la durata massima dell'accordo sia predeterminabile e, in particolare, ipotizza che, laddove la convenzione non sia di per sé sola in grado di rimuovere lo stato di crisi, essa debba essere pari a non più di novanta giorni, "termine entro il quale l'art. 168 L.F. rende inefficaci le ipoteche giudiziali iscritte prima della presentazione di un

¹²⁸ Ciò segna un'importante differenza con gli istituti di cui agli artt. 161, comma 6 e 182 *bis*, comma 6, per cui è stato previsto un orizzonte temporale preciso, rispettivamente di massimo centottanta e sessanta giorni.

¹²⁹ M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., p. 1273

ricorso per concordato preventivo”¹³⁰. L’orientamento maggioritario¹³¹, più convincente a parere di chi scrive, ritiene, piuttosto, che non sia opportuno ancorare la durata massima delle convenzioni, stipulate a norma dell’art. 182 *septies*, a termini prestabiliti¹³², dovendosi tener conto, a tal fine, delle caratteristiche proprie della specifica situazione di crisi che l’accordo si prefigge di regolare (fermo restando, si intende, il carattere necessariamente provvisorio, come indicato espressamente nella norma in esame). Questa soluzione mi sembra risultare più compatibile con lo spirito con cui si ritiene sia stata scritta la novella del 2015, espressivo della volontà del legislatore di dettare una disciplina non invasiva e volta a lasciare un certo margine di flessibilità agli operatori. Di conseguenza, saranno le parti partecipanti all’accordo ad avere il potere di determinare la durata della convenzione, posto che un termine, manifestamente sproporzionato, potrà costituire motivo di opposizione per i creditori recalcitranti¹³³. Peraltro, le probabilità che la doglianza dei non aderenti sia accolta aumenteranno, in quei casi in cui l’eccessiva durata della convenzione proposta sia idonea a produrre effetti irreversibili nella sfera giuridica del dissenziente, in ragione della maturazione di decadenze o prescrizioni nella pendenza dell’accordo.

¹³⁰ Così R. RANALLI, *La convenzione di moratoria di cui all’art. 182 septies*, cit., p. 889. L’A. sottolinea il fatto che ogni moratoria sia, per propria natura, limitata nel tempo, talché la precisazione, contenuta nell’art. 182 *septies*, sulla natura *temporanea* della convenzione, sarebbe superflua. “Volendo comunque dare ad essa un significato, se ne può dedurre che si tratta di un istituto destinato ad operare solo in un orizzonte temporale breve”.

¹³¹ M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1273; M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, cit., p. 40

¹³² In particolare, secondo M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1273, appare opinabile che i termini, di cui agli artt. 182 bis, comma 6 e 161, comma 6 L.F. (in cui la variabile temporale oscilla tra i sessanta e i centoventi giorni), “rivestano un qual certo significato a proposito della durata della convenzione di moratoria. [...] In via del tutto orientativa si potrebbe predicare che i centottanta giorni”, previsti sempre dall’art. 161, comma 6, ai fini della concessione della proroga del termine per la presentazione della proposta e del piano di concordato, “rappresentino un orizzonte temporale plausibile, ma senza la coerenza propria di una norma che fissa il termine”

¹³³ Come sottolinea M. AIELLO, *op. cit.*, p. 40, l’opposizione, nei casi in cui fosse stato previsto un termine sproporzionato, costituirebbe il “rimedio più acconcio per il caso in cui il non aderente rischi di subire, per effetto della moratoria, un danno irreparabile, in quanto l’osservanza del negozio sia idonea a provocare la maturazione di decadenze”

Evidentemente, quindi, la flessibilità, accordata alle parti, dovrà essere adeguatamente calibrata con gli effetti che la convenzione sarà in grado di produrre nella sfera dei creditori finanziari, comunque vincolati.

E' opportuno precisare che la durata, necessariamente provvisoria, della convenzione di moratoria non impedisce che in essa sia previsto, a carico del debitore, il dovere di adempiere al pagamento dei debiti scaduti o da scadere nella pendenza dell'accordo¹³⁴, purché ciò non determini l'integrale soddisfazione della prestazione dovuta¹³⁵. Diversamente opinando, infatti, si trasformerebbe uno strumento dichiaratamente interinale in un istituto con finalità diverse, pur sempre lecito, ma – in ragione del suo carattere di definitività – assoggettato ad un diverso regime¹³⁶.

Infine, occorre osservare come la norma nulla disponga circa la durata delle negoziazioni, necessarie per addivenire ad un accordo con la maggioranza dei creditori finanziari. Secondo autorevole dottrina¹³⁷, sarebbe stato opportuno stabilire che, dall'apertura del tavolo della crisi alla chiusura dell'accordo, non si oltrepassasse un determinato periodo di tempo e ciò per la semplice ragione che, nell'osservanza del codice di autodisciplina, le banche, che partecipano alle trattative, si vengono a trovare in una situazione di moratoria di fatto, viste le regole di comportamento prescritte¹³⁸. Questo rilievo, tuttavia, non mi pare pienamente condivisibile, essenzialmente per due ordini di ragioni. Da un lato, perché, se si è concordi nel ritenere che l'intenzione del legislatore, nella stesura dell'art. 182 *septies*, sia stata quella di dettare una disciplina non invasiva e che, di conseguenza, si sia volutamente ommesso di prevedere un termine massimo per la durata della moratoria medesima, credo che si dovrebbe essere altrettanto concordi nel ritenere che la predeterminazione di un arco

¹³⁴ Ad esempio, nelle convenzioni potrebbe essere previsto il congelamento della quota di capitale dovuta, ma non anche quello degli interessi

¹³⁵ M. AIELLO, *op. cit.*, p. 41

¹³⁶ M. AIELLO, *ibidem*

¹³⁷ M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1273

¹³⁸ M. FABIANI, *ibidem*

temporale definito, per lo svolgimento delle trattative, sarebbe risultata poco compatibile con lo spirito, che, come si è detto, è stato seguito nella stesura della norma. Dall'altro lato, perché, se è vero che in passato la concertazione dell'accordo si sia rivelata, non di rado, lunga e difficoltosa, mi pare che il meccanismo di estensione coattiva degli effetti dell'accordo, tratto caratterizzante della nuova fattispecie, sia stato introdotto proprio per superare i ritardi, conseguenti ai comportamenti ostruzionistici che i creditori minori erano soliti tenere, durante il corso delle trattative dei vecchi accordi innominati di moratoria. Esso dovrebbe risultare uno strumento di per sé solo idoneo a ridurre i tempi della contrattazione, a prescindere dalla previsione di un termine preciso.

3.1.2 Gli effetti che non possono essere imposti ai creditori dissenzienti

Il settimo comma della norma in esame pone un secondo limite, stavolta di ordine sostanziale, all'operatività delle convenzioni di moratoria, stabilendo 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”¹³⁹.

Si tratta di quelle prestazioni riconducibili, *latu sensu*, all'erogazione di nuova finanza, con riferimento alle quali, per l'impegno economico che comportano, si è ritenuto opportuno preservare la libera determinazione della volontà dei soggetti interessati, escludendosi, in questi casi, la

¹³⁹ Come precisato da R. RANALLI, *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182 septies*, cit., p. 898, “la norma presenta forti assonanze con altra norma coeva (quella del comma 3 dell'art. 182 *quinquies*) che riconosce il requisito della prededucibilità al mantenimento delle linee di credito autoliquidanti, in essere al momento del deposito della domanda, se autorizzato dal tribunale”

possibilità di derogare ai principi istituzionali in materia contrattuale, nonostante l'avvenuta approvazione dell'accordo da parte della maggioranza dei creditori finanziari. In altre parole, mentre è considerato tollerabile forzare il creditore non aderente a non esigere il credito per un tempo limitato, non è parso altrettanto accettabile chiedergli di sostenere l'impresa con nuove risorse¹⁴⁰.

Appare evidente che la finalità ultima del disposto sia quella di bilanciare l'interesse della maggioranza del ceto creditorio alla stipulazione ed al buon esito dell'accordo, con quello della minoranza dissenziente a non aderirvi ed a evitare un incremento della propria esposizione. Una diversa soluzione, d'altro canto, avrebbe sollevato con tutta probabilità dubbi di legittimità costituzionale, nonostante nella norma siano state previste diverse garanzie, tutte volte ad assicurare un'adeguata tutela a favore del creditore dissenziente¹⁴¹.

E' opportuno precisare che la formulazione dell'ultimo comma, nella parte in cui si riferisce al "mantenimento della possibilità di utilizzare gli affidamenti esistenti", ha sollevato non pochi dubbi in dottrina, circa la sua effettiva portata. Come accennato poc'anzi, le dissonanze più forti si sono registrate con riferimento alle linee di credito autoliquidanti, ivi scontrandosi due orientamenti, sostanzialmente opposti. Infatti, se per entrambi è pacifico che l'approvvigionamento sugli affidamenti *non* utilizzati, al momento di stipulazione dell'accordo, non possa essere imposto ai creditori non aderenti, giacché esso realizza, di fatto, un nuovo

¹⁴⁰ Così M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., p. 1274

¹⁴¹ M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, cit., p. 42, rileva, inoltre, che "neppure nel concordato preventivo – ove il ruolo del tribunale è ben più incisivo – è consentito far sorgere nuove obbligazioni in capo ai creditori (o ad una classe di essi) in forza dell'approvazione, a maggioranza, e della successiva omologazione, tanto che i piani che prevedono l'erogazione di nuova finanza (o, comunque, l'impegno delle banche a mantenere ferme e non revocare le linee di credito già concesse) devono essere contenuti da separate intese paraconcordatarie con i finanziatori, le quali vincolano esclusivamente gli aderenti"

impegno finanziario, diverse letture vengono proposte con riferimento alla parte già utilizzata delle linee di credito.

Parte della dottrina¹⁴² promuove una lettura restrittiva dell'inciso sopramenzionato e, in particolare, ritiene che il termine "esistenti" faccia riferimento, non agli affidamenti già utilizzati, ma soltanto a quella parte di affidamenti che ancora utilizzata *non* è. Di conseguenza, il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti, nei limiti del loro utilizzo al momento di stipulazione dell'accordo¹⁴³, non dovrebbe rientrare nell'ambito degli atti incoercibili, contemplati dalla norma, costituendo, piuttosto, una prestazione estensibile anche ai creditori finanziari recalcitranti. A riguardo, è stato osservato che "se la banca non fa nulla ma si limita ad incassare le rimesse dei terzi, si rispetta la norma ma di fatto la neutralizzazione della crisi viene superata perché la banca riduce la propria esposizione debitoria"¹⁴⁴. Ciò che deve escludersi, quindi, è soltanto la coercibilità delle prestazioni riferite alla parte inutilizzata della linea di credito autoliquidante. Diversamente opinando, certamente si rimarrebbe fedeli al tenore letterale della norma ma l'effettiva operatività dello strumento in esame verrebbe frustrata, per due ordini di motivi: da un lato, perché, come rilevato da autorevole dottrina, il maggiore interesse del debitore a stipulare la convenzione consiste proprio nel "poter continuare ad operare con gli istituti di credito e c'è quindi bisogno di pattuire che le linee di credito restino aperte"¹⁴⁵; dall'altro, perché, se la banca non fa nulla, ma si limita ad incassare le rimesse dei terzi, essa finisce, di fatto, per non cooperare alla neutralizzazione della crisi, giacché riduce, comunque, la propria esposizione debitoria.

¹⁴² M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1274 e R. RANALLI, *op. cit.*, p. 898

¹⁴³ Come sottolinea R. RANALLI, *op. cit.*, p. 898, questa lettura riconoscerebbe la possibilità di accedere "a nuove anticipazioni in via revolving o, meglio, simmetrica agli scarichi intervenuti"

¹⁴⁴ M. FABIANI, *ibidem*.

¹⁴⁵ M. FABIANI, *ivi*, p. 1272

Questo primo indirizzo cerca, evidentemente, di garantire la massima efficienza alle convenzioni, stipulate a norma dell'art. 182 *septies*, proponendo una lettura vicina alle precedenti prassi degli accordi di *standstill*, ove, frequentemente, venivano pattuite clausole relative proprio al mantenimento degli affidamenti utilizzati, al momento di sottoscrizione dell'accordo¹⁴⁶.

Un secondo orientamento¹⁴⁷, invece, si dichiara più fedele al tenore letterale della norma, sostenendo che il termine “esistenti” vada riferito, generalmente, alle linee di credito in essere al momento di sottoscrizione dell'accordo, a prescindere dal fatto che esse siano, o meno, già state utilizzate, in tutto o in parte. In altre parole, questa parte della dottrina ritiene che i creditori recalcitranti, in virtù del disposto del settimo comma, non possano essere obbligati a porre in essere tutte quelle prestazioni che siano riconducibili non solo alla vera e propria erogazione di nuova finanza, ma a qualsiasi forma di prosecuzione del sostegno finanziario al debitore.

A parere di chi scrive, il tenore letterale e la *ratio* della disposizione normativa non sembrano lasciare spazio ad un'interpretazione restrittiva dell'inciso, sebbene essa, è evidente, garantisca un più ampio raggio di azione allo strumento in esame ed aumenti le possibilità che l'attività di impresa venga proseguita. Mi sembra, però, che il ragionamento da seguire, per stabilire esattamente il perimetro delle prestazioni incoercibili, debba essere il seguente.

¹⁴⁶ Tuttavia, mi pare che, con riferimento a questo primo orientamento, siano senz'altro opportune le parole di R. RANALLI, *op. cit.*, p. 899, secondo cui vi è “un distinguo da fare: infatti, una cosa è una linea autoliquidante per la quale sia convenzionalmente previsto un reimpiego simmetrico agli utilizzi; altra cosa è una linea concessa a fronte di specifiche posizioni attive”¹⁴⁶. Con riferimento alla seconda ipotesi, risulta difficile sostenere che il suo mantenimento possa rientrare tra le prestazioni coercibili: rialimentarla con posizioni diverse da quelle iniziali, una volta che siano state estinte, costituirebbe, di fatto, un'inosservanza delle pattuizioni contrattuali.

¹⁴⁷ M. AIELLO, *op. cit.*, p. 43 e F. LAMANNA, *Speciale Decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n.83/2015: accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 4

In primo luogo occorre rammentare che la Giurisprudenza¹⁴⁸, in merito ai castelletti di sconto (operazioni sostanzialmente analoghe a quelle delle linee di credito autoliquidanti) ha affermato che, con la sottoscrizione di questa tipologia di accordi, “a differenza di quanto avviene nell’apertura di credito, la banca non attribuisce al cliente la facoltà di disporre immediatamente di una somma di denaro, ma si impegna ad accettare per lo sconto, entro un ammontare determinato, i titoli che l’affidatario presenterà, sicché, nell’ipotesi indicata, il «fido» non rappresenta l’ammontare delle somme di cui il cliente può disporre...bensì il limite entro il quale la banca è tenuta ad accettare i titoli presentati dal cliente”.

Fatta questa premessa, mi sembra che, ove si intenda riferire il termine “esistenti” alla sola parte di affidamenti inutilizzata, ritenendo che il mantenimento della porzione utilizzata sia prestazione coercibile, si finirebbe, comunque, per rientrare nell’ambito del primo dei divieti menzionati al settimo comma, ovverosia quello relativo all’esecuzione di nuove prestazioni. Infatti, le rimesse effettuate dai terzi a favore della banca, nella pendenza della convenzione, determinerebbero, ove si seguisse l’orientamento minoritario, l’insorgere dell’obbligo per l’istituto di credito di creare disponibilità per il cliente, con riferimento a nuovi rapporti tra debitore e terzi. Il che, in sostanza, si tradurrebbe nell’imporre alla banca l’esecuzione di nuove prestazioni¹⁴⁹, ovverosia quelle correlate a ciascuna nuova anticipazione richiesta, sebbene esse non siano imponibili ai sensi del richiamato settimo comma. Questo perchè “a differenza che nell’apertura di credito non esiste nel «castelletto di sconto» un pieno affidamento della somma al cliente, ma l’utilizzazione del c.d. «fido» è

¹⁴⁸ Cassazione, 5 febbraio 1997, n. 1083

¹⁴⁹ È ovvio infatti che la prestazione non può ritenersi che dovuta nell’ambito di un contratto (di affidamento) già concluso.

subordinata ad un vaglio successivo della banca, in sede di materiale esecuzione delle singole operazioni di sconto”¹⁵⁰.

In conclusione, ritengo che termine “esistenti”, utilizzato nella norma, debba essere riferito al *quantum* complessivo di affidamenti, indicato originariamente nel contratto di sconto, non rilevando quale parte di quegli affidamenti sia stata utilizzata dal debitore, al momento di stipulazione della convenzione: la banca non potrà subire l’imposizione di consentire l’ulteriore utilizzazione né della parte già erogata né di quella non erogata.

Peraltro, mi sembra che, decidendo di abbracciare l’interpretazione restrittiva, si finirebbe per “sovvertire” la *ratio* ispiratrice la redazione della norma, che non è quella “favorire i salvataggi ‘in sé’, quanto quella di superare i problemi di coordinamento tra i creditori e limitare il rischio di comportamenti ostruzionistici da parte di alcuni di essi”¹⁵¹.

Tuttavia, è opportuno precisare che, comunque, il creditore non aderente potrà revocare le linee di credito esistenti, solo nei limiti in cui questa scelta non integri un’ipotesi di interruzione abusiva del credito (e, quindi, nei limiti in cui la disciplina contrattuale lo permetta) e fermo restando il fatto che il rimborso dei crediti, che diverranno esigibili in virtù della predetta revoca, non potrà essere preteso, in quanto il loro congelamento è insito nella moratoria.

Ad ogni modo, per espressa previsione dell’ultimo periodo del settimo comma, “non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati”¹⁵². Il disposto garantisce all’imprenditore in crisi la

¹⁵⁰ Così G. CHIARA NOYA, *Le rimesse su conto corrente e il c.d. castelletto di sconto*, in “Il diritto fallimentare e delle società commerciali”, III, 2000, CEDAM, p. 646 - 656

¹⁵¹ Così A. ZORZI, *L’accordo di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari (art. 182 septies l. fall.): le categorie di creditori e l’efficacia nei confronti dei non aderenti*, articolo in corso di pubblicazione in “Fallimento”, 2017

¹⁵² Secondo M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1274, l’inciso costituisce un ulteriore elemento, da richiamare a sostegno dell’interpretazione restrittiva del disposto sul “mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti”: la prosecuzione del contratto di *leasing*, in-

facoltà di continuare a disporre dei beni, ottenuti in virtù della stipulazione di un contratto di *leasing*, nonostante il congelamento dei canoni. Si tratta di una precisazione importante, soprattutto con riferimento a quei casi in cui costituiscano oggetto dell'accordo i beni strumentali all'esercizio dell'attività d'impresa: è evidente che, in simili ipotesi, la risoluzione anticipata del contratto, con riappropriazione del bene da parte della società di *leasing*, causerebbe danni irreparabili all'impresa¹⁵³ e, di conseguenza, la vanificazione delle finalità ultime, perseguite della norma in esame.

4. Le categorie di creditori nella convenzione di moratoria

Nonostante il quinto ed il sesto comma non ne facciano espressa menzione, è pressoché pacifico in dottrina che, nel redigere la convenzione, debba essere riconosciuta al debitore la facoltà di suddividere le banche creditrici in categorie, in ciascuna delle quali sarà possibile riunire gli intermediari finanziari che abbiano posizione giuridica ed interessi economici omogenei. Ad una simile conclusione è facile addivenire in ragione del disposto dell'ultimo periodo del quinto comma dell'art. 182 *septies*, ove, tra le condizioni da adempiere, affinché gli effetti della convenzione possano estendersi anche ai creditori dissenzienti, è menzionato l'intervento del professionista, il quale dovrà attestare, per l'appunto, "l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati alla moratoria", il che "implica, se non altro in astratto, anche la possibilità di una suddivisione in classi o categorie dei creditori finanziari interessati"¹⁵⁴.

fatti, non rientra tra le prestazioni incoercibili, poiché il godimento ulteriore non necessariamente deve essere qualificato come nuovo "credito".

¹⁵³ Ma anche alla stessa società di *leasing*, "che sarebbe costretta a ricollocare i beni sul mercato a prezzi generalmente inferiori". Così A. BOMBARDELLI, *Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in AA.VV., "La nuova riforma del diritto concorsuale", Giappichelli, Torino, 2015, p. 310

¹⁵⁴ Così G. FALCONE, *La nuova disciplina delle "convenzioni di moratoria" e l'intervento del professionista attestatore*, cit., p. 569

Del resto, trattandosi di una convenzione, e dunque di un negozio di diritto privato, risulterebbe poco opportuno negare all'imprenditore la possibilità di strutturare la più ampia classe di creditori bancari in sottocategorie¹⁵⁵. E' probabile che la novella non abbia fatto esplicito riferimento a tale possibilità, avendola data per presupposta, "a causa dell'ambiguità redazionale che contraddistingue la norma, derivante dalla circostanza che all'interno del medesimo articolo si è inteso regolamentare due istituti affatto diversi"¹⁵⁶. L'orientamento maggioritario, quindi, non rinviene particolari ragioni ostative alla creazione di *cluster* omogenei¹⁵⁷, a cui corrisponderanno, evidentemente, modalità di dilazione diversificate, nonostante, come si è detto, la norma non lo preveda espressamente¹⁵⁸.

Tuttavia, secondo la dottrina minoritaria¹⁵⁹, il riconoscimento di una simile facoltà al debitore risulterebbe, da un lato, superfluo, in ragione della

¹⁵⁵ Inoltre, mi sembra che il rinvio al secondo comma, operato dal primo periodo del quinto comma, non lasci molti dubbi a riguardo.

¹⁵⁶ Così G. FALCONE, *op. cit.*, p. 569

¹⁵⁷ Autorevole dottrina, tuttavia, ha ritenuto opportuno precisare che la creazione di categorie omogenee potrebbe prestarsi anche ad usi abusivi, potendo le stesse essere costruite al solo scopo di raggiungere le maggioranze, necessarie per l'estensione coattiva degli effetti dell'accordo. In altre parole, la suddivisione dei creditori finanziari, in categorie omogenee, potrebbe finire per essere "influenzata da altre finalità e, magari, imposta al debitore dalle banche più grandi e forti (di solito portatrici di crediti proporzionalmente maggiori, sì da rappresentare, da sole o riunite, la stragrande maggioranza delle passività finanziarie e da poter manovrare, quindi, il procedimento dall'esterno), a scapito di quelle più piccole (spesso di carattere localistico)". Così F. LAMANNA, *op. cit.*, p. 3. Tuttavia, come sottolineato da A. BOMBARDELLI, *op. cit.*, p. 311, la previsione, che le categorie vengano costruite in ragione dell'omogeneità tra i creditori finanziari, per posizione giuridica ed interessi economici, dovrebbe ridurre il rischio di possibili usi strumentali e garantire un impiego corretto, quale quello di consistere in uno strumento, volto a mediare le esigenze del debitore con quelle dei creditori, consentendo una migliore articolazione dell'accordo.

¹⁵⁸ Secondo A. NIGRO, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria*, cit., p. 8, il silenzio del legislatore, circa la possibilità del debitore di strutturare i creditori finanziari in categorie omogenee, accompagnato, tuttavia, dal riferimento all'attestazione dell'omogeneità di posizione giuridica e di interessi economici, da demandarsi al professionista, deve essere interpretato nel senso che "il gruppo di creditori coinvolti dalla moratoria [...] debba essere *in partenza* composto da creditori omogenei [...] ed è rispetto a questo gruppo che dovrà essere calcolata la maggioranza del 75%". Ciò, comunque, non fa venir meno la possibilità per il debitore di distinguere i creditori in diverse categorie.

¹⁵⁹ R. RANALLI, *op. cit.*, p. 892. e A. BOMBARDELLI, *op. cit.*, p. 317

temporaneità degli effetti della moratoria, e, dall'altro, incompatibile con le esigenze di celerità che impernano l'istituto. In particolare, si è sostenuto che la possibilità di strutturare i creditori finanziari in diverse categorie difficilmente possa conciliarsi con la “finalità di accelerazione delle trattative alla quale pare abbia voluto tendere la norma”¹⁶⁰. Questo essenzialmente perché la suddivisione in parola comporta la necessità che venga rilasciata, da parte di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), una relazione sull'omogeneità delle posizioni giuridiche e degli interessi economici dei creditori, coinvolti in ciascuna categoria, il che, a sua volta, determina un'evidente dilatazione dei tempi, necessari per la conclusione dell'accordo. Ciò appare tanto più vero se si tiene conto del fatto che l'attestazione dovrà essere rilasciata solo dopo un vaglio il più attento e prudente possibile, onde evitare che si concretizzi il rischio di successive impugnazioni, per errata formazione delle categorie (che costituirebbe, senz'altro, un'altra circostanza determinante un notevole aumento dei tempi)¹⁶¹. Secondo questo orientamento sarebbe stato più opportuno espungere dalla norma ogni riferimento alle categorie di creditori, riferendosi, semplicemente, al 75% di tutti i creditori bancari. Una soluzione simile, peraltro, sarebbe stata ancor più opportuna ove affiancata da un termine massimo per la durata della convenzione.

A parere di chi scrive, tale orientamento non è condivisibile per due ordini di motivazioni. Da un lato, se è vero che la suddivisione delle banche creditrici in categorie comporti una dilatazione dei tempi, necessari per la conclusione dell'accordo, mi pare altrettanto vero che, soprattutto con

¹⁶⁰ R. RANALLI, *op. cit.*, p. 892. La convenzione di moratoria dovrebbe costituire, infatti, uno strumento volto a garantire un primo rapido intervento, onde evitare fughe in avanti da parte di taluni creditori

¹⁶¹ R. RANALLI, *op. cit.*, p. 892, sottolinea che “la banca poco esposta nei confronti del debitore [...] da oggi potrebbe invocare il fatto di essere stata collocata in una categoria troppo penalizzante; il che le consentirebbe di opporsi *ex post*, con conseguenze ancor più devastanti rispetto ad una mera dilazione temporale del *closing*. Basti pensare al fatto che, per vanificare ogni sforzo, è sufficiente che, in seguito all'accoglimento dell'opposizione di talune banche, la tregua concessa dalla moratoria non consenta di mitigare il fabbisogno finanziario in misura adeguata ad assicurarne la copertura”

riferimento a quei casi in cui si intenda coinvolgere una platea, piuttosto nutrita, di creditori finanziari (e ciò accadrà, evidentemente, con maggiore frequenza in relazione alle imprese che abbiano dimensioni medio-grandi), la loro organizzazione in *cluster* omogenei finisca per essere una scelta, di fatto, necessaria. Infatti, in ragione dell'attuale peso dell'indebitamento delle imprese italiane con gli istituti di credito, mi sembra difficilmente ipotizzabile che tutti gli intermediari finanziari che si intende coartare, tramite il ricorso ad una delle due fattispecie di cui all'art. 182 *septies*, possano avere la medesima posizione giuridica ed identici interessi economici¹⁶², talché la loro organizzazione in (sotto)categorie dovrebbe ridurre, e non aumentare, il rischio di successive impugnazioni. Di conseguenza, tanto più ampia sarà la platea di creditori, che si intendono coinvolgere nella convenzione, tanto più la loro suddivisione in categorie dovrebbe essere idonea a garantire maggiore efficienza all'istituto in esame, sia in termini di proposizione ed accoglimento dell'opposizione (riducendone, si intende, il rischio), sia in termini di contenuto della convenzione. Infatti, ove si scegliesse di non suddividere i creditori finanziari in categorie più ristrette¹⁶³ e di proporre loro un unico trattamento, il debitore finirebbe per essere "costretto ad un compromesso al ribasso, ossia a calibrare la propria proposta per l'intera categoria sul livello dei creditori meno disponibili a concedere una dilazione sui propri crediti"¹⁶⁴. A parere di chi scrive, quindi, la facoltà di strutturare il ceto dei creditori finanziari in categorie omogenee, non solo dovrebbe essere

¹⁶² Che costituisce una condizione da assolvere sempre e comunque, a prescindere cioè dalla formazione di categorie. La formulazione della norma non lascia dubbi a riguardo e, comunque, diversamente opinando, si permetterebbe al principio maggioritario di operare tra soggetti con posizioni giuridiche diverse, il che realizzerebbe un'evidente violazione del principio di eguaglianza

¹⁶³ Posto che una simile scelta possa essere interpretata

¹⁶⁴ Così I. L. NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, cit., p. 1106, che precisa che sarebbe inammissibile la costituzione di una categoria ove includere i creditori più indulgenti, giacché si avrebbero "categorie diverse per creditori aventi posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei"

espressamente prevista nella vigente disciplina della convenzione di moratoria, al fine di fugare ogni dubbio circa la possibilità di ricorrervi, ma realizzerebbe una scelta obbligata, in tutti quei casi in cui si fosse in presenza di banche e intermediari finanziari con posizione giuridica ed interessi economici non omogenei. E' evidente che una decisione presa a maggioranza non potrebbe essere estesa ai dissenzienti, ove quest'ultimi non avessero una posizione omogenea a quella degli aderenti. Al contempo, mi sembra che l'operatività della fattispecie non possa essere aprioristicamente limitata ai soli casi che nella realtà si verificheranno più di frequente, ma debba ricomprendere anche le diverse ipotesi astrattamente possibili. Non pare un caso, infatti, che il legislatore abbia preferito utilizzare il verbo "potere", piuttosto che "dovere" in merito alla creazione delle categorie: non è da escludersi l'ipotesi che i creditori che si intende coartare con la convenzione abbiano tutti posizione giuridica ed interessi economici omogenei e che, quindi, la loro suddivisione in categorie non risulterebbe necessaria.

In conclusione, quindi, si ritiene che a seconda delle caratteristiche della crisi e dell'esposizione debitoria, su cui si intende operare, il debitore potrà ritenere più opportuno stipulare o una sola convenzione, in cui sia prevista alcuna categoria e quindi un unico trattamento per tutti i creditori finanziari, o una convenzione con più categorie e diversi trattamenti (ipotesi certamente più frequente), o più convenzioni di moratorie.

Rispetto a questa seconda ipotesi, occorre fare alcune precisazioni.

In primo luogo, è evidente che, in questi casi, la percentuale minima di consensi, pari al 75%, necessaria per estendere gli effetti dell'accordo, anche ai creditori dissenzienti, debba essere calcolata con riferimento alla composizione della singola categoria¹⁶⁵. In secondo luogo, è possibile che il

¹⁶⁵ Come precisa L. M. QUATTROCCHIO, *op. cit.*, p. 10, "non può prodursi un effetto compensativo fra classi diverse (a parità di valore, un po' del 75% in una classe e un po' più del 75% in un'altra). L'alternativa, infatti, potrebbe condurre al paradosso per cui i creditori finanziari appartenenti ad una classe siano tutti contrari al trattamento loro riser-

medesimo intermediario finanziario vanti una pluralità di rapporti creditori nei confronti dello stesso debitore: la sua posizione potrà essere “spacchettata” ed il creditore medesimo inserito in più categorie, in ragione dello specifico rapporto di credito cui s’intende riferirsi per la creazione della categoria stessa. Infine, è opportuno precisare che non è possibile formare una categoria che riunisca i soli creditori dissenzienti: come precisa autorevole dottrina¹⁶⁶, “la circostanza, che la banca esprima un rifiuto o una non adesione all’accordo proposto, costituisce un risultato della fase di formazione del contratto ed esprime solo la valutazione della proposta di accordo e non ha nulla a che fare con le caratteristiche del credito o dell’interesse, che possono contraddistinguere e qualificare le diverse posizioni creditorie”¹⁶⁷.

A differenza di quanto previsto in ambito concordatario, il legislatore, in sede di convenzione di moratoria, non si è preoccupato di precisare che trattamenti differenziati possano interessare soltanto soggetti appartenenti a classi diverse. Tale silenzio, secondo la dottrina minoritaria¹⁶⁸, consisterebbe, non in un’involontaria omissione, ma in una precisa scelta legislativa. In particolare, è stato sostenuto che, mentre nella disciplina concordataria tale specificazione è stata prevista al fine di ripristinare l’operatività del principio della *par condicio creditorum*, caposaldo delle procedure concorsuali, a cui la suddivisione in classi, evidentemente, deroga, con riferimento agli istituti disciplinati dall’art. 182 *septies* una

vato, che verrebbe comunque imposto dall’accordo raggiunto – in ipotesi – all’unanimità nelle altre classi”

¹⁶⁶ Così B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, cit., p. 6

¹⁶⁷ B. INZITARI, *ibidem*. Di conseguenza, laddove la banca dissenziente non sia riconducibile ad una categoria, i cui componenti abbiano posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli del creditore recalcitrante, l’unica soluzione sarà quella di trattarla alla stregua di un creditore estraneo, avente diritto all’integrale e puntuale pagamento dei crediti.

¹⁶⁸ C.L. APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in *ilCaso.it*, 29 dicembre 2015

simile precisazione non sarebbe necessaria, trattandosi di strumenti aventi natura contrattuale, rispetto ai quali il principio della parità di trattamento non ha ragione di operare. La suddivisione in categorie, quindi, costituirebbe lo strumento per derogare all'unanimità dei consensi e per far spazio all'eterogeneità di trattamento all'interno della categoria medesima. A parere di chi scrive, risulta più convincente l'orientamento opposto, seguito dalla dottrina maggioritaria¹⁶⁹, secondo cui l'estensione degli effetti dell'accordo ai creditori dissenzienti sarà possibile solo ove quest'ultimi si trovino nella stessa condizione della maggioranza aderente, dovendo ritenersi violato, altrimenti, il principio di eguaglianza, giacché a situazioni diverse verrebbe riservato il medesimo trattamento. Questo essenzialmente perché, come sostenuto in dottrina, "l'omogeneità di trattamento, tra creditori appartenenti alla medesima categoria, non è conseguenza del concorso (e, pertanto, non viene meno una volta esclusa la natura di

¹⁶⁹ La necessità, di rispettare il principio dalla parità di trattamento all'interno delle singole categorie, è sostenuta da: B. INZITARI, *op. cit.*, p. 6, che scrive che se "si ammettesse la estensione semplice ed indiscriminata dell'accordo a tutte le banche dissenzienti, unicamente sulla base della mera applicazione del principio maggioritario, [...], inevitabilmente verrebbe violato il principio di eguaglianza, in quanto a situazioni diseguali verrebbe assegnato lo stesso trattamento [...]"; A. NIGRO, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria*, cit., p. 9, che si domanda se l'unicità del trattamento con i creditori aderenti sia condizione implicita per estendere l'accordo ai non aderenti. L'A. ritiene di dover risolvere la questione in senso positivo, soprattutto alla luce dell'automaticità dell'estensione degli effetti (aspetto che verrà analizzato *infra*), riflessione che mi pare essere pienamente condivisibile; R. RANALLI, *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182 septies*, cit., p. 894, che scrive che, all'interno di un'unica categoria, altrettanto unico debba essere il contenuto delle pattuizioni, poiché diversamente opinando, "l'individuazione, tra molteplici pattuizioni, di quella che si intende coartare sarebbe meramente arbitraria e costituirebbe una prevaricazione del debitore". L'espressione è di L. VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in "Crisi d'Impresa e Fallimento", *ilCaso.it*, 2015, p.7, anch'egli favorevole ad ammettere l'operatività del principio della parità di trattamento all'interno delle categorie, anche alla luce dell'automaticità dell'estensione degli effetti; I. L. NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, cit., p. 1104, che sottolinea che "in caso di previsione di categorie, al fine di propalare gli effetti ai creditori non aderenti, il debitore avrà l'onere di costruire le categorie in modo omogeneo [...] ma altresì di articolare la convenzione di moratoria in modo tale da poter assegnare a ciascuna categoria un "trattamento economico omogeneo", compatibile con tutti i creditori appartenenti ad essa".

procedura concorsuale dell'istituto) ma è inderogabilmente – ancorché implicitamente – presupposta dall'adozione della regola di maggioranza, che può essere applicata solo nella misura in cui il *quorum* sia calcolato in relazione a soggetti chiamati a esprimersi sulla medesima proposta negoziale¹⁷⁰. Diversamente opinando, si arriverebbe ad ammettere l'operatività di una convenzione, che prevede trattamenti diversi per la maggioranza aderente e la minoranza recalcitrante dei creditori finanziari, “non rilevando affatto il consenso della seconda, perché comunque coartabile, in ragione del raggiungimento della percentuale necessaria ad estendere coattivamente gli effetti dell'accordo”¹⁷¹. Una simile soluzione non mi sembra in alcun modo condivisibile.

Per quanto riguarda la formazione delle categorie, il legislatore, a fronte di una diversa denominazione rispetto a quella usata nel concordato preventivo (*categoria*, piuttosto che *classe*), ne ha richiamato il medesimo contenuto descrittivo, riferendosi, per l'appunto, all'omogeneità di posizione giuridica e di interesse economico. Si tratta di concetti già conosciuti, in ambito fallimentare (proprio perché introdotti con la disciplina concordataria) e che, com'è noto, hanno acceso un ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza che, a lungo, si sono interrogate per delinearne l'esatto perimetro. Nonostante ad oggi non siano stati raggiunti risultati univoci circa l'esatto significato da attribuire ai concetti sopramenzionati, secondo l'orientamento maggioritario¹⁷² è presumibile

¹⁷⁰ M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, cit., p. 30

¹⁷¹ M. AIELLO, *ibidem*

¹⁷² Aderiscono a tale lettura: L. M. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 10, che scrive che pare opportuno “rinviare all'ampio e controverso dibattito sviluppatosi in materia di concordato”; G. FALCONE, *La nuova disciplina delle “convenzioni di moratoria” e l'intervento del professionista attestatore*, cit., p. 569, che sottolinea che le categorie sono “in tutto corrispondenti al concetto di classe presente nella disciplina del concordato preventivo”; I. L. NOCERA, *op. cit.*, p. 1104, ove si legge che per la costruzione delle categorie in maniera omogenea si potrà fare “riferimento all'esperienza maturata nell'ambito delle classi concordatarie”; M. AIELLO, *op. cit.*, p. 28, che scrive che “i criteri di formazione delle cate-

che, nella futura prassi operativa della convenzione di moratoria, ci si rifarà proprio a quegli orientamenti che nel corso degli anni sono emersi in ambito concordatario, se non altro per due motivi: da un lato, perché il legislatore non ha provveduto a fornire, nemmeno in occasione della novella del 2015, alcuna indicazione¹⁷³ sull'accezione da attribuire ai concetti di “posizione giuridica” e di “interesse economico”, rimettendosi, ancora una volta, all'attività di interpretazione degli operatori pratici; dall'altro, perché, a fronte di due denominazioni differenti, non sarebbero sottesi, in realtà, significati altrettanto diversi, dovendo ritenersi dirimente ed inequivocabile la scelta del legislatore di replicarne l'esatto contenuto descrittivo. Di conseguenza, per quanto riguarda la posizione giuridica, alla luce delle più recenti pronunce intervenute in ambito concordatario, rileveranno le caratteristiche soggettive del creditore (banca o intermediario finanziario, italiano o estero), la tipologia del finanziamento (a partire dalla *summa divisio* tra operazioni a breve e lungo termine, così come la sua forma tecnica, ovverosia mutui, anticipazioni, ecc.), la presenza o meno di garanzie¹⁷⁴, la loro capienza, il fatto che siano prestate dal debitore o da terzi, lo stato del credito (ad esempio, che sia stato contestato, che sia stato accertato giudizialmente, che sia munito di titolo esecutivo). Invece, per

gorie si andranno definendo sulla falsariga di quelli che presiedono alla divisione in classi nel concordato preventivo”; D. VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 4, che ritiene che la differente formula (categorie, piuttosto che classi) non sembra comportare una qualche differenza sostanziale.

¹⁷³ Come sottolinea G. FALCONE, *op. cit.*, p. 570, “è certamente condivisibile l'opinione che ha ritenuto “occasione perduta” quella della riforma del 2015, per portare un chiarimento definitivo sul corretto ambito oggettivo delle nozioni appena richiamate”. La carenza di indicazioni precise, infatti, si riverbererà sulla convenzione di moratoria (e sull'accordo di ristrutturazione speciale), ove si riproporranno quelle implicazioni problematica e quell'incertezza operativa che, a lungo, hanno gravato sulle classi del concordato preventivo.

¹⁷⁴ A parere di L.M. QUATTROCCHIO, *op. cit.*, p. 10, potranno essere riuniti nella medesima categoria, ad esempio: “1) i creditori bancari assistiti da identici titoli prelatizi; 2) i creditori ipotecari con equivalente grado di iscrizione ipotecaria; 3) creditori non prelatizi con fonti causalmente simili (crediti da semplice apertura di credito ovvero da anticipazione bancaria, con cessione o meno di crediti, crediti di cassa, crediti autoliquidanti, ecc.)”

quanto riguarda l'interesse economico rileveranno la propensione del creditore alla prosecuzione dei rapporti o, all'opposto, alla liquidazione dei beni, nonché le aspettative di soddisfazione, con particolare riferimento alle garanzie, prestate in suo favore¹⁷⁵.

E' importante precisare che questo orientamento, volto a valorizzare le soluzioni che negli anni sono state formulate per il concordato preventivo, è stato accolto anche in una recente pronuncia del Tribunale di Napoli¹⁷⁶, adito, in sede di opposizione, dal creditore recalcitrante a cui si intendeva estendere gli effetti della convenzione di moratoria, approvata, nel caso di specie, da circa l'85% dei creditori interessati. In particolare, la Corte ha ritenuto condivisibile la relazione del professionista attestatore, nella parte in cui sostiene che le categorie di creditori, previste nell'art. 182 *septies*, siano "assimilabili alle classi del concordato preventivo e che, ai fini della loro formazione, rileveranno oltre alla caratteristica soggettiva di banca o di intermediario finanziario, la forma tecnica del finanziamento (distinguendo tra operazioni a breve e a medio – lungo termine, aperture di credito, anticipazioni con linee autoliquidanti, finanziamenti, mutui, crediti diretti), la presenza o meno di garanzie (in senso tecnico, quali pegni, ipoteche e gli altri privilegi speciali, quanto in senso fattuale), nonché il trattamento che ci si propone di riservare ai singoli componenti del ceto". Inoltre, il Tribunale ha provveduto a precisare che, ai fini del giudizio di omogeneità sulla posizione giuridica dei creditori appartenenti alla medesima categoria¹⁷⁷, siano rilevanti anche le garanzie prestate a loro favore da parte di soggetti terzi, le quali concorrono, al pari delle garanzie offerte dal debitore principale, a connotare la posizione giuridica del creditore¹⁷⁸. Per quanto

¹⁷⁵

¹⁷⁶ Trib. Napoli, 30 novembre 2016, decr. n. 986

¹⁷⁷ Che, nel caso di specie, riuniva le banche finanziatrici garantite

¹⁷⁸ Il professionista attestatore, invece, aveva sostenuto, nella relazione rilasciata ai sensi dell'art. 182 *septies*, quinto comma, che le garanzie, prestate da soggetti terzi, quali i soci dell'impresa debitrice, fossero irrilevanti ai fini del giudizio di omogeneità, in quanto accessorie, volte a rafforzare la tutela del singolo creditore, senza intaccare il giudizio di

riguarda la valutazione sull'interesse economico, invece, la Corte ha chiarito che, a tal fine, contrariamente a quanto sostenuto dal professionista attestatore, non si possa tener conto solo del trattamento offerto con la convenzione medesima, giacché essa, traducendosi essenzialmente in un *pactum de non petendo*, propone a tutti i creditori una mera dilazione del credito. Di conseguenza, il trattamento offerto non potrebbe che essere uguale per tutti i creditori aventi posizione giuridica omogenea¹⁷⁹ e, ove lo si ritenesse l'unico elemento rilevante ai fini della valutazione sull'omogeneità di interesse economico, si priverebbe suddetto vaglio di contenuto proprio. Così, la pronuncia prosegue, sostenendo che per interesse economico è più opportuno considerare "l'interesse del creditore alla soddisfazione delle proprie ragioni e, dunque, la garanzia di soddisfazione" prestata in suo favore, rilevando, quindi, le garanzie accessorie, eventualmente detenute da taluni creditori soltanto¹⁸⁰.

Tuttavia, occorre precisare che, nonostante il medesimo contenuto descrittivo, il concetto di categoria di cui all'art. 182 *septies* non è, comunque, totalmente equiparabile a quello di classe, proprio della

omogeneità, "per cui rileva il comune denominatore della (i) forma tecnica del finanziamento e (ii) garanzia reale che assiste i suddetti crediti". L'opponente, quindi, aveva provveduto a contestare la relazione del professionista, ritenendo che la prestazione di garanzie, da parte di soggetti terzi ai soli creditori aderenti, avesse certamente rilevanza ai fini della valutazione di omogeneità, giacché essa era stata in grado di rendere quest'ultimi indifferenti all'aggravarsi del dissesto del debitore principale. Il Tribunale accoglie la doglianza, affermando che nel giudizio di omogeneità devono essere considerati tutti gli elementi che connotano la posizione giuridica del creditore, tra cui anche le garanzie prestate da terzi, le quali "arricchiscono la posizione giuridica e le tutele che il creditore beneficiario ha a disposizione, concretando ulteriori possibilità di soddisfazione del proprio credito".

¹⁷⁹ Il Tribunale di Napoli, infatti, specifica che debba ritenersi inammissibile il caso in cui la convenzione di moratoria preveda diverse condizioni di dilazione per i diversi creditori appartenenti alla medesima categoria (dimostrando così di condividere l'orientamento maggioritario, in tema di operatività del principio di parità di trattamento all'interno delle singole categorie di creditori, eventualmente previste nella convenzione)

¹⁸⁰ La Corte accoglie così la doglianza dell'opponente, che lamentava la disomogeneità dei propri interessi economici, rispetto a quelli dei creditori aderenti: quest'ultimi, infatti, potendo contare sulle garanzie, offerte loro, da soggetti terzi, si sosteneva rimanessero indifferenti a che l'attività venisse proseguita o che si procedesse alla liquidazione fallimentare.

disciplina concordataria, discostandosene per almeno due aspetti. In primo luogo, è stato sostenuto¹⁸¹ che l'elemento che maggiormente differenzia i due strumenti consiste proprio nella genesi di ciascuno di essi: infatti, mentre nel concordato preventivo la creazione delle classi di creditori è rimessa alla determinazione unilaterale del debitore, nell'accordo di ristrutturazione speciale e nella convenzione di moratoria la suddivisione del ceto creditorio, in categorie omogenee, discende direttamente dalla fase di negoziazione. Questo perché, essendo la convenzione di moratoria un accordo tra debitore e creditori, è difficile ipotizzare che, in sede di negoziazione, quest'ultimi si dimostrino pronti ad accettare un trattamento uniforme, a fronte di differenti posizioni giuridiche ed interessi economici, vantati da ciascuna banca nei confronti del debitore, tant'è che la formazione di *cluster* omogenei, si dice, finirebbe per consistere in una scelta di fatto necessaria, in quanto contemplata in un accordo, che, diversamente, difficilmente andrebbe a buon fine¹⁸².

Il secondo elemento, che segna un'importante differenza tra i due concetti, consiste nel fatto che le categorie della convenzione di moratoria non rilevano ai fini della formazione della maggioranza necessaria per l'approvazione dell'accordo, a differenza di quanto avviene con le classi, in sede di concordato preventivo¹⁸³.

¹⁸¹ R. RANALLI, *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182 septies*, cit., p. 894

¹⁸² Con questo, precisa l'A., non si intende escludere la possibilità che venga prevista un'unica categoria, "ma a condizione che possa essere formulata un'unica proposta per i creditori, senza violare gli interessi economici che discendono dalle rispettive posizioni giuridiche". Così R. RANALLI, *op. cit.*, p. 894

¹⁸³ Con ciò si intende dire che, mentre per l'approvazione del concordato preventivo è necessario che siano raggiunte due maggioranze, quella per somma e quella per classi, per rientrare nella fattispecie di cui all'art. 182 *septies* è sufficiente che la maggioranza rafforzata venga raggiunta in almeno una delle categorie formate in sede di negoziazione.

5. Le deroghe agli articoli 1372 e 1411 c.c.

Quello delle deroghe agli artt. 1372 e 1411 c.c. è sicuramente uno dei temi più dibattuti in ambito di convenzione di moratoria (nonché di accordi di ristrutturazione del debito con banche ed intermediari finanziari, essendo l'inciso presente anche nel primo comma della norma in esame), e, al contempo, l'aspetto più innovativo¹⁸⁴ della disciplina. Infatti, come precedentemente precisato, quelli di moratoria erano accordi già conosciuti nella prassi della crisi d'impresa, anche se, non di rado, la loro conclusione finiva per naufragare, a causa del fenomeno del *free riding*. Preso atto della loro perdurante incidenza nell'ambito delle soluzioni stragiudiziali, il legislatore del 2015 ne ha voluto implementare l'efficacia, prevedendo che, a determinate condizioni¹⁸⁵, gli effetti dell'accordo raggiunto con la maggioranza qualificata dei creditori finanziari possano essere estesi anche alla minoranza dissenziente, forzandone la volontà ad aderirvi. Nella redazione della norma, si è ritenuto opportuno specificare che, per raggiungere suddetto scopo, la disciplina della convenzione e degli accordi di ristrutturazione "rafforzati"¹⁸⁶ deroghi al disposto degli artt. 1372 e 1411

¹⁸⁴ Come sottolineato dalla dottrina (M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, cit., p. 20), il fenomeno, in realtà, non è del tutto nuovo alla disciplina fallimentare, giacché anche gli accordi di ristrutturazione, ex art. 182 *bis*, sono idonei ad incidere, in qualche misura, sulla sfera giuridica dei creditori non aderenti, i quali, a seguito del vaglio omologatorio, svolto dal tribunale, subiranno una moratoria di centoventi giorni, per l'integrale riscossione del loro credito, si vedranno preclusa la possibilità di esperire l'azione revocatoria, per gli atti posti in essere in ragione di quanto pattuito, nonché le azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore. Tuttavia è stato osservato che i sopramenzionati effetti non costituiscono propriamente una deroga alla generale efficacia relativa del contratto, giacché discendono, non dalla pattuizione in sé, quanto dall'omologazione dell'accordo, da parte del tribunale.

¹⁸⁵ Esse consistono in: il raggiungimento della maggioranza del 75% dei creditori finanziari, interessati dall'accordo; il coinvolgimento dei dissenzienti nelle trattative; l'attestazione di un professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), sull'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici fra i creditori interessati. Tali condizioni verranno analizzate in dettaglio *infra* (Cap. II, par. 6)

¹⁸⁶ Così li definisce M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., p. 1270, nota 4, "perché forzano la volontà di un creditore", rendendo più semplice pervenire all'omologazione

c.c., i quali disciplinano, rispettivamente, l'efficacia relativa del contratto e la fattispecie del contratto a favore di terzo.

Prima di procedere all'analisi dell'inciso, ritengo opportuno svolgere alcune considerazioni preliminari.

Innanzitutto, è da chiarire che, solo ove si accolga la tesi circa la natura negoziale degli accordi, previsti e disciplinati dall'art. 182 *septies*, la questione relativa alla opportunità e correttezza del richiamo alle disposizioni civilistiche, ha ragione d'essere. Evidentemente, se si ritiene che l'operatività del principio maggioritario sia elemento di per sé solo sufficiente per ricondurre questi strumenti nel coacervo delle procedure concorsuali, allora l'asserita deroga alle disposizioni civilistiche è senz'altro fuorviante e non dovrebbe assumere alcun rilievo pratico. Al contrario, ove si intenda condividere la tesi proposta in questo elaborato circa la natura negoziale degli accordi di cui all'art. 182 *septies*, allora l'inciso merita attenta valutazione.

E' parimenti opportuno precisare che, nonostante sia stata prevista, in modo identico, per entrambi gli istituti dell'art. 182 *septies*, la deroga alle disposizioni civilistiche opera in modo diverso, nell'accordo di ristrutturazione speciale e nella convenzione di moratoria. Nel primo caso, infatti, il vincolo per i creditori dissenzienti sorge in ragione dell'omologazione, intervenuta sull'accordo, da parte del tribunale¹⁸⁷,

¹⁸⁷ E ciò segna un'evidente similitudine tra gli accordi di ristrutturazione ordinari e quelli speciali, ma non rende superflua la previsione, relativa alle deroghe civilistiche, propria dell'art. 182 *septies*. M. AIELLO, *op. cit.*, p. 21, infatti, evidenzia che nel caso dell'art. 182 *bis* gli effetti, estesi ai creditori estranei, sono "tassativamente predeterminati", consistendo, come suddetto, nella moratoria di centoventi giorni, nel blocco delle azioni esecutive e cautelari e nell'esenzione da azione revocatoria. Ciò rende la fonte degli effetti, che i terzi subiranno, di natura esclusivamente legale e, di conseguenza, esclude la possibilità che si ponga qualsiasi problema di compatibilità tra la norma ed il *vulnus* del principio ex art. 1372 c.c.. Nell'art. 182 *septies*, invece, il contenuto da estendere *ultra vires* sarà, di volta in volta, liberamente determinato dai paciscenti, con il solo limite, previsto dal settimo comma della norma in esame, consistente nel divieto di imporre nuove prestazioni. In questo caso, quindi, non sembra possibile parlare di estensione di effetti legali, non derivando gli stessi direttamente dalla previsione di legge, quanto dall'accordo di ri-

constando la fattispecie di “due fasi successive, la prima negoziale e la seconda giudiziale”¹⁸⁸. La convenzione di moratoria, invece, non necessita di alcun *imprimatur* giudiziale, giacché l’estensione degli effetti dell’accordo discende, direttamente, dall’incontro delle volontà delle parti, fermo restando che, comunque, dovranno essere adempiute le particolari condizioni, previste dell’art. 182 *septies*, quinto e sesto comma. Di conseguenza, se l’intervento del tribunale è, in questi casi, meramente eventuale, in quanto subordinato all’esperimento dell’opposizione da parte del creditore la cui volontà si intende coartare, quello di un altro soggetto esterno, ovverosia il professionista attestatore, è assolutamente imprescindibile, in ragione del disposto dell’ultimo periodo del quinto comma (che lo annota, per l’appunto, tra le condizioni da adempiere necessariamente, al fine di profittare del meccanismo di estensione coattiva degli effetti dell’accordo). Il legislatore, infatti, si è preoccupato di prevedere che, almeno sull’attestazione dell’omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici, tra i creditori interessati dalla convenzione, la decisione dei paciscenti non sia di per sé sola sufficiente, dovendo essere integrata dalla valutazione di un soggetto esterno, in possesso dei requisiti di cui all’art. 67, terzo comma, lett d). Ad ogni modo, ciò che è opportuno sottolineare è che l’accordo moratoria non si compone di due fasi, ma, quantomeno potenzialmente, si esaurisce nel momento privatistico, rendendo la deviazione dalle norme civilistiche ancora più evidente¹⁸⁹.

Un’altra precisazione, preliminare all’analisi dell’inciso, consiste nel definire l’esatta portata delle deroghe, che, come è stato rilevato in

strutturazione, su cui sia intervenuta l’omologazione. E ciò vale, a fortiori, per la convenzione di moratoria, ove non è richiesto nemmeno il vaglio del tribunale.

¹⁸⁸ M. AIELLO, *op. cit.*, p. 23

¹⁸⁹ Tant’è che M. AIELLO, *op. cit.*, p. 21, ritiene che, con riguardo alla convenzione di moratoria, dovrebbe parlarsi di “contratto con efficacia estesa al terzo”

dottrina¹⁹⁰, dovrebbero riferirsi l'una al primo periodo del primo comma dell'art. 1372 c.c. (laddove prevede che «il contratto ha forza di legge tra le parti») e l'altra al primo comma dell'art. 1411 c.c. (ove si stabilisce che «è valida la stipulazione a favore di un terzo qualora lo stipulante vi abbia interesse»). Solo parte minoritaria della dottrina ha ritenuto appropriato questo richiamo, giacché, secondo l'opinione maggioritaria, esso finisce per essere, piuttosto, ingiustificato e foriero di ambiguità. All'interno di ciascun orientamento (l'uno favorevole e l'altro contrario al riferimento alle disposizioni del codice civile), si registrano differenti opinioni, talora convergenti su alcune riflessioni, talora profondamente diverse, il che rende opportuna un'analisi specifica, individuale, per ciascuna di queste sfumature di pensiero. Tuttavia, prima di scendere nel dettaglio della disamina, è opportuno evidenziare come, tra le diverse proposte interpretative elaborate in dottrina, possa ravvisarsi una sorta di filo rosso, ovvero sia la diffusa preoccupazione¹⁹¹ che le modifiche apportate, sempre più di frequente, alla disciplina fallimentare siano ispirate ad esigenze diverse, contingenti, talora tra di loro confliggenti e, per questo, prive di una *ratio* unitaria di fondo, di un disegno d'insieme che le accomuni. Ed una simile preoccupazione si acuisce di fronte a quei casi (come quelli dell'art. 182 *septies*) in cui il legislatore si è sentito, comunque, legittimato a derogare ai principi istituzionali in materia contrattuale (tra cui, *in primis*, quello dell'efficacia relativa degli effetti del contratto), scegliendo di assicurare la continuità aziendale, anche a costo di forzare l'adesione dei creditori ad un accordo che intendevano, giustificatamente o meno, rifiutare (o escludendo il diritto di opzione dei soci dell'impresa in crisi, come nel

¹⁹⁰ L. VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 2

¹⁹¹ In tal senso M. SPIOTTA, *Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, in *Giur. it.*, aprile 2016, p. 1020; M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in "Crisi d'Impresa e Fallimento", *ilCaso.it*, 2015, p. 20; N. NISIVOCCIA, *Il nuovo art. 182 septies l. fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?*, cit., p. 1184

caso dell'art. 163 l.f.¹⁹²). In assenza di una chiara definizione della direzione che si intende percorrere, si rischia di andare incontro ad un scenario complesso, in cui il legislatore potrebbe finire per sentirsi legittimato ad abusare del potere di cui gode, al punto di arrivare ad abbattere i pilastri del nostro ordinamento giuridico, realizzando quella che la dottrina¹⁹³ ha definito come una “fallimentarizzazione” del diritto civile (quando dovrebbe auspicarsi, piuttosto, una “civilizzazione del diritto fallimentare”).

5.1 Le diverse interpretazioni proposte in dottrina

Secondo la dottrina minoritaria¹⁹⁴, il richiamo da parte della norma in esame agli artt. 1372 e 1411 c.c., preceduto, *expressis verbis*, dall'inciso “in deroga a”, non lascia alcuno spazio ad interpretazioni diverse da quella letterale e, di conseguenza, si deve prendere atto della deroga che il disposto dell'art. 182 *septies* effettivamente realizza rispetto alle citate norme del codice civile. “Gli esercizi ermeneutici, che pure sono stati compiuti, per ridimensionare il *vulnus* inferto ai pilastri del nostro ordinamento giuridico”¹⁹⁵, troverebbero, infatti, un ostacolo insormontabile nella lettera espressa della norma. Tale conclusione, tuttavia, non dovrebbe destare particolari perplessità, giacché, come sostenuto da altri¹⁹⁶, il richiamo agli artt. 1372 e 1411 c.c. troverebbe adeguata giustificazione, a seconda che gli effetti dell'accordo, che si intende estendere ai creditori recalcitranti, siano qualificabili come vantaggi o svantaggi. Infatti, ove tali

¹⁹² Quest'ultima disposizione, introdotta nel 2015 e vigente in ambito concordatario, riconosce ai creditori la possibilità di formulare proposte concorrenti a quella del debitore e, ove quest'ultimo abbia la forma di società per azioni o a responsabilità limitata, di prevederne un aumento del capitale, con esclusione o limitazione del diritto di opzione (e qui sta la vera novità della norma)

¹⁹³ M. SPIOTTA, *op. cit.*, p. 1038

¹⁹⁴ M. SPIOTTA, *ivi*, p. 1020

¹⁹⁵ M. SPIOTTA, *ibidem*

¹⁹⁶ N. NISIVOCCIA, *op. cit.*, p. 1184

effetti fossero sfavorevoli¹⁹⁷, appropriata sarebbe la deroga al principio della relatività dell'efficacia del contratto (ed ivi risiederebbe il senso più profondo della novità della novella: “nel consentire il sacrificio dei diritti dei terzi, se e quando tale sacrificio possa condurre al superamento della crisi d'impresa, considerato quale bene preminente e da ottenere a qualunque costo”¹⁹⁸). Tuttavia, “niente esclude che i terzi possano risultare avvantaggiati dagli accordi cui sono rimasti estranei; ed è questa l'ipotesi cui necessariamente rinvia il riferimento all'art. 1411”¹⁹⁹. La deroga a tale norma, si precisa, dovrebbe consistere nel fatto che, mentre in base alla disciplina codicistica “il terzo può rifiutare la prestazione a suo favore”, la novellata legge fallimentare scardina la teoria dell'autodeterminazione, consentendo la propalazione di effetti, sia pur favorevoli (ma, evidentemente, non percepiti come tali dai non aderenti), nonostante il (e, non più, solo in assenza del) rifiuto del terzo²⁰⁰. Secondo altra parte della dottrina²⁰¹, nello stesso senso dovrebbe essere interpretata, in realtà, anche la deroga all'art. 1372 c.c., poiché quest'ultimo consentirebbe, già di per sé, il prodursi di effetti favorevoli nella sfera del terzo, sempreché non consti, ovviamente, del suo rifiuto. Entrambe le deroghe, quindi, dovrebbero “consistere nel consentire il prodursi degli effetti (ancorché favorevoli), nonostante il rifiuto del terzo”²⁰².

¹⁹⁷ E tale ipotesi, secondo N. NISIVOCCIA, *op. cit.*, p. 1184, dovrebbe essere quella più frequente, soprattutto con riferimento all'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti con banche ed intermediari finanziari. Infatti se è inconfutabile il fatto che “vantaggi e svantaggi sono parimenti relativi”, tuttavia sembra innegabile che “un accordo di ristrutturazione sia peggiorativo in confronto al soddisfacimento integrale”, fermo restando che la valutazione finirà per essere diversa davanti alla prospettiva del fallimento

¹⁹⁸ N. NISIVOCCIA, *ibidem*

¹⁹⁹ N. NISIVOCCIA, *ibidem*

²⁰⁰ Così M. SPIOTTA, *op. cit.*, p. 1023, la quale, inoltre, aggiunge che “proponendo una lettura, forse un po' audace, se ne potrebbe ricavare, in via interpretativa, un divieto di condotte “autolesioniste”, come rifiutare di aderire ad un accordo economicamente più efficiente rispetto alla liquidazione fallimentare”

²⁰¹ G. FALCONE, *La nuova disciplina delle “convenzioni di moratoria” e l'intervento del professionista attestatore*, cit., p. 566

²⁰² G. FALCONE, *ibidem*

Altro orientamento²⁰³, se si dichiara concorde nel ritenere che la deroga all'art. 1372 c.c. abbia la funzione di escludere la limitazione degli effetti²⁰⁴ dell'accordo (di ristrutturazione o di moratoria) ai soli creditori aderenti, sancendone l'estensione coattiva ai terzi, si preoccupa altresì di precisare che il richiamo all'art. 1411 c.c. debba essere letto nel senso di escludere tanto l'eventualità che, una volta raggiunto il consenso del 75% dei creditori, l'accordo possa essere revocato o modificato finché il terzo (creditore non aderente) non abbia dichiarato di volerne approfittare, tanto l'operatività del terzo comma della norma in esame che sancisce che, in caso di efficace revoca o modifica della stipulazione a favore del terzo, la prestazione, non più dovuta a quest'ultimo, spetterebbe allo stipulante.

L'orientamento maggioritario²⁰⁵ ritiene, invece, che il richiamo agli articoli del codice civile non sia del tutto appropriato, anche se, come anticipato poco sopra, diverse sono le ragioni richiamate da ciascun autore per giustificare la censura fatta a tale scelta legislativa.

Secondo parte della dottrina²⁰⁶, il richiamo alle norme civilistiche sarebbe inopportuno perché, per quanto riguarda l'art. 1372 c.c., esso già contempla, di per sé, la possibilità di derogare al principio di relatività degli effetti del contratto²⁰⁷, e, con riferimento all'art. 1411 c.c., nessuna deroga sembra potersi ipotizzare “perché il legislatore, con l'art. 182 *septies* – e, prima ancora, con l'art. 182 *bis*, primo comma, nella parte in cui prevede un

²⁰³ M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, cit., p. 538

²⁰⁴ L'A. precisa che si tratta di “effetti diretti e non riflessi, non derivando dall'esecuzione dell'accordo tra i pattuenti ma incidendo direttamente sulla posizione giuridica del terzo creditore non aderente”

²⁰⁵ L. VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 2; L. PROVARONI, *Accordo di ristrutturazione e convenzione di moratoria: effetti per i creditori finanziari dissenzienti*, cit., p. 77; L. BALESTRA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, cit., p. 455; I. L. NOCERA *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, cit. p. ;

²⁰⁶ L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 455

²⁰⁷ Infatti al secondo comma si stabilisce che “Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi, che nei casi previsti dalla legge”

differimento dell'esigibilità in relazione ai crediti dei non aderenti all'accordo – contempla effetti, non già favorevoli, bensì sfavorevoli, rispetto ai soggetti (creditori) non sottoscrittori dell'accordo"²⁰⁸. Secondo questo orientamento, quindi, gli accordi in esame dovrebbero essere qualificati come "contratti a sfavore di terzo"²⁰⁹. Tuttavia, è stato obiettato²¹⁰ che così opinando si finirebbe per sollevare criticità difficilmente superabili²¹¹, giacché si sarebbe "costretti ad ammettere, in deroga ai principi comunemente accettati, che la libera volontà delle parti

²⁰⁸ A. BALESTRA, *ibidem*. L'A. prosegue affermando che l'asserita deroga all'art. 1411 c.c. trova ancor meno giustificazione ove si pensi che gli effetti, che si producono nella sfera del terzo, derivino, non già dall'accordo delle parti, ma dalla decisione demandata all'autorità giudiziaria, cui spetta verificare il raggiungimento delle maggioranze prescritta e la sussistenza degli altri presupposti, al fine di omologare l'accordo raggiunto tra le parti. Tuttavia, tale conclusione non può che riferirsi esclusivamente agli accordi di ristrutturazione speciali, giacché, come si è detto, la convenzione di moratoria si esaurisce nel momento privatistico, rilevando la fase giudiziale solo ai fini dell'esclusione degli effetti dell'accordo rispetto al creditore dissenziente

²⁰⁹ Tale soluzione è condivisa da M. PERRINO, , *Gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, cit., p. 22 e da M. SPIOTTA, *Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, cit., p. 1023, che, ferma restando l'impossibilità di contravvenire al tenore letterale della norma, ritiene opportuno qualificare, come "contratto a sfavore di terzo", non solo le ipotesi dell'art. 182 *septies*, ma anche quelle dell'art. 163, quinto comma. Inoltre, precisa l'A., stipulando i paciscenti un accordo, in grado, in ambo i casi, di vincolare anche altre persone, *de jure condendo* "potrebbe prendere forma una nuova forma di responsabilità per propagazione degli effetti del contratto ai terzi", "basata proprio sugli effetti ultra *partes* dell'intesa raggiunta"

²¹⁰ M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, cit., p. 24

²¹¹ A. NIGRO, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria*, cit., p. 5, che pure condivide l'idea che gli effetti estesi ai creditori dissenzienti siano negativi, tuttavia sottolinea che, nel caso in cui la deroga al principio di relatività degli effetti del contratto determini, come nel caso di specie, la produzione di effetti negativi nella sfera giuridica del terzo, essa debba trovare un'adeguata giustificazione, che, nel caso degli accordi dell'art. 182 *septies*, non è affatto semplice da cogliere. Nella relazione al disegno di legge di conversione sembrerebbe che tale ragione consista nella necessità di superare l'ostruzionismo dei creditori finanziari, ma tale soluzione non è condivisa dall'A., per due ordini di motivi: da un lato, si ritiene che la possibilità di tenere comportamenti ostruzionistici faccia parte della logica stessa degli accordi di ristrutturazione, "che proprio nella loro elasticità ed adattabilità alle singole relazioni creditore – debitore trovano il loro maggiore pregio"; dall'altro, l'A. giudica poco opportuna la scelta del legislatore di limitare "la strada dell'estensione coattiva degli effetti ai soli creditori finanziari", ove la ragione ultima dell'introduzione di tale meccanismo consista, come si è detto, nel tentativo di superare ingiustificati ostruzionismi. "Dal che, i dubbi, anche di incostituzionalità sotto il profilo sia dell'irragionevolezza sia della disparità di trattamento".

possa incidere sulla sfera del terzo per pregiudicarla, così attribuendo ai paciscenti il ruolo di arbitro del contrasto tra l'interesse generale al buon esito della ristrutturazione e quello particolare di quanti si oppongono alla soluzione individuata dal debitore e da alcune soltanto delle sue controparti. Senonché, nel nostro ordinamento, tale ruolo spetta, almeno di regola, al giudice²¹².

D'altro canto, ad escludere l'asserita natura "sfavorevole" degli accordi di cui all'art. 182 *septies*, è intervenuto un orientamento minoritario²¹³, secondo il quale, se è condivisibile l'opinione circa l'inopportunità dell'asserita deroga al disposto dell'art 1372 c.c., giacché l'istituto in esame costituisce uno di quei "casi previsti dalla legge", indicati al secondo

²¹² Secondo M. AIELLO, *op.cit.*, p. 25, se la convenzione di moratoria fosse idonea a propalare effetti negativi nei confronti dei creditori non aderenti, la questione che si porrebbe all'interprete non rilevarebbe tanto sul piano civilistico (atteso che, da un lato, i contratti, stipulati a norma dell'art. 1411 c.c., possono porre a carico del terzo, non solo benefici, ma anche oneri e che, dall'altro, l'art. 182 *septies*, essendo norma pari-ordinata alle regole generali sul contratto, ben possa derogarvi) ma investirebbe quello costituzionale. Le norme in merito rilevanti sarebbero quelle degli artt. 3, 24 e 43 Cost. (nonostante M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., p. 1275, rilevi che, "il principio espresso dall'art. 1372 c.c. esprime una chiara declinazione del principio di autonomia negoziale e, se si fa un passo avanti, si coglie che questo principio fa rinvio a quello di autonomia privata e, dunque, ad una sua rilevanza costituzionale"). Al fine di verificare la legittimità dell'istituto in esame, determinanti risultano essere le disposizioni dettate circa il procedimento di opposizione (nel caso della convenzione di moratoria, e di omologazione, nel caso dell'accordo di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari), con particolare riferimento ad una delle tre condizioni, il cui rispetto il tribunale è chiamato a verificare in tale sede, ovvero sia l'accertamento dell'idoneità dell'accordo a soddisfare il creditore finanziario dissenziente in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. Seppur tale previsione sconti, nel caso della convenzione di moratoria, una formulazione tutt'altro che felice (rinviando il sesto comma della norma ad una disposizione pensata per gli accordi di ristrutturazione), è proprio la medesima ad assicurare la legittimità delle norma in esame, giacché attribuisce al tribunale il potere di sottrarre i creditori finanziari dissenzienti al meccanismo di propalazione (automatica) degli effetti dell'accordo, raggiunto con la maggioranza qualificata dei creditori finanziari, laddove esso finisca per arrecare loro un pregiudizio, nel senso di assoggettarli ad un trattamento sfavorevole, deteriore rispetto alle prospettive di soddisfazione, per loro realizzabili facendo ricorso ad una diversa modalità di regolazione della crisi d'impresa. Di conseguenza, grazie al c.d. giudizio di *cram down*, svolto dal tribunale in sede di opposizione (o di omologazione) è da escludersi che sia possibile riferirsi agli strumenti di cui all'art. 182 *septies* nei termini di "contratti a sfavore di terzo".

²¹³ I.L. NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, cit., p. 1109

comma come possibili eccezioni al principio “*alteri stipulari nemo potest*”, per quanto riguarda il richiamo all’art. 1411 c.c., invece, è da ritenersi che la convenzione di moratoria integri un’ipotesi di contratto, non già a sfavore, ma a favore di terzo. Premesso che i tratti indefettibili delle fattispecie consistono (i) nel vantaggio economico indiretto in capo al terzo, derivante dal contratto intervenuto tra altri soggetti e (ii) nell’interesse ad attribuire direttamente al terzo tale vantaggio, ambo tali elementi sarebbero rinvenibili anche nella convenzione di moratoria. Infatti, posto che all’imprenditore in crisi sia attribuibile il ruolo del promittente (ovverosia il soggetto da cui il terzo acquisisce il diritto) e al creditore aderente quello dello stipulante, per quanto riguarda il primo aspetto, il vantaggio economico per il terzo consisterebbe nella possibilità di partecipare ad una soluzione concordata, volta ad evitare che lo stato di crisi del debitore naufraghi in una ben più grave insolvenza e tale da assicurargli una soddisfazione se non migliore, quantomeno uguale rispetto a quella che realizzerebbe, ricorrendo ad una delle alternative concretamente praticabili; per quanto riguarda il secondo elemento, si ritiene, invece, che l’interesse del creditore aderente consista nel vincolare anche il terzo non aderente, al fine di assicurarsi il buon esito dell’operazione di ristrutturazione, cui la moratoria è funzionale, e, quindi, la soddisfazione del proprio credito. Di conseguenza, nessuna deroga sarebbe ipotizzabile rispetto al disposto dell’art. 1411 c.c., nemmeno con riferimento ai commi secondo e terzo, giacché la norma riconoscerebbe già di per sé la facoltà di derogarvi.

A parere di chi scrive, è pienamente condivisibile l’asserzione circa l’insussistenza della deroga alla fattispecie del contratto a favore di terzo; altrettanto, però, non è possibile dire per le ragioni che ne sono poste a fondamento. Infatti, ritengo che la fattispecie della convenzione di moratoria, di cui all’art. 182 *septies*, non possa essere ricondotta nell’alveo dei contratti a favore di terzo essenzialmente perché, per quanto ai creditori dissenzienti non potranno essere imposte soluzioni deteriori rispetto alle

alternative concretamente praticabili, è pur vero che le convenzioni di moratoria finiscono per attribuire loro, non benefici o posizioni di vantaggio, bensì obblighi, come quello di non agire per la riscossione del credito, di non procedere per la risoluzione del contratto di finanziamento, e così via. Di conseguenza, pare sommamente difficile assimilare simili pattuizioni al vantaggio cui l'art. 1411 c.c. intende riferirsi e, a conferma di ciò, interviene una pronuncia della Suprema Corte²¹⁴, ove si stabilisce che nella fattispecie di cui all'art. 1411 c.c. il terzo rimane esclusivamente beneficiario delle pattuizioni intervenute tra promittente e stipulante e non assume *alcun obbligo* nei confronti di costoro.

Posto, quindi, che l'istituto in esame non rientri nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 1411 c.c., non risulta opportuno parlare di *deroga* in riferimento alla norma sopracitata. Infatti, non mi sembra possibile derogare ad una norma che *ab origine* non si applica alla fattispecie in esame.

Per quanto riguarda il richiamo all'art. 1372 c.c., ritengo che sia evidente che la norma in esame deroghi al principio della relatività degli effetti del contratto in sé, ma non anche all'articolo che tale principio stabilisce, posto che è la norma stessa a disporre, nel secondo comma, che "il contratto non produce effetto rispetto a terzi che nei casi previsti dalla legge". Di conseguenza, se è lo stesso articolo 1372 c.c. a riconoscere alla legge il potere di stabilire i casi in cui sia possibile derogare al principio di relatività degli effetti del contratto, il richiamo, operato dall'art. 182 *septies*, alla disposizione civilistica, nei termini di *deroga*, risulta inopportuno.

La deroga al principio della relatività degli effetti del contratto è da giustificarsi in ragione dell'operatività della regola della maggioranza. A parere di chi scrive, infatti, è da condividere quell'orientamento

²¹⁴ Cass. 9 agosto 1996, n. 7398, che rinvia a Cass. 4 febbraio 1988, n. 1136

dottrinale²¹⁵, in virtù del quale in ambo gli istituti disciplinati dall'art. 182 *septies*, deve ritenersi vigente il principio maggioritario (seppur quella ivi richiesta sia una maggioranza qualificata), alla cui operatività il legislatore ben può appellarsi ove “vi sia un gruppo di soggetti aventi un comune interesse (solitamente nella gestione di un bene comune): in questi casi, è del tutto coerente con i principi dell'ordinamento la previsione che la volontà dei più debba prevalere a fronte della volontà della minoranza”²¹⁶. E' opportuno precisare come i sostenitori di questa tesi ammettano, comunque, che il principio maggioritario operi, tanto nella convenzione di moratoria quanto nell'accordo di ristrutturazione speciale, con formalità evidentemente ridotte²¹⁷, rispetto, ad esempio, a quanto avvenga nel concordato preventivo, non potendo rintracciarsi, negli istituti in esame, una vera e propria adunanza di creditori, costituita *ad hoc* per la discussione e l'approvazione dell'accordo. I momenti ed i luoghi ad essa assimilabili, infatti, si limiterebbero alla sola fase interlocutoria delle trattative, prevedendo l'art. 182 *septies* che “tutti i creditori del gruppo debbano essere *informati delle trattative ed essere messi in condizioni di parteciparvi* in buona fede”. Questa “riunione” avrà luogo, quindi, tra il debitore ed i soli creditori della categoria, che siano interessati (potendo le minoranze, pur informate, come richiede la norma, non parteciparvi), ed essa potrà rimanere priva, almeno nell'ipotesi della convenzione di

²¹⁵ L. VAROTTI, *op. cit.*, p. 2; L. PROVARONI, *op. cit.*, p. 77; F. LAMANNA, *Speciale Decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n.83/2015: accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 4

²¹⁶ L. VAROTTI, *op. cit.*, p. 2

²¹⁷ Autorevole dottrina (F. LAMANNA, *op. cit.*, p. 4) ha sottolineato come, mediante il ricorso all'istituto delle categorie (termine utilizzato al posto di classe, “per pudore e per evitare una sovrapposizione concettuale con l'istituto concordatario”), il legislatore abbia ritenuto di poter aggirare il rischio di illegittimità costituzionale della norma, prevedendo “una sorta di procedimento di voto in formato minore”. Infatti, la possibilità di porre un limite, alla libertà dei privati ed ai loro poteri dispositivi, sembra potersi legittimamente ammettersi, solo ove venga garantita la concreta possibilità ai creditori coinvolti di interlocuzione e di influenza sul progresso rapporto negoziale, ad esempio attraverso un procedimento di voto, anche a maggioranza, come accade in ambito di concordato preventivo.

moratoria, di qualsiasi controllo giurisdizionale. Ad ogni modo, quelle realizzate dagli istituti dell'art. 182 *septies* non sarebbero, in ultima analisi, deroghe alle norme civilistiche, ma nuovi casi di operatività del principio maggioritario²¹⁸, sino ad oggi non previsti dalla legge, ma che, in quanto tali, andranno ad affiancare quelli già contemplati (ovverosia quelli consistenti nelle assemblee degli enti collettivi, del condominio, del concordato preventivo e del concordato fallimentare).

Questa interpretazione mi sembra essere la più condivisibile fra tutte quelle menzionate, per due ordini di motivazioni. In primo luogo, occorre rammentare la *ratio* ispiratrice la norma in esame: come è stato più volte ribadito nel corso delle pagine precedenti, essa consiste nella scelta di potenziare le probabilità di successo degli accordi di ristrutturazione o di moratoria, che nella prassi delle soluzioni stragiudiziali alla crisi di impresa intervengono tra debitore e creditori, ma che, non di rado, finiscono per naufragare a causa dei comportamenti opportunistici, imputabili ai finanziatori che vantino esposizioni minori. L'intenzione del legislatore nell'introdurre la disciplina in esame, quindi, non era quella di prevedere una nuova procedura concorsuale, quanto quella di trovare una soluzione ad un problema che frustrava il ricorso a strumenti stragiudiziali di gestione della crisi, capaci di comporre gli interessi di debitore e creditori meglio o, quantomeno, più liberamente, rispetto a quanto sia possibile fare nel concordato preventivo o nella procedura fallimentare. In secondo luogo, bisogna tener presente che nel nostro ordinamento “*il conflitto d'interessi di*

²¹⁸ E' opportuno precisare che, secondo L. PROVARONI, *op. cit.*, p. 80, la scelta del legislatore, interpretata nel senso di ricorrere al principio maggioritario, al fine di estendere gli effetti dell'accordo alla minoranza dissenziente, non è del tutto condivisibile, giacché suddetto principio è, comunque, estraneo a quell'impostazione, di tipo contrattuale, che, in ultima analisi, connota le recenti modifiche alla legge fallimentare. Esse, infatti, sono “volte a privilegiare le soluzioni privatistiche alla crisi d'impresa, le quali non dovrebbero ammettere siffatte forzature”. Di ugual avviso è, anche, D. VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 4, che scrive che la regola della maggioranza, applicata all'interno delle categorie per imporre il contenuto dell'accordo, alla minoranza dissenziente, è “evidentemente estranea alla materia contrattuale”

più soggetti, ciascuno dei quali è chiamato ad esprimere direttamente la propria volontà, trova forme diverse di soluzione. Nei rapporti bi o plurilaterali esso sfocia nell'incontro delle volontà negoziali delle parti, che segna il punto di accettabile equilibrio tra i contrapposti interessi che le parti del negozio hanno ritenuto di trovare nell'accordo scaturito dalle trattative. Nell'ambito della formazione degli atti collettivi la soluzione legislativa è quella del principio maggioritario: vince tra i vari interessi in lizza quello che riesce a coagulare intorno a sé la maggioranza dei consensi nell'ambito del gruppo al quale la decisione viene poi imputata”²¹⁹.

Ebbene, nell’ambito degli accordi di cui all’art. 182 *septies* vengono rispettati e combinati fra loro ambo questi principi: infatti, il rispetto del primo (ovverosia quello relativo all’incontro delle volontà delle parti di un accordo) deve essere garantito, in virtù dalla natura di accordo plurilaterale, propria delle convenzioni di moratoria, in ragione di quanto sostenuto nelle pagine precedenti; il ricorso al secondo (ovverosia il principio maggioritario), invece, diviene necessario per realizzare la ragione fondante la novella: infatti, una volta che si siano incontrate le volontà del debitore e della maggioranza dei creditori e si sia perfezionato tra di loro l’accordo, occorre garantire che lo stesso abbia concreta utilità nell’operazione di risanamento dell’impresa, fine che, come si è detto, verrebbe frustrato ove non venisse forzosamente coinvolta anche quella minoranza di creditori finanziari dissenzienti, aventi posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli della maggioranza consenziente.

In altre parole, laddove la volontà di stipulare l’accordo sia riconducibile alla determinazione in tal senso di banche o intermediari finanziari che rappresentino il 75% dei crediti della categoria cui fanno parte, le pattuizioni, convenute con il debitore, da parte della sopracitata maggioranza, saranno estensibili alla minoranza delle banche e degli

²¹⁹ Corte d’Appello di Napoli, 19 maggio 2005, in iusexplorer.it

intermediari finanziari che, pur avendo posizione giuridica ed interessi economici omogenei agli aderenti, abbia inteso rifiutare l'accordo. Una simile soluzione è avvalorata dal tenore letterale della norma, che prescrive che "quando fra l'impresa debitrice e una o più banche o intermediari finanziari viene stipulata una convenzione [...] e sia raggiunta la maggioranza di cui al secondo comma, la convenzione di moratoria [...] produce effetti anche nei confronti delle banche ed intermediari finanziari non aderenti".

E' vero che nel nostro ordinamento il principio di maggioranza opera in ipotesi in cui sia prevista la costituzione di un'assemblea (come nel caso del condominio e delle società), ma è pur vero che tale correlazione è volta ad assicurare che tutti i soggetti, interessati dagli effetti della decisione a maggioranza, siano messi nelle condizioni di partecipare alla relativa delibera. Ed una simile prescrizione è presente anche nel disposto di cui all'art. 182 *septies*, pur senza la creazione di una vera e propria assemblea. Infatti, solo ove il debitore abbia informato tutti i creditori da coinvolgere nell'accordo dell'avvio delle trattative e li abbia messi in condizione di parteciparvi in buona fede, la convenzione potrà dispiegare i suoi effetti verso i dissenzienti (o il tribunale provvedere ad omologare l'accordo di ristrutturazione).

Infine, bisogna ammettere che, se è vero che l'inciso, recante la deroga ai citati articoli del codice civile, non abbia ragion d'essere da un punto di vista tecnico-giuridico, pur tutte le ragioni fin qui esposte, lo stesso risulta senza dubbio pregevole a fini interpretativi. Infatti, il richiamo alle norme del codice civile finisce per svolgere una funzione determinante nell'assicurare pieno successo a queste pattuizioni, onde escludere la possibilità che i creditori dissenzienti, appellandosi al disposto dei sopracitati articoli, possano sottrarsi al vincolo negoziale loro imposto dalla

maggioranza consenziente e quindi vanificare la portata innovativa degli strumenti di cui all'art. 182 *septies*²²⁰.

6. Condizioni necessarie ad estendere gli effetti della moratoria ai creditori dissenzienti

Come già anticipato, il tratto caratterizzante ed innovativo della disciplina di ambo gli istituti dell'art. 182 *septies* consiste nella possibilità, per il debitore ed i creditori aderenti all'accordo di moratoria o di ristrutturazione speciale, di estenderne gli effetti anche alle banche e agli intermediari finanziari, che abbiano inteso rimanerne estranei²²¹. Nelle ipotesi in cui si intenda far ricorso alla convenzione di moratoria, affinché il meccanismo di propalazione coattiva degli effetti si attivi, è necessario che il debitore adempia le diverse condizioni, previste nell'ultimo periodo del quinto comma della norma in esame, la cui integrazione fa sì che l'estensione forzata degli effetti operi automaticamente, ovvero sia in ragione del solo consenso del debitore e della maggioranza qualificata dei creditori finanziari, intervenuto sulla convenzione. Ciò in concreto significa che, adempite il debitore le prescrizioni stabilite dalla norma e trascorso invano il termine di trenta giorni, previsto per presentare opposizione, la banca non aderente i cui crediti siano venuti a scadenza potrà vedersi validamente opposta la moratoria da altri conclusa. Come anticipato poco sopra, in ciò

²²⁰ Questa osservazione è condivisa da M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, cit., p. 538, che sebbene "salvi" la deroga, per le ragioni esposte nelle pagine precedenti, al contempo ammette che il richiamo alle norme civilistiche non sarebbe in assoluto necessario, se non a scopi sistematici, ovvero sia al fine di evitare ogni possibile ragione di conflitto tra l'art. 182 *septies* e alcuni principi sui contratti in generale, essendo l'intento ultimo del legislatore quello di evitare che "la validità o gli effetti di queste particolari pattuizioni possano essere contestati sulla scorta di norme, delle quali, perciò, viene espressamente esclusa l'applicabilità".

²²¹ Ovviamente, l'estensione riguarda tutti i creditori non aderenti della categoria, dovendo escludersi la possibilità per il debitore di chiedere che l'estensione intervenga solo nei confronti di alcuni di essi.

consiste una profonda differenza tra i due istituti previsti dall'art. 182 *septies*, giacché la convenzione di moratoria, al contrario dell'accordo di ristrutturazione speciale, non abbisogna di alcun *imprimatur* giudiziale per essere valida ed efficace anche verso i non aderenti, rilevando il vaglio del tribunale solo nel caso in cui il creditore recalcitrante intenda sottrarsi al vincolo derivante dall'accordo da altri stipulato. La differente operatività del meccanismo di estensione coattiva degli effetti si giustifica alla luce del diverso contenuto che le due tipologie di accordi possono assumere: è evidente, infatti, che un accordo di ristrutturazione possa incidere nella sfera giuridica del terzo in modo più penetrante rispetto ad una convenzione di moratoria, il cui contenuto si limita, piuttosto, ad una semplice dilazione dell'esigibilità del credito²²². Proprio per questo, si è ritenuto opportuno che, nelle ipotesi in cui venga conclusa una convenzione di moratoria, l'intervento del tribunale rimanga circoscritto ad una fase successiva alla stipulazione dell'accordo e meramente eventuale, basata, come si è detto, sulla doglianza del creditore non aderente a vedersi vincolato ad un negozio che, evidentemente, non ha ritenuto vantaggioso stipulare.

Occorre precisare che quando si parla di estensione coattiva degli effetti ai non aderenti si fa riferimento ad un aspetto ben diverso dall'efficacia *inter partes* dell'accordo: infatti, mentre gli effetti per i creditori recalcitranti si producono nel momento in cui l'accordo, accompagnato dalla relazione del professionista, viene loro comunicato²²³, tra gli aderenti la produzione degli effetti della convenzione si realizza con lo scambio dei consensi, al momento della sottoscrizione. Fa eccezione il caso in cui i paciscenti abbiano inteso stabilire che l'efficacia *inter partes* del patto sia subordinata al verificarsi delle condizioni, necessarie per l'assoggettamento dei creditori terzi al vincolo negoziale. Una simile scelta può essere liberamente presa

²²² E, ove si accolga l'orientamento della dottrina minoritaria, di cui *supra*, anche al mantenimento della disponibilità delle linee di credito autoliquidanti, nei limiti del loro utilizzo al momento di stipulazione dell'accordo.

²²³ Questo aspetto sarà meglio analizzato *infra*

dalle parti e potrebbe giustificarsi in ragione del fatto che l'intesa, alla luce delle particolari caratteristiche della situazione di crisi, in cui è chiamata ad operare, si ritiene in grado garantire una proficua regolazione (provvisoria) dello squilibrio, solo ove rispettata da tutti i creditori finanziari. Di qui la possibilità per gli stipulanti di prevedere che il negozio debba automaticamente risolversi, nell'eventualità di vittorioso esperimento dell'opposizione²²⁴ da parte dei creditori non aderenti.

6.1 La maggioranza qualificata

La prima condizione cui è necessario adempiere, affinché si possa rientrare nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 182 *septies* (e, quindi, beneficiare del meccanismo di estensione coattiva degli effetti, ai creditori dissenzienti), consiste nel raggiungimento di un numero di consensi, pari ad almeno il 75% dei crediti, complessivamente coinvolti dalla convenzione di moratoria ed aventi analoghe caratteristiche. E' opportuno precisare che questa maggioranza, così fissata dal secondo comma dell'art. 182 *septies*, cui il quinto rinvia, debba essere calcolata, facendosi riferimento alle sole passività riconducibili in capo a banche ed intermediari finanziari²²⁵ (e non già alla complessiva esposizione debitoria dell'impresa in crisi). Peraltro, giova ricordare che, in assenza di alcun richiamo al primo comma, da parte della disciplina sulla convenzione di moratoria, non è necessario che i debiti finanziari rappresentino più della metà dell'indebitamento complessivo dell'impresa, potendo il debitore ricorrere a questa tipologia di accordi anche in quei casi in cui le passività finanziarie siano inferiori al 50% della

²²⁴ Così M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, cit., p. 27

²²⁵ Come precisato da M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., p. 1276, deve ritenersi che il riferimento all'intero comparto dei crediti finanziari debba avvenire "senza distinzione in relazione alla qualità dei debiti. Tuttavia, se i crediti non sono omogenei, è possibile che vengano stipulati accordi diversi e rispetto a questi occorrerà sempre il rispetto della soglia minima".

sua globale esposizione debitoria. Laddove, poi, l'imprenditore abbia deciso di avvalersi della possibilità di enucleare categorie di creditori, aventi fra loro posizione giuridica ed interessi economici omogenei, la maggioranza del 75% dovrà essere raggiunta in ciascuna delle categorie così formate²²⁶.

Infine, è bene precisare che, ove "il debitore non riesca a raccogliere la percentuale di consensi prescritta, la convenzione stipulata rimarrà, comunque, valida ed efficace tra gli aderenti, ma non sarà idonea a propalare i suoi effetti verso i creditori estranei²²⁷, non venendo, evidentemente, integrati gli estremi della fattispecie, di cui all'art. 182 *septies*, quinto e sesto comma"²²⁸.

6.2 L'informazione dell'avvio delle trattative ed il diritto dei creditori di parteciparvi

Il raggiungimento della maggioranza qualificata, tuttavia, non è di per sé solo condizione sufficiente per beneficiare del meccanismo di estensione coattiva degli effetti dell'accordo, dovendo il debitore aver adempiuto ad altri tre oneri. In mancanza, è evidente che venga offerto ai creditori non

²²⁶ L'orientamento maggioritario ritiene che l'accertamento di tale condizione non rientri tra gli adempimenti demandati al professionista, in sede di attestazione di corretta formazione delle categorie di creditori. Così M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1276; R. RANALLI, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in *ilFallimentarista.it*, 23 luglio 2015, p. 6; I.L. NOCERA, *op. cit.*, p. 1102. *Contra* M. AIELLO, *op. cit.*, p. 28, che ritiene che, nel verificare la corretta formazione delle categorie di creditori, per posizione giuridica ed interessi economici omogenei, il professionista attestatore verificherà, di conseguenza, anche "l'effettivo raggiungimento della prescritta soglia di adesioni, onde scongiurare pratiche fraudolente o comunque abusive". La questione sarà affrontata nel dettaglio *infra* (Cap. II, par. 6.3)

²²⁷ Tuttavia, mi sembra opportuno sottolineare come il legislatore abbia cercato di agevolare, il più possibile, il raggiungimento della maggioranza prescritta, ancorché qualificata, prevedendo, nell'ultimo periodo del secondo comma, che, laddove uno stesso creditore vanta, verso il debitore, più rapporti di credito, essi potranno essere spaccettati nelle diverse categorie, elaborate in sede di negoziazione dell'accordo.

²²⁸ Così M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1275

aderenti un valido motivo per proporre, con tutta probabilità vittoriosamente, opposizione.

Il primo adempimento prevede che il debitore abbia informato tutti i creditori, interessati dalla convenzione, dell'avvio delle trattative (e, si badi bene, non della loro semplice esistenza). Con tale previsione il legislatore si è voluto assicurare che tutte le banche, suscettibili di essere vincolate (volontariamente o meno) all'accordo, siano state notiziate della volontà del debitore di avviare l'interlocuzione, fin dalla fase embrionale della negoziazione²²⁹. E' evidente, quindi, che la comunicazione dell'avvio delle trattative debba essere tempestiva, giacché, altrimenti, le banche coartate potrebbero dolersi in sede di opposizione di essere state escluse dalla concreta formazione dell'accordo²³⁰. Così, affinché l'onere di informativa dei creditori finanziari sia soddisfatto tempestivamente, fugando ogni rischio di vittoriosa opposizione, il debitore, di regola, provvede ad inviare "a ciascun istituto di credito la richiesta di convocazione del tavolo negoziale"²³¹. Occorre precisare come parte della dottrina²³² abbia ritenuto opportuno richiamare in merito quell'orientamento giurisprudenziale, secondo cui "affinché possa dirsi che vi siano trattative in corso (alle quali i creditori sono chiamati a partecipare), non basta che l'imprenditore invii ad essi una lettera o una comunicazione con la quale rappresenta la necessità di procedere alla ristrutturazione del proprio passivo, ma occorre che sia

²²⁹ Come sottolinea I. L. NOCERA, *op. cit.*, p. 1100, sarebbe "opportuno che il debitore, prima della negoziazione, inviasse – tarando su ciascun creditore la "forma" e la "sostanza" delle informazioni – una generica lettera di intenti con la quale lo convochi per poi esporre l'operazione di ristrutturazione che intende realizzare. Tali informazioni, che dovrebbero costituire il contenuto della futura convenzione, sono generalmente racchiuse in un documento, definito *infomemorandum* o *termsheet* [...]"

²³⁰ Come scrive M. AIELLO, *op. cit.*, p. 32, "laddove la comunicazione ad alcuni istituti intervenga quando l'imprenditore abbia già raggiunto un'intesa (quand'anche di massima) con i principali creditori finanziari, l'adempimento rischia di rivelarsi tardivo (pregiudicando la propalazione degli effetti)"

²³¹ M. AIELLO, *op. cit.*, p. 32

²³² L. VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 2 e R. RANALLI, *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182 septies*, cit., p. 889; L.M. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 11

fissato un incontro tra debitore, eventualmente assistito dai propri professionisti, e creditori, nel corso del quale vengano illustrate almeno le linee essenziali del piano di risanamento”²³³.

Inoltre, affinché la comunicazione adempia al suo fine ultimo (ovverosia, quello di concorrere all'estensione coattiva degli effetti della convenzione, ai creditori non aderenti), non è sufficiente che essa sia intervenuta tempestivamente, dovendo, altresì, presentare un contenuto, tale da garantire a tutte le banche interessate il diritto di partecipare attivamente alle trattative. Ciò, in concreto, significa che, “una volta palesata la situazione di crisi, tutte le banche debbano essere invitate a partecipare al progetto di regolazione provvisoria e a tutte debbano essere fornite informazioni sufficienti, perché ciascuna sia in grado di istruire la pratica ed assumere una decisione consapevole”²³⁴. In altre parole, la comunicazione dell'avvio delle trattative deve essere resa in modo funzionale, oltreché tempestivo, rispetto alla concreta possibilità per ciascuna banca di partecipare alla negoziazione dell'accordo. A tal fine, mi sembra svolgere un ruolo dirimente il rinvio al quarto comma, operato dal sesto comma della norma in esame, ove si prevedono quelle condizioni, la cui sussistenza dovrà essere verificata dal tribunale, al fine di valutare l'accoglimento dell'opposizione, eventualmente proposta dai creditori recalcitranti, nel caso della convenzione di moratoria, o di concedere l'omologazione, ove, invece, si sia fatto ricorso ad un accordo di ristrutturazione speciale. Tra queste, infatti, è previsto, alla lettera b), che, ai fini dell'estensione coattiva degli effetti dell'accordo, sia necessario che i creditori finanziari “abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore”²³⁵, provvedendo, così, la norma a

²³³ L. VAROTTI, *ibidem*.

²³⁴ M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1276

²³⁵ Come evidenziato da autorevole dottrina (F. LAMANNA, *Speciale Decreto “contenibilità e soluzioni finanziarie” n.83/2015: accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 6) anche in questo caso il tenore della nor-

delineare, ancorché in modo non pienamente definito, i contorni della comunicazione che il debitore è chiamato a svolgere²³⁶.

Tale adempimento, conclude la norma, dovrà essere svolto secondo buona fede. Il tenore letterale della disposizione non è, anche in questo caso, fra i più felici, risultando particolarmente annoso per l'interprete individuarne gli esatti destinatari, la portata e le conseguenze a cui la moratoria andrà in contro, ove tale prescrizione non venga adempiuta. Per quanto riguarda il primo aspetto, due opposte opinioni sono state elaborate in dottrina: infatti, taluni²³⁷ sostengono che sia opportuno dar conto del tenore letterale della norma, che sembra riferire il dovere di buona fede ai creditori, e ritenerne, quindi, destinatari quest'ultimi, oltre che il debitore; altri²³⁸, invece, propongono di superare il fumoso tenore letterale della norma e ricollegare il dovere di buona fede esclusivamente al debitore. I sostenitori di questa seconda soluzione ne affermano la maggiore congruità sul piano logico,

ma non è pienamente apprezzabile, giacché sembra fare un'inappropriata inversione cronologica, prevedendo, dapprima, che siano state "date complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore, nonché sull'accordo e sui suoi effetti" e, poi, che i creditori "siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative". E' evidente che quest'ultimo requisito, relegato in posizione secondaria, dovrebbe, piuttosto, essere inserito al primo posto.

²³⁶ Nella recente pronuncia del Tribunale di Napoli, menzionata poco sopra, si è precisato che l'invio ai creditori interessati dalla convenzione di moratoria del bilancio, regolarmente approvato e depositato nel Registro delle Imprese, non assurga a documento necessario e sufficiente, per integrare la condizione di cui all'art. 182 *septies*, quarto comma, lett. b). Tale documento, infatti, non appare a tal fine necessario perché il legislatore non ne ha previsto espressamente né il dovere, a carico del debitore, di comunicarlo ai creditori, né la sua sottoposizione all'analisi del tribunale, in sede di opposizione (contrariamente a quanto previsto, invece, per la domanda di concordato prenotativo, ai sensi dell'art. 161, co. 6, L.F.). Il medesimo non sarebbe nemmeno di per sé solo sufficiente a garantire complete ed aggiornate informazioni ai creditori sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore, poiché l'atto di proposta della convenzione potrebbe intervenire a distanza di tempo dalla chiusura e dall'approvazione del bilancio, rendendo, comunque, necessario un supplemento di informazioni, rispetto ai dati contenuti in quest'ultimo. In particolare, nel caso di specie, si è ritenuto idoneo, ad integrare la condizione, di cui all'art. 182 *septies*, quarto comma, lett. b), l'invio delle Linee Guida del Piano industriale, del Piano di Cassa previsionale e del Piano di Tesoreria.

²³⁷ R. RANALLI, *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182 septies*, p. 891 e M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, cit., p. 541

²³⁸ F. LAMANNA, *op. cit.*, p. 6 e M. AIELLO, *op. cit.*, p. 32

giacché, riferendolo ai creditori, non si vedo come il dovere di buona fede “possa giocare quale requisito dell’accordo proposto dal debitore”²³⁹. L’altro orientamento, invece, sostiene che il requisito debba essere esteso anche agli aderenti bancari, essenzialmente perché “non può negarsi che, nel momento in cui il creditore aderisce, lo faccia nel proprio interesse e non si può escludere che tale interesse sia confliggente con quello di altri creditori, per motivi a lui noti e non necessariamente resi manifesti agli altri intermediari finanziari”²⁴⁰. Il dovere di buona fede costituirebbe, quindi, una prescrizione, il cui adempimento spetterebbe a tutte le parti partecipanti alle trattative, imponendo loro di “modellare il proprio comportamento alle regole di lealtà, onestà e correttezza, in tutti i momenti dell’attività negoziale”²⁴¹, e, in particolare, di rendere note tutte le informazioni necessarie e di non sottacere quelle rilevanti ai fini della conclusione dell’accordo o della sua esecuzione.

Per quanto riguarda la portata del dovere di buona fede, autorevole dottrina²⁴² ha sottolineato come l’inciso debba essere interpretato nel senso che il debitore non dovrebbe limitarsi a “comunicare l’avvio delle trattative, in modo puramente burocratico, lavandosene poi le mani, ma, ove i creditori mostrino interesse alla proposta di accordo, essi dovranno essere messi dal debitore concretamente in grado di fare le loro controproposte e quindi di partecipare fattivamente all’*iter* di formazione del consenso”²⁴³. In concreto ciò significa²⁴⁴ che, affinché il dovere di condurre le trattative secondo buona fede sia adempiuto, sarà necessario rispettare tanto il principio di parità di trattamento, tanto il dovere di chiarezza rispetto alle informazioni da fornirsi, durante il corso delle trattative, a tutti i creditori

²³⁹ Così F. LAMANNA, *op. cit.*, p. 6

²⁴⁰ Così R. RANALLI, *op. cit.*, p. 889

²⁴¹ Così A. BOMBARDELLI, *Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, p. 306, nota 5

²⁴² F. LAMANNA, *op. cit.*, p. 5

²⁴³ F. LAMANNA, *ibidem*

²⁴⁴ M. BIANCA, *op. cit.*, p. 542

interessati dalla convenzione di moratoria. Di conseguenza, per quanto riguarda il primo aspetto, tutti i creditori dovranno ricevere pari informazioni sulle condizioni dell'impresa proponente ed essere messi a conoscenza non solo del proprio, ma anche dell'altrui trattamento, nonché delle garanzie, reali o personali, prestate dal debitore o da terzi, a vantaggio, eventualmente, di alcuni soltanto dei creditori finanziari. Ha confermato questo orientamento la sopramenzionata pronuncia del Tribunale di Napoli, la quale ha sottolineato, tra le altre, come la mancata informazione ai creditori la cui volontà si intende coartare circa le garanzie, prestate dal debitore o terzi, a favore di taluni soltanto dei creditori finanziari interessati dalla convenzione di moratoria, nonché circa il loro importo, capienza e consistenza determina una chiara violazione del precetto di buona fede. Tali circostanze, infatti, risultano rilevanti, ai fini di una corretta e completa informazione, a favore di tutti gli istituti di credito coinvolti (ed, in particolari, di quelli che di tali ulteriori garanzie non possono beneficiare), al fine di scegliere consapevolmente se aderire o meno alla convenzione proposta o, se del caso, proporre opposizione²⁴⁵. Per quanto riguarda il dovere di chiarezza, invece, si ritiene che esso imponga all'impresa l'onere di fornire ai creditori informazioni chiare e comprensibili su tutti gli elementi, oggetto di valutazione, tra cui, in particolare, sulla convenienza della proposta, ovverosia l'idoneità dell'accordo a garantire agli aderenti una soddisfazione non inferiore, rispetto alle alternative concretamente praticabili.

²⁴⁵ Nel caso di specie era accaduto che i soci dell'impresa debitrice avessero prestato garanzia a favore di alcuni soltanto degli istituti di credito, interessati dalla convenzione di moratoria. Il ricorrente, quindi, aveva lamentato l'incompletezza delle informazioni, a lui fornite, circa le sopramenzionate garanzie (ed, in particolare, del loro importo, natura e capienza), giacché una simile carenza informativa gli avrebbe impedito la possibilità di valutare l'omogeneità della propria posizione giuridica con quella degli aderenti all'accordo

Con riferimento alle possibili conseguenze, derivanti dal mancato rispetto del principio di buona fede, si è rilevato²⁴⁶ come, nel caso dell'art. 182 *septies*, tale dovere assolve ad una funzione ulteriore, rispetto a quella attribuitagli dall'art. 1337 c.c.²⁴⁷. Infatti, nel caso in cui non venga rispettata la prescrizione civilistica, chi non abbia agito in buona fede ha l'obbligo di risarcire il danno, ingiustamente cagionato all'altra parte nella conduzione delle trattative o nella formazione del contratto, rilevando, quindi, i rimedi di natura obbligatoria. Invece, laddove il principio di buona fede non sia stato rispettato nel corso della negoziazione della convenzione di moratoria, la sanzione rilevante avrà natura reale, determinandosi l'impossibilità di estendere gli effetti dell'accordo ai soggetti non aderenti. Infatti, ancorché tali accordi non siano sottoposti ad alcuna verifica *ex ante*, da parte del tribunale, gli effetti dei medesimi potranno essere estesi ai creditori non aderenti solo ove tutte le condizioni previste dalla norma siano state adempiute²⁴⁸, tra le quali, appunto, il rispetto del principio di buona fede nella conduzione delle trattative.

Svolti il debitore gli adempimenti prescritti dalla norma, spetta a ciascun creditore decidere se partecipare alle trattative e prendervi attivamente parte (dedicandovi, evidentemente, tutte le risorse, a tal fine necessarie) o se disinteressarsene, lasciando ai soli intermediari partecipanti la possibilità di raggiungere la maggioranza qualificata, prescritta dalla norma, definendo

²⁴⁶ M. BIANCA, *op. cit.*, p. 542

²⁴⁷ M. BIANCA, *ibidem*. L'A. specifica che "in linea di principio, non possa escludersi che anche nelle ipotesi regolate dall'art. 182 *septies* vi possa essere spazio per l'applicazione dell'art. 1337 c.c., ad esempio, nel caso in cui le trattative vengano promosse senza l'effettivo intento di presentare un piano di ristrutturazione o una convenzione di moratoria. Tuttavia, è plausibile che i danneggiati non coltivino inutili azioni risarcitorie, nei confronti dell'impresa in crisi"

²⁴⁸ A. BOMBARDELLI, *op. cit.*, p. 306, nota 5, specifica che, qualora venga proposta opposizione, da parte del creditore recalcitrante, per contestare l'estensione coattiva degli effetti nei suoi confronti, "la circostanza (della buona fede) non dovrebbe essere difficile da provare, atteso che – generalmente – negli accordi di ristrutturazione dei debiti (e, plausibilmente, nelle convenzioni di moratoria) è sempre prevista la figura dell'*Advisor* nominato dalle banche, che dialoga con i consulenti dell'imprenditore in crisi e prepara la documentazione necessaria ad ogni riunione"

un assetto normativo, potenzialmente vincolante per l'intero ceto dei creditori finanziari.

6.3 L'attestazione del professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d)

L'altro adempimento, prescritto dalla legge a carico dell'imprenditore, al fine di beneficiare del meccanismo di estensione coattiva degli effetti, prevede che un professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 ,terzo comma, lett. d), attesti l'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici tra i creditori interessati dall'accordo, a prescindere dalla loro suddivisione in categorie. "La lettera della legge, infatti, è perspicua nel riconnettere l'applicazione della regola della maggioranza (rafforzata) alla costruzione di un perimetro soggettivamente omogeneo, il cui minimo denominatore non consiste, *sic et simpliciter*, nella mera qualità di operatore finanziario"²⁴⁹, richiedendosi, altresì, che vi sia omogeneità in ordine alla posizione giuridica ed agli interessi economici dei creditori coinvolti (volontariamente o meno) dalla convenzione e che tale condizione di omogeneità sia attestata da un esperto, avente i sopramenzionati requisiti.

A riguardo, occorre notare, innanzitutto, come tale adempimento sia previsto esclusivamente per i casi in cui l'imprenditore intenda fare ricorso alla convenzione di moratoria²⁵⁰, giacché, nel caso degli accordi di ristrutturazione speciale, l'accertamento dell'omogeneità tra i creditori interessati spetta al Tribunale, costituendo parte del giudizio di omologazione. Nel caso degli accordi di moratoria, invece, l'autorità giudiziaria svolgerà solo eventualmente un simile accertamento, ovverosia

²⁴⁹ Così M. AIELLO, *op. cit.*, p. 27

²⁵⁰ Come ha rilevato autorevole dottrina (F. LAMANNA, *op. cit.*, p. 7), un simile adempimento integra un ulteriore elemento di similitudine, tra la convenzione di moratoria e il piano attestato di risanamento, ex art. 67, comma 3, lett. d), consistendo l'altro nella collocazione ordinariamente extraprocessuale di ambo gli istituti, non essendo necessario per alcuno di essi l'intervento omologatorio del Tribunale

nel caso in cui il creditore recalcitrante intenda proporre opposizione. Per questo, si è ritenuto opportuno che una verifica sulla correttezza dell'agire del debitore e, quindi, sull'esatta individuazione e suddivisione dei destinatari venga comunque svolta, se non dal giudice, quantomeno da un soggetto esterno, individuato, appunto, nel professionista attestatore, di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d)²⁵¹.

Occorre precisare che l'avvenuta attestazione dell'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici da parte del professionista non preclude che il medesimo controllo venga compiuto dal Tribunale successivamente, in sede di opposizione, avendo la disposizione normativa la precipua finalità di fornire adeguate garanzie ai creditori finanziari non aderenti, in particolare nella misura di fugare possibili dubbi sul fatto che la costruzione delle classi sia avvenuta secondo logiche fraudolente o comunque abusive. Di conseguenza, ove si ritenesse sussistere una limitazione in tal senso nel giudizio di opposizione, si finirebbe per intraprendere la direzione opposta a quella che la norma intende percorrere.

²⁵¹ Parte della dottrina (G. FALCONE, *La nuova disciplina delle "convenzioni di moratoria" e l'intervento del professionista attestatore*, cit., p. 571) non trova condivisibile la scelta del legislatore di non replicare tale previsione anche in ambito di accordi di ristrutturazione speciali, giacché, avendo il Tribunale la possibilità di avvalersi, "ove occorra", dell'opera di un ausiliario, sarà più probabile che nella prassi applicativa dell'istituto tale valutazione verrà di fatto svolta, piuttosto che dal giudice, dall'ausiliario. Di conseguenza, non si vede perché per tale soggetto non sia stato prescritto il rispetto delle condizioni di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), giacché, atteso che la nozione di "professionista" sia riconnessa alla nomina da parte del debitore, mentre quella di ausiliario alla nomina da parte del Tribunale, non si vede, comunque, il motivo di non definirne i requisiti soggettivi. Inoltre, si è rilevato come una competenza esclusiva del Tribunale, in ambito di accordi di ristrutturazione speciali, circa l'attestazione dell'omogeneità, potrebbe apparire anacronistica, alla luce delle recenti pronunce, intervenute in ambito di concordato preventivo, ove si è affermato che costituisca una lacuna assai grave il fatto che l'attestazione del professionista in punto di fattibilità del piano non comprenda considerazioni in merito all'omogeneità della posizione giuridica. "Di conseguenza, ove si considerasse rientrare nell'ambito del perimetro dell'attestazione di fattibilità, resa dal professionista, in sede di accordo di ristrutturazione, anche quella sull'omogeneità delle classi, la spiegazione per la quale, negli accordi di ristrutturazione finanziari, la nomina del professionista non sia prevista perché il controllo sulla omogeneità è affidato solo al Tribunale, risulterebbe alquanto debole".

In assenza di alcuna restrizione espressa, da parte del disposto dell'art. 182 *septies*, autorevole dottrina²⁵² ha rilevato come sia opportuno lasciare la possibilità di designare il professionista attestatore tanto al debitore, quanto ai creditori aderenti, soprattutto perché sia gli uni sia l'altro hanno un evidente interesse alla conclusione dell'accordo e all'estensione dei suoi effetti ai creditori estranei.

Per quanto riguarda il perimetro dell'attestazione, che il professionista è chiamato a svolgere, diversi sono gli orientamenti seguiti in dottrina, caratterizzandosi ciascuno di essi per il diverso significato ricondotto alla lettera della norma. Taluni²⁵³ ritengo che l'oggetto della verifica del professionista debba limitarsi a quanto espressamente prescritto dall'art. 182 *septies*, ovverosia all'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici dei creditori recalcitranti rispetto a quelli dei creditori aderenti, non richiedendosi, invece, né una valutazione sulla convenienze della moratoria, rispetto alle alternative concretamente praticabili per i creditori che si intende coartare, né un controllo sul raggiungimento della maggioranza prescritta dal secondo comma della norma in esame. Secondo una diversa opinione²⁵⁴, quantomeno quest'ultimo aspetto dovrebbe rientrare tra i compiti demandati al professionista attestatore, poiché, nonostante il silenzio della legge, tale asseverazione dovrebbe derivare direttamente dalla verifica sull'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici, cui il professionista certamente è preposto. Un altro orientamento ancora²⁵⁵ propone un'interpretazione evidentemente lontana dal disposto letterale della norma, ritenendo che il compito del professionista comprenda la verifica, non solo dell'omogeneità di posizione

²⁵² M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., p. 1276

²⁵³ M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1276 e I. L. NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, cit., p. 1115, nota 53

²⁵⁴ M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, cit., p. 28

²⁵⁵ R. RANALLI, *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182 septies*, cit., p. 900

giuridica e di interessi economici, ma anche di tutti quei profili, attinenti alla valutazione di convenienza dell'accordo, in ragione dell'intima connessione, intercorrente tra questi due aspetti²⁵⁶. In particolare, si sostiene che il professionista deve provvedere all'accertamento:

- del raggiungimento della maggioranza del 75%, prescritta dalla norma;
- dell'affidabilità dei dati contabili, che costituisce una verifica funzionale ad una corretta attestazione sull'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici²⁵⁷;
- della convenienza dell'accordo per le banche non aderenti, dovendo il professionista escludere di conoscere “elementi che inducano a ritenere la proposta svantaggiosa rispetto alle alternative concretamente praticabili”²⁵⁸;
- della buona fede nella conduzione delle trattative, del fatto che sia stata data concreta possibilità a tutti i creditori finanziari di partecipare all'accordo e della simmetria informativa, intervenuta a favore di tutte le banche interessate, anche se, rispetto a questo punto, si ritiene che il professionista debba esprimersi “in termini di *negative assurance*, e cioè della mancata conoscenza di elementi indicatori dell'assenza delle condizioni di legge”²⁵⁹;
- della completezza informativa, con particolare riferimento al piano di tesoreria e al budget ad esso sottostante. Tali informazioni, infatti, si ritiene essere particolarmente rilevanti, ai fini della valutazione della proposta di moratoria, rispetto alle alternative praticabili, da

²⁵⁶ I. L. NOCERA, *op. cit.*, p. 1115, nota 53, ha ritenuto non condivisibile una simile conclusione, non solo alla luce del silenzio legislativo, ma anche, e soprattutto, perché gli elementi che si andranno a breve ad elencare, “benché connessi al requisito di omogeneità di posizione giuridiche ed interessi economici, non siano, tuttavia, pregiudiziali ad esso”

²⁵⁷ R. RANALLI, *op. cit.*, p. 900, sottolinea come una disanima delle grandezze contabili, alla luce di quelle risultanti dalla Centrale dei Rischi della Banca d'Italia, costituisca un accertamento da svolgere necessariamente, in quanto “presupposto per una corretta misurazione delle maggioranze dei creditori che versano in situazione omogenea”

²⁵⁸ R. RANALLI, *ibidem*

²⁵⁹ R. RANALLI, *ibidem*

parte dei creditori interessati, nonché dell'accoglimento dell'opposizione, ove proposta, da parte del Tribunale.

La medesima dottrina sottolinea, inoltre, come l'accertamento sull'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici debba coinvolgere, non già tutti i creditori appartenenti alla medesima categoria, ma solo quelli la cui volontà si intende coartare. Infatti, partecipando alla formazione dell'accordo ed avendo prestato il proprio consenso, si ritiene che i creditori aderenti abbiano implicitamente riconosciuto l'omogeneità delle rispettive posizioni e ciò dovrebbe essere di per sé solo sufficiente a rendere superflua l'attestazione del professionista. Egli, quindi, dovrebbe limitarsi a svolgere la verifica di omogeneità tra la posizione del creditore recalcitrante e quella di uno o più creditori aderenti ed appartenenti alla medesima categoria del primo.

Infine, è stato precisato²⁶⁰ che, a prescindere dal perimetro entro cui si intenda circoscrivere la sua attestazione, il professionista, nello svolgere l'attestazione di omogeneità, dovrà seguire criteri più stringenti rispetto a quelli che rilevano in ambito di classi del concordato preventivo. Talché, per esempio, mentre a quest'ultimo fine sembrerebbe possibile ritenere omogenei e collocare in un'unica classe tutti i creditori finanziari chirografari, ai fini della suddivisione in categorie non sembrerebbe possibile ritenere omogenei, per esempio, crediti da mutui, crediti da anticipazioni su fatture e crediti da scoperti di conto²⁶¹.

7. L'efficacia della convenzione di moratoria verso i creditori dissenzienti ed il giudizio di opposizione

²⁶⁰ A. NIGRO, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria*, cit., p. 5

²⁶¹ A. NIGRO, *ibidem*

Una volta che abbia adempiuto le condizioni, indicate dal quinto comma, dell'art. 182 *septies*, e tentato di coinvolgere nelle trattative tutti i creditori finanziari, presumibili destinatari degli effetti della convenzione di moratoria, il debitore potrà “legittimamente disinteressarsi”²⁶² di quanti non si siano dimostrati intenzionati a partecipare alla negoziazione dell'accordo e proseguire l'interlocuzione con la sola maggioranza (qualificata) delle banche. Tuttavia, poiché, come anticipato poco sopra, l'accordo dispiegherà i propri effetti verso i creditori non aderenti dal momento in cui quest'ultimi riceveranno la comunicazione dell'accordo, raggiunto con il 75% degli istituti di credito, accompagnato dalla relazione del professionista, sarà onere del debitore inviare a ciascun creditore finanziario, rimasto estraneo alla negoziazione, la sopramenzionata documentazione. Un simile adempimento si rivela tanto più importante in ragione del fatto che, dal momento della ricezione, non solo si attiverà concretamente il meccanismo di propalazione coattiva degli effetti dell'accordo, ma decorrerà, altresì, il termine di trenta giorni, indicato dal sesto comma della norma in esame, per proporre opposizione, avverso al vincolo negoziale a cui i creditori recalcitranti sono stati involontariamente costretti. “La comunicazione, quindi, vale sia quale *dies a quo* per proporre opposizione sia quale momento, a partire dal quale si producono effetti verso i terzi”²⁶³.

In ragione della particolare importanza rivestita da quest'ultimo adempimento, autorevole dottrina²⁶⁴ si è interrogata sul perché, a differenza

²⁶² M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, cit., p. 33

²⁶³ M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., p. 1276. Contra M. PERRINO, *Gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, cit., p. 20, che ritiene che gli effetti della convenzione verso i non aderenti si producano “dall'inutile decorso dei trenta giorni o dal rigetto dell'opposizione, con provvedimento passato in giudicato”

²⁶⁴ F. LAMANNA, *Speciale Decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n.83/2015: accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 8. Evidenzia la differenza di formalità, prescritte dal legislatore, anche G. FALCONE, *La nuova disciplina delle “convenzioni di moratoria” e l'intervento del professionista attestatore*, cit., p. 567

di quanto previsto per gli accordi di ristrutturazione speciali, nella convenzione di moratoria il legislatore abbia ritenuto sufficiente che la comunicazione venga svolta tramite lettera raccomandata o posta elettronica, non richiedendosi, invece, una vera e propria notifica “pur in presenza della medesima situazione cautelata, ovverosia il diritto di proporre opposizione entro trenta giorni”²⁶⁵.

Inoltre, è stato sostenuto²⁶⁶ che, data la funzionalità della comunicazione alla proposizione dell’opposizione da parte del creditore coartato, essa dovrebbe essere corredata da documenti ulteriori, rispetto alla sola attestazione di omogeneità²⁶⁷ redatta dal professionista. In particolare, si afferma che sarebbe opportuno provvedere all’invio di tutti quegli atti, utili per mettere a conoscenza dell’istituto di credito recalcitrante tutti i presupposti, che rendano l’accordo a quest’ultimo opponibile, dovendo darsi atto, quindi, “(i) dell’elenco dei creditori finanziari (e se, del caso, distinti per tipo) e di coloro che aderiscono – in funzione di consentire un controllo sul raggiungimento della soglia minima del 75% – nonché (ii) della prova dell’avvio della concertazione diretta a tutti i creditori finanziari”²⁶⁸.

Ad ogni modo, a prescindere dai documenti che si ritiene debbano essere comunicati ai creditori recalcitranti, ai fini di garantire loro un consapevole esercizio del diritto di opporsi alla convenzione, occorre rammentare che, a questo punto, gli istituti di credito si troveranno vincolati ad un accordo, che impone loro di rinunciare (seppur temporaneamente) alla riscossione del credito, vantato nei confronti dell’imprenditore in crisi, e (ove si accolga la lettura più ampia, poc’anzi menzionata, circa il possibile contenuto delle convenzioni) di mantenere operative le linee di credito

²⁶⁵ F. LAMANNA, *Ibidem*

²⁶⁶ M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1276

²⁶⁷ E ciò mi sembra tanto più vero, ove si accolga l’orientamento più ristrettivo, circa gli adempimenti demandati al professionista, in sede di attestazione di omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici

²⁶⁸ M. FABIANI, *ibidem*

autoliquidanti, nei limiti del loro utilizzo, al momento di stipulazione dell'accordo. Di conseguenza, ove il creditore coartato intenda presentare opposizione²⁶⁹, ciò che chiederà in concreto sarà una pronuncia, non già di invalidità della convenzione nel suo complesso (posto che la norma non richiede l'unanimità dei consensi), ma di inefficacia dell'accordo nei suoi confronti, di modo che possa tornare nella posizione di intraprendere verso il debitore tutte le iniziative che ritiene necessarie ai fini della riscossione del proprio credito (il cui esperimento, evidentemente, gli sarebbe precluso ove venisse coinvolto nella moratoria, giacché il debitore potrebbe validamente opporgli l'accordo, con altri stipulato, in ragione del meccanismo di estensione coattiva degli effetti, contemplato dalla norma). L'opposizione, quindi, riguarda *soltanto* la posizione del creditore recalcitrante e, di conseguenza, ove la doglianza venisse accolta, la convenzione sarà dichiarata inefficace²⁷⁰ esclusivamente nei suoi confronti²⁷¹, mentre rimarrà valida ed efficace nei confronti dei creditori finanziari aderenti²⁷².

Tuttavia, l'accertata impossibilità di estendere la convenzione ai creditori finanziari, che si assumeva coartare, potrebbe avere riscontri anche sulle posizioni dei creditori aderenti, alcuni dei quali potrebbero aver prestato il proprio consenso sul presupposto che la convenzione sarebbe stata in grado di vincolare anche tutti gli altri istituti di credito, titolari di posizioni attive, nei confronti dell'imprenditore in crisi. In questi casi, sarebbe opportuno per i creditori aderenti "introdurre accorgimenti contrattuali che caduchino

²⁶⁹ I possibili motivi di opposizioni saranno approfonditi *infra*, Cap. II, par. 7.2

²⁷⁰ R. RANALLI, *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182 septies* cit., p. 901, ritiene che "non può non osservarsi che l'accoglimento della richiesta del creditore oppo- nente comporta, di fatto, il consolidamento del suo effetto, prima del passaggio in giudi- cato, al punto che, se dal diniego dell'estensione dovesse derivare una situazione di insol- venza, anche solo prospettica, il debitore dovrebbe prontamente attivare i provvedimenti del caso"

²⁷¹ Il creditore, che si è opposto, vittoriosamente, avrà diritto all'adempimento delle obbli- gazioni, contratte con il debitore, nei termini originariamente pattuiti

²⁷² Salvo che siano state stipulate clausole in senso contrario

la convenzione, nel caso di mancata estensione dell'accordo alle banche non aderenti omogenee²⁷³, giacché altrimenti sarebbero gravati dell'onere di far constatare il venir meno dei presupposti, in ragione dei quali avevano prestato il loro consenso²⁷⁴.

E' stato opportunamente osservato²⁷⁵ come il giudizio di opposizione persegua, in realtà, due finalità, ovverosia, da un lato, quella di escludere che gli effetti della moratoria si propalino verso i creditori che non abbiano posizione giuridica ed interessi economici omogenei, rispetto a quelli dei paciscenti (tutelando, così, il loro interesse a non essere vincolati dall'accordo), e, dall'altro, quella di accertare che il rifiuto, manifestato dai recalcitranti, non sia stato esercitato in maniera arbitraria ed al fine di cagionare un ingiustificato sacrificio in capo al debitore e ai creditori aderenti. Con ciò, non si intende dire che il terzo debba agire per spirito di liberalità nei confronti del debitore, aderendo ciecamente ed incondizionatamente all'accordo che la maggioranza degli istituti di credito pretende estendergli, ma che il suo rifiuto alla proposta di dilazione nella riscossione del credito non debba sfociare in abuso. Di conseguenza, all'indomani della comunicazione della convenzione e della relazione del professionista attestatore, il creditore estraneo, certamente, dovrà svolgere una valutazione sull'opportunità economica del patto e, al fine di salvaguardare il proprio credito, ben potrà opporsi. Tuttavia, il rifiuto sarà illegittimamente esercitato, ove faccia seguito a quei casi, in cui il creditore recalcitrante (i) abbia ricevuto corrette informazioni, (ii) sia stato messo in condizione di partecipare alle trattative in buona fede e (iii) gli sia stato prospettato un trattamento, se non vantaggioso, quantomeno uguale alle

²⁷³ R. RANALLI, *op. cit.*, p. 901

²⁷⁴ In particolare, le banche aderenti "dovrebbero dimostrare, avvalendosi delle valutazioni svolte dall'attestatore e dall'ausiliario, che la continuità, durante il periodo di moratoria, è compromessa, per effetto della circoscrizione del perimetro delle banche interessate dalla stessa". Così R. RANALLI, *op. cit.*, p. 901

²⁷⁵ I. L. NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, cit., p. 1115 e ss.

alternative di soddisfazione per lui concretamente praticabili. Evidentemente, ciò che si intende dire è che, nei casi in cui il creditore estraneo presenti opposizione nonostante la rispondenza della convenzione ai requisiti legali, il Tribunale dovrà rigettare la doglianza, al fine di evitare che l'accordo, approvato dalla maggioranza degli istituti di credito, sia irragionevolmente pregiudicato anche da uno soltanto dei creditori non aderenti²⁷⁶. Pertanto, in sede di opposizione, il giudice, applicando la "lente" della buona fede, sarà chiamato a verificare l'abusività o meno del rifiuto del terzo ad essere destinatario degli effetti della convenzione²⁷⁷.

Poiché gli effetti della moratoria, verso i creditori rimasti estranei alla negoziazione, si producono, come si è detto, dal momento della comunicazione dell'accordo, unitamente all'attestazione del professionista, la dottrina²⁷⁸ si è interrogata sull'idoneità della proposizione dell'opposizione a determinare, di per sé sola, la sospensione degli effetti dell'accordo. In assenza di alcuna disposizione espressa in tal senso ed al fine di trovare un corretto bilanciamento tra gli interessi degli aderenti (ad estendere gli effetti della convenzione a tutti gli istituti di credito) e quelli degli estranei (a rimanere tali rispetto all'accordo), si è sostenuto che non fosse pienamente rispondente alla natura provvisoria della convenzione ipotizzarne una sospensione automatica degli effetti, ferma restando la possibilità dell'opponente di chiederla in via cautelare, in sede di

²⁷⁶ "In particolar modo, giova rimarcare come, nell'ambito della convenzione di moratoria, l'autorità giudiziale sia tenuta a perseguire l'interesse del contraente debole, che nella fattispecie non è predeterminato. A seconda delle circostanze, può essere incarnato dall'imprenditore in crisi, che si vede opposto un ingiustificato e opportunistico rifiuto, da parte della banca, ad accettare la ristrutturazione del credito, sebbene non vi siano soluzioni "alternative" concretamente praticabili, o dal creditore finanziario, che senza essere stato adeguatamente informato né coinvolto nelle trattative, si vedrebbe imporre una modifica del proprio diritto di credito. [...] Pertanto, anche nella convenzione di moratoria ex art. 182 *septies* L.F., la clausola di buona fede oggettiva si conferma come filtro di giudizio per individuare nel caso concreto la sussistenza di condotte abusive". Così I. L. NOCERA, *op. cit.*, p. 1122

²⁷⁷ *Ivi*, p. 1116

²⁷⁸ M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, cit., p. 39 e M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1280

opposizione (proprio perché il meccanismo di estensione coattiva degli effetti opera automaticamente, sin dal momento della comunicazione dell'accordo). Per analoghe ragioni, dovrebbe ritenersi che il procedimento non sia soggetto alla sospensione dei termini feriali, in quanto procedimento che deve essere trattato con urgenza²⁷⁹.

In realtà, occorre notare come il legislatore abbia mancato di dare disposizioni non solo circa l'efficacia sospensiva dell'opposizione, ma in merito a tutto il relativo procedimento, omettendo ogni indicazione sulla competenza, sul rito applicabile e sulla ricorribilità del decreto in Cassazione. La dottrina ha cercato di sopperire al silenzio legislativo, elaborando, anche in questo caso, soluzioni diverse, meritevoli di un'analisi a parte.

7.1 L'assenza di indicazioni procedurali

Le uniche disposizioni procedurali, dettate dal legislatore con riferimento al disposto dell'art. 182 *septies*, consistono (i) nella definizione del termine utile, al creditore recalcitrante, per impugnare, fissato, come poc'anzi accennato, a trenta giorni, e (ii) nell'indicazione della forma, che assume la pronuncia del Tribunale adito, individuata in quella del decreto, reclamabile entro 15 giorni alla Corte di Appello.

Per quanto riguarda la competenza, invece, è stato rilevato²⁸⁰ che l'assenza di indicazioni legislative non sia propria soltanto della fattispecie della convenzione di moratoria, ma riguardi anche gli accordi di ristrutturazione, tanti quelli ordinari quanto quelli speciali. Il ripetuto silenzio della legge ha legittimato alcuni²⁸¹ ad ipotizzare che il legislatore abbia dato per scontato che quello competente sia sempre il foro della sede principale del debitore.

²⁷⁹ M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1280

²⁸⁰ M. AIELLO, *op. cit.*, p. 39

²⁸¹ Profila questa ipotesi D. VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 7

D'altronde, poiché una simile soluzione è ormai pacificamente accolta per gli accordi di ristrutturazione del debito, si ritiene che la medesima impostazione debba valere anche con riferimento al giudizio di opposizione, eventualmente proposto, avverso la convenzione di moratoria, “con conseguente devoluzione della cognizione al tribunale – per l'appunto – della sede principale del debitore”²⁸². Tuttavia, altra parte della dottrina²⁸³ ritiene che, essendo oggetto del giudizio di opposizione la legittimità dell'estensione degli effetti di un contratto, quale quello di *standstill*, agli istituti di credito che non abbiano voluto aderirvi, rileverebbero le disposizioni di cui agli artt. 18, 19 e 20 c.p.c. e, di conseguenza, la competenza sarebbe quella del Tribunale, in cui abbia residenza, domicilio o sede uno dei convenuti (e tali sono, si badi bene, tanto il debitore quanto i creditori aderenti) nonché quella in cui l'obbligazione sia sorta o debba eseguirsi. Se è vero che una simile soluzione possa comportare l'inconveniente pratico dell'avvio, avverso la medesima convenzione, di più giudizi di opposizione, davanti a giudici diversi e pressoché contemporaneamente, è anche vero che tale evenienza non profilerebbe alcun rischio di contrasto tra giudicati. Infatti, come si è detto poco sopra, oggetto del giudizio è, non già la validità dell'accordo nel suo complesso, ma l'estensione della sua efficacia al creditore recalcitrante e, di conseguenza, l'esito del medesimo non potrà che riguardare il singolo creditore opponente²⁸⁴.

Infine è da escludere che sul giudizio di opposizione abbia competenza il tribunale delle imprese, giacché le obbligazioni pattuite, la cui automatica estensione si contesta, “non dovrebbero mai corrispondere all'elenco delle

²⁸² Così M. AIELLO, *op. cit.*, p. 39

²⁸³ M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1280

²⁸⁴ Tale osservazione è condivisa anche da M. AIELLO, *op. cit.*, p. 39, che, tuttavia, ritiene che non possa negarsi “il vantaggio che deriverebbe dall'individuazione di un unico foro (anche sotto il profilo dell'economia processuale, tenuto conto della possibilità di dar corso alla riunione dei diversi ricorsi), in conformità, del resto, con lo schema adottato con riguardo alle ipotesi – sia pur non sovrapponibili alla fattispecie in esame – di opposizione dei creditori alle operazioni societarie straordinarie”.

liti, di cui all'art. 3 del D. Lgs. 27 giugno 2003, n. 168, così come sostituito dall'art. 2, comma 1, lett. d), D.L. 24 gennaio 2012, n.1²⁸⁵.

Anche con riferimento al rito applicabile in dottrina si registrano due orientamenti opposti: alcuni²⁸⁶, ritengono che debbano seguirsi le disposizioni del codice di procedure civile sul rito ordinario o sommario di cognizione; altri²⁸⁷, invece, sostengono che sia determinante la previsione relativa alla forma assunta dalla decisione del tribunale: parlando di decreto, si ritiene che il legislatore abbia inteso fare riferimento, seppur non espressamente, al rito camerale di cui agli artt. 737 ss c.p.c.. E, in effetti, nella recente pronuncia del Tribunale di Napoli, più volte sopramenzionata, è stato seguito questo secondo orientamento, osservandosi le norme dettate dal codice di procedura per i procedimenti in camera di consiglio.

Come previsto nell'ultimo periodo del sesto comma, il decreto del Tribunale è reclamabile alla Corte d'appello, nel termine di quindici giorni dalla comunicazione, ma, come si è anticipato poc'anzi, nulla è disposto circa la ricorribilità della decisione d'appello in Cassazione. Si è espressa favorevolmente a riguardo autorevole dottrina²⁸⁸, che, sebbene abbia provveduto a precisare che tra la durata provvisoria della convenzione di moratoria e quella del processo di legittimità vi sia un'evidente incompatibilità temporale, ha altresì evidenziato come il decreto della Corte d'appello abbia carattere decisorio e definitivo²⁸⁹, statuendo sull'idoneità

²⁸⁵ M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1280. *Contra* L. VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 9, che, in ragione della somiglianza del giudizio di opposizione alla convenzione di moratoria a quello di opposizione alle operazioni di fusione e scissione, ritiene competente il tribunale delle imprese

²⁸⁶ L. VAROTTI, *op. cit.*, p. 9 e L.M. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 20

²⁸⁷ M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1280 e I.L. NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, cit., p. 1103

²⁸⁸ M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1280 e I.L. NOCERA, *op. cit.*, p. 1103

²⁸⁹ Nonostante si pronunci su una limitazione all'esigibilità del credito, avente, necessariamente, carattere provvisorio. La sussistenza delle due caratteristiche sopramenzionate è fondamentale, giacché, come ricorda M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1280, "il ricorso per Cas-

dell'accordo ad estendere i propri effetti verso terzi, e quindi ad incidere sui loro diritti soggettivi²⁹⁰.

7.2 Il problematico richiamo al giudizio di *cram down*

Chiariti i dubbi procedurali, è opportuno, a questo punto, soffermarsi sui profili sostanziali del giudizio di opposizione e, quindi, sugli elementi della convenzione che possano prestarsi ad una contestazione da parte del creditore recalcitrante. Si tratta di tutti quegli aspetti, previsti al terzo periodo del quarto comma della norma in esame, la cui sussistenza il Tribunale è chiamato a verificare, tanto con riguardo agli accordi di ristrutturazione speciale, al fine di concedere o meno l'omologazione, tanto rispetto alle convenzioni di moratoria, per accogliere o rigettare l'opposizione, del caso proposta, dal creditore non aderente²⁹¹, e che, è evidente, integrano tutti quei presupposti che il debitore è chiamato ad adempiere, ove intenda profittare del meccanismo di estensione coattiva degli effetti. Di conseguenza, l'opponente potrà lamentare (i) il mancato raggiungimento della soglia del 75% dei creditori, interessati dalla

sazione, proposto contro un provvedimento, che non abbia la forma della sentenza, è ammesso le quante volte quel provvedimento abbia natura decisoria e definitiva”.

²⁹⁰ Come sottolinea l'A., ammettere la ricorribilità in Cassazione è tanto più opportuno, alla luce del fatto che “dall’affermata legittimità o illegittimità dell’operare della convenzione verso i terzi, possono discenderne rilevanti conseguenze sulle posizioni soggettive dei creditori finanziari, sui loro reciproci rapporti e, non da ultimo, su pretese di natura risarcitoria, quante volte taluno dei soggetti abbia avuto a subire un pregiudizio dalla convenzione di moratoria (il creditore estraneo) oppure dalla sua affermata inopponibilità al terzo (i creditori aderenti)”. Così M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1280

²⁹¹ Occorre ribadire, quindi, che l'accertamento di tali profili segna un'importante differenza tra i due istituti, di cui all'art. 182 *septies*: nel caso degli accordi di ristrutturazione speciali, la loro sussistenza sarà accertata *ex ante*, cioè prima che il negozio possa produrre effetti verso i non aderenti; nel caso della convenzione, il giudizio si svolge *ex post* e solo nel caso in cui taluno dei creditori recalcitranti intenda avvalersi del controllo del Tribunale. Come sottolinea M. PERRINO, *Gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, cit., p. 22, l'assenza del filtro dell'omologazione fa venir meno la bontà dell'ancoraggio, della fattispecie della moratoria, alla Raccomandazione 2014/135/UE, che “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)”

convenzione, (ii) l'omissione dell'informazione sull'avvio delle trattative, (iii) l'incompletezza dei dati forniti, ai fini di una partecipazione consapevole alla negoziazione dell'accordo²⁹², o il fatto che il creditore opponente non sia stato posto in condizione di parteciparvi, (iv) l'erroneità dell'attestazione di omogeneità sulla posizione giuridica ed interessi economici e (v) l'inidoneità della convenzione a soddisfare i creditori non aderenti, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. L'ultimo requisito merita una particolare attenzione, perché il suo richiamo nell'ambito degli accordi di moratoria non è rimasto esente da forti censure, sollevando non poche voci di dissenso in dottrina.

Nonostante sia possibile anticipare, fin d'ora, che, anche in questo caso, siano rinvenibili, a riguardo, due orientamenti, tra di loro opposti (poiché l'uno volto a "salvare", l'altro a prospettare l'abrogazione del richiamo al giudizio di *cram down*), è pacifico in dottrina che la formulazione del disposto, di cui all'art. 182 *septies*, quarto comma, terzo periodo, lett. c), soffra una chiara incompatibilità con la disciplina della convenzione di moratoria: parlare di "soddisfazione" con riferimento ad uno strumento che, per sua stessa natura, alcuna soddisfazione non può dare²⁹³, giacché incide esclusivamente sul profilo temporale delle prestazioni dedotte, è evidentemente inopportuno. Infatti, o l'intenzione del legislatore era quella di riconnettere alla moratoria un contenuto ulteriore²⁹⁴, rispetto alla mera

²⁹² In particolare, quelli idonei a fornire "aggiornate e complete informazioni, sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria del debitore"

²⁹³ Ovviamente, ove si scrive che la convenzione non possa dare alcuna soddisfazione, si intende fare riferimento a tutte le forme di pagamento immediato, integrale o parziale, a favore dei creditori finanziari, giacché, come precedentemente detto, la finalità ultima della convenzione di moratoria è quella di concedere al debitore un periodo di tempo per raccogliere sufficienti informazioni ed elaborare un piano per adempiere alle obbligazioni contratte, verosimilmente migliore rispetto a quello realizzabile nell'immediato. Di soddisfazione, quindi, si può parlare, ma solo in senso lato e con riferimento al lungo periodo. Ove, poi, fossero state pattuite modalità di rimborso parziali, come precisa M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1277, esse potrebbero valere solo nei confronti degli aderenti, non anche dei creditori che hanno inteso rimanere estranei alla negoziazione.

²⁹⁴ La riflessione è di L. VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 11

dilazione del credito (ma ciò sembra dover escludersi, in ragione della lettera della norma²⁹⁵), o quella di accomunare i due istituti²⁹⁶ relativamente ai possibili profili di opposizione è stata una scelta poco ponderata. Evidentemente, il legislatore non ha tenuto conto delle diverse finalità, perseguite rispettivamente dalla convenzione e dall'accordo di ristrutturazione speciale, tant'è che, ove si seguisse testualmente la disposizione normativa, sarebbe oltremodo semplice per il creditore recalcitrante vedersi accolta l'opposizione proposta: la rivendicazione del pagamento immediato costituisce, "sicuramente, un'alternativa poziore, rispetto all'effetto meramente dilatorio, cui l'opponente sarebbe obbligato, in forza dell'estensione del vincolo negoziale"²⁹⁷.

Proprio per questi motivi, come anticipato poco sopra, parte della dottrina²⁹⁸ ritiene che il richiamo alla disciplina propria del giudizio di

²⁹⁵ Come più volte ricordato, l'art. 182 *septies*, infatti, fa riferimento ad una "convenzione diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi, attraverso una *moratoria temporanea* dei crediti"

²⁹⁶ Come scrive M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, cit., p. 34, "il riferimento al soddisfacimento è pienamente coerente con il contesto dell'accordo di ristrutturazione (che, mirando ad individuare una soluzione definitiva alla crisi, deve farsi giocoforza carico delle modalità e dei tempi di estinzione delle pretese dei creditori)". Secondo F. LAMANNA, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015: accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 7, il richiamo alla valutazione di convenienza è inopportuno anche riguardo agli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari. Infatti, posto che l'esperienza maturata in ambito concordatario abbia dato già modo di notare come tale giudizio si riveli tanto complesso quanto basato su criteri arbitrari (stanti i molteplici e variabili fattori che possono influire sulla valutazione comparativa di convenienza), nel caso degli accordi ex art. 182 *septies* tale valutazione soffrirebbe, peraltro, una difficoltà ulteriore, giacché, in questi casi, "la soddisfazione dei creditori non segue le regole della graduazione, sì che occorrerebbe predisporre una *ad hoc*, per eseguire il raffronto con un alternativo piano di riparto fallimentare, con tutte le complicazioni poi connesse ai privilegi o alle prelazioni capienti". Inoltre, data la difficoltà ad individuare un'alternativa concretamente praticabile, l'A., in definitiva, ritiene che "tale condizione finirà per risolversi o in un passaggio meramente burocratico o renderà quanto mai difficile l'omologa di questo tipo di accordo", tanto da suggerirne l'eliminazione.

²⁹⁷ I.L. NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, cit., p. 1125

²⁹⁸ Accolgono questo orientamento F. LAMANNA, *op. cit.*, p. 9, che rinvia alle osservazioni svolte per l'accordo di ristrutturazione speciale e indicate poco sopra (e che, mi pare, dovrebbero valere a fortiori per la convenzione di moratoria, trattandosi, come

omologazione dell'accordo di ristrutturazione speciale non possa assumere alcun senso logico rispetto alla convenzione di moratoria e, di conseguenza, sostiene che debba escludersi che il giudizio di *cram down* possa acquisire qualsiasi rilievo pratico nel procedimento di opposizione.

Altra parte della dottrina²⁹⁹ censura più velatamente il rinvio operato a favore della lett. c), di cui al quarto comma della norma in esame evidenziando come, rispetto agli accordi, tanto di moratoria che di ristrutturazione dei debiti, il giudizio di *cram down* finisca per concedere al Tribunale margini di apprezzamento e discrezionalità significativamente ampi, che finiscono per acuirsi ulteriormente nell'ambito del giudizio di opposizione avverso la convenzione, se non altro perché "le misure di dilazione del credito risultano ancillari a piani e interventi più ampi e strutturali, da parte dei creditori coinvolti, motivo per cui la moratoria

poc'anzi detto, di uno strumento privo di carattere soddisfacente); L. M. QUATTROCCIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 20, che scrive che "non pare possa venire tecnicamente in rilievo il cd. *cram down*, poiché l'oggetto dell'opposizione è costituito da un accordo con contenuti dilatori, e non un istituto – per così dire perfetto –, in cui si tratti di valutare le alternative concretamente praticabili in merito ad un'ipotesi di soluzione della crisi, prospettata dal debitore"; G. FALCONE, *La nuova disciplina delle "convenzioni di moratoria" e l'intervento del professionista attestatore*, cit., p. 567, che ritiene che "il richiamo parrebbe essere privo di senso, poiché la convenzione di moratoria ha semplicemente la finalità di gestire in via provvisoria gli effetti della crisi, attraverso lo strumento dell'inesigibilità del credito, e non già quello di soddisfare i creditori in una misura piuttosto che un'altra"; A. NIGRO, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria*, cit., p. 10, che scrive che "non è ben chiaro perché quella sorta di clausola di salvaguardia, senz'altro opportuna e forse doverosa nel caso degli accordi, sia stata estesa anche alle convenzioni di moratoria, le quali potendo avere ad oggetto solo una dilazione temporanea, risultano strutturalmente inadeguate a contenere la previsione di nuove prestazioni, di nuovi affidamenti, ecc."; M. PERRINO, *op. cit.*, p. 21, che ritiene che il *best interests creditor test* non sia da accertare con riferimento ad uno strumento, quale la moratoria temporanea dei crediti, con cui si programma "un semplice *pactum de non petendo* [...] e non invece una modalità di soddisfazione da mettere a confronto con scenari alternativi" L'A., invero, ritiene che, semmai, sarà da accertare che "l'opponente non risulti indebitamente e significativamente pregiudicato, rispetto alla sorte prevedibile delle sue pretese, in assenza della convenzione", così aderendo, seppur parzialmente, all'orientamento proposto dalla dottrina maggioritaria, di cui *infra*.

²⁹⁹ L. BALESTRA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, cit., p. 455 e L. PROVARONI, *Accordo di ristrutturazione e convenzione di moratoria: effetti per i creditori finanziari dissenzienti*, cit., p. 79

potrebbe rispondere, nell'ambito di una data categoria, a logiche e convenienze sostanziali, anche prospettiche, di difficile interpretazione"³⁰⁰. Di conseguenza, la difficoltà di individuare lo scopo ultimo delle convenzioni renderebbe altrettanto poco agevole ipotizzarne le "alternative concretamente praticabili".

Tuttavia, nonostante l'infelice formulazione del disposto normativo, la dottrina maggioritaria³⁰¹ propone di interpretare il rinvio alla lett. c) del quarto comma superando il mero dato letterale e, scartando l'ipotesi di un'*interpretatio abrogans*, avanza l'idea di una lettura teleologica della valutazione comparativa che il tribunale è chiamato a svolgere in sede di opposizione alla convenzione di moratoria. In altre parole, ciò che si ritiene più opportuno fare è cercare la *ratio*, la finalità ultima propria del rinvio, in modo da assegnare "alle espressioni linguistiche, impiegate dal legislatore, un significato utile (piuttosto che uno inutile)"³⁰². Il risultato non potrà che portare ad attribuire al giudizio di *cram down* un valore ben diverso, rispetto a quello che ordinariamente rileva in sede di accordi di ristrutturazione o di concordato preventivo³⁰³. Infatti, posto che nel periodo di tempo coperto dalla convenzione mancherà un momento di vera e

³⁰⁰ L. PROVARONI, *op. cit.*, p. 79

³⁰¹ M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., p. 1277; R. RANALLI, *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182 septies*, cit., p. 895; M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, cit., p. 36; I.L. NOCERA, *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, cit., p. 1125

³⁰² Così I. L. NOCERA, *op. cit.*, p. 1125

³⁰³ La valutazione comparativa, rispetto alle alternative praticabili, non è, infatti, propria esclusivamente della disciplina degli istituti di cui all'art. 182 *septies*, ma è altresì rinvenibile nel disposto, di cui agli artt. 160, secondo comma (soddisfazione dei creditori) e 180, quarto comma (omologazione del concordato). Tuttavia, secondo I.L. NOCERA, *op. cit.*, p. 1124, "a differenza della fattispecie concordataria, nel giudizio di opposizione alla convenzione di moratoria, l'indagine di merito coinvolge tutti i creditori non aderenti, non solo quelli privilegiati (art. 160) o quelli appartenenti alle classi dissenzienti (art. 180). Tale difformità è giustificata dalla natura contrattuale della convenzione, dove non vige il principio maggioritario: si comprende, perciò, un controllo di merito, in modo da rendere conforme al principio consensualistico, ex 1372 c.c., l'esigenza del debitore di reagire al dissenso irragionevole dei creditori, che rappresentino fino al 25% dei crediti di una categoria"

propria soddisfazione delle pretese dei creditori finanziari coinvolti, è poco probabile che la valutazione comparativa possa coinvolgere i profili quantitativi. Questo perché, da un lato, un giudizio sul *quantum*, come anticipato poco sopra, sarebbe sommamente complesso, rispetto ad un istituto, come la convenzione di moratoria, che si pone a valle del procedimento di ristrutturazione e i cui effetti “satisfattivi” si proiettano, necessariamente, nel medio – lungo termine; dall’altro, perché un’alternativa, concretamente praticabile ed “idonea a consentire al non aderente un qualche soddisfacimento immediato, rappresenterebbe, senz’altro, un *quid pluris* rispetto al congelamento dei pagamenti”³⁰⁴, imposto – seppur provvisoriamente – dalla convenzione. Di conseguenza, l’analisi che il Tribunale sarà chiamato a svolgere in sede di opposizione, al fine di valutare le alternative concretamente praticabili per i creditori non aderenti, coinvolgerà, più che quelli quantitativi, i profili qualitativi e, in particolare, implicherà la verifica dell’idoneità della convenzione a garantire ai non aderenti un trattamento migliore o quantomeno uguale, rispetto a quello che quest’ultimi potrebbero ottenere, ove la moratoria non venisse stipulata. In altre parole, la verifica, che il tribunale sarà chiamato a svolgere, dovrà riguardare gli scenari, che, plausibilmente, si apriranno in assenza *in toto* della convenzione. Ad esempio, si prenda il caso in cui il credito della banca recalcitrante scada durante la pendenza della moratoria. E’ evidente che, in simili ipotesi, il non aderente abbia un chiaro interesse ad opporsi: ottenere tutto e subito è certamente migliore, rispetto all’alternativa di riscuotere qualcosa (forse), dopo³⁰⁵. Invero, ciò che dovrebbe domandarsi il giudice adito è se, pur in assenza del congelamento temporaneo delle pretese altrui, ci sarebbero, comunque, risorse disponibili

³⁰⁴ Così M. AIELLO, *op. cit.*, p. 37

³⁰⁵ Non è detto, infatti, che al termine della moratoria le criticità esistenti vengano effettivamente rimosse o che si riesca a concludere un accordo di ristrutturazione del debito o un piano di risanamento attestato. Gli accordi di moratoria, infatti, non sono, di per sé soli, idonei a scongiurare il rischio di successivo fallimento.

e sufficienti per soddisfare il creditore opponente e se, negando la moratoria, la situazione finanziaria del debitore rischierebbe di aggravarsi al punto da scivolare in una più grave insolvenza. A questo punto, peraltro, si prospetterebbe la strada per la dichiarazione di fallimento, la quale determinerebbe, a sua volta, il travolgimento del pagamento, effettuato a favore del non aderente, in ragione del meccanismo della revocatoria fallimentare. Da ciò consegue che “sotto il profilo della convenienza non rileva tanto il fatto che, in assenza della moratoria, il creditore Tizio venga soddisfatto integralmente, perché le sue partite creditorie scadono o perché il debitore è decaduto dal beneficio del termine nei suoi confronti. Rileva invece una comparazione tra l’alternativa che si pone se la moratoria venga accordata o negata, giacché, in quest’ultimo caso, potrebbe emergere uno stato di incapacità ad adempiere, che travolgerebbe tutti i creditori, nel doveroso rispetto della *par condicio creditorum*”³⁰⁶. Di conseguenza, la doglianza dell’opponente non potrà essere accolta, qualora il Tribunale accerti che, in ragione delle caratteristiche della fattispecie concreta, il sacrificio, provvisoriamente imposto al creditore recalcitrante dalla convenzione conclusa con la maggioranza qualificata degli istituti di credito, sarà compensato da un trattamento, se non migliore, quantomeno uguale a quello che otterrebbe in assenza della moratoria³⁰⁷. Come è stato

³⁰⁶ R. RANALLI, *op. cit.*, p. 895

³⁰⁷ Come scrive M. FABIANI, *op. cit.*, p. 1277, “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 il principio di cui all’art. 1372 c.c.”. Peraltro, secondo R. RANALLI, *Speciale Decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n.83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, cit., p.6, la valutazione comparativa svolge un ruolo guida, anche ai fini della valutazione dell’omogeneità delle posizioni giuridiche dei creditori, appartenenti alla medesima classe. In particolare potranno essere definite omogenee “le posizioni dei creditori, il cui grado e tempi di soddisfo, nell’alternativa concretamente praticabile, non siano tra loro significativamente diverse. Ecco che vi sarebbe un’unità di misura per valutare titoli prelatizi, garanzie collaterali esterne e forme tecniche”. Ciononostante, l’A. torna, in questa sede, ad interrogarsi sull’opportunità del classamento nell’ambito della convenzione di morato-

sottolineato in dottrina³⁰⁸, spetterà all'imprenditore dimostrare "che la convenzione costituisca, avendo riguardo agli scenari concretamente realizzabili, l'unico rimedio davvero idoneo ad evitare il repentino aggravamento della crisi, scongiurando l'apertura di una procedura concorsuale, dalla quale deriverebbero effetti nefasti per la regolare continuazione della attività d'impresa e, quindi, per il livello di soddisfacimento dei creditori"³⁰⁹.

In ragione della complessità della valutazione che il Tribunale sarà chiamato a compiere in sede di opposizione, coinvolgendo la stessa, non già diverse ipotesi di soddisfacimento, conseguibili *hic et nunc*, ma dati futuri ed eventuali, riferiti a soluzioni che si stagliano nel medio – lungo termine, non è difficile ipotizzare che, sovente, sarà necessario, a tal fine, l'ausilio di un C.T.U.³¹⁰.

Ha accolto l'orientamento, proposto dalla dottrina maggioritaria, il Tribunale di Napoli, nella pronuncia più volte sopramenzionata. Infatti, pur riconoscendo la difficoltà di dare un senso al riferimento ai profili

ria, ipotizzando che tale esigenza, così fortemente sottolineata dalla norma, potrebbe risultare superflua, anche in ragione della previsione della lett. c) del quarto comma.

³⁰⁸ M. AIELLO, *op. cit.*, p. 37

³⁰⁹ M. AIELLO, *ibidem*

³¹⁰ Poiché il sesto comma dell'art. 182 *septies* rinvia solamente alle *condizioni*, di cui al terzo periodo del quarto comma, si potrebbe sostenere che il ricorso all'ausilio del C.T.U. sia possibile, solo nel corso del procedimento di omologazione dell'accordo di ristrutturazione speciale. Infatti, G. FALCONE, *La nuova disciplina delle "convenzioni di moratoria" e l'intervento del professionista attestatore*, cit., p. 567, sostenendo che il giudizio di *cram down* sia privo di alcun senso nell'ambito della convenzione di moratoria, afferma che, così opinando, verrebbe meno anche il problema relativo alla possibilità per il Tribunale di avvalersi dell'ausiliario, in caso di valutazione non particolarmente agevole, in sede di opposizione. Diversamente, I. L. NOCERA, *op. cit.*, p. 1126, che non rinviene ostacoli nel consentire il ricorso al C.T.U., nell'ambito del giudizio di opposizione alla convenzione di moratoria. Anche R. RANALLI, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, cit., p.6, ritiene difficilmente ipotizzabile che il giudice possa svolgere una valutazione, tanto complessa, senza l'ausilio di un C.T.U., ma, al contempo, si interroga sull'opportunità di estendere *ex lege* il contenuto dell'attestazione che il professionista è chiamato a svolgere in sede di convenzione di moratoria, in modo che essa ricomprenda la valutazione comparativa sulle alternative concretamente praticabili e che, così, vengano abbattuti i tempi ed i costi, riconnessi alle consulenze tecniche, nel corso del giudizio.

satisfattivi, proprio del disposto della lett. c), di cui al quarto comma, la Corte afferma di “dover aderire a quelle interpretazioni, tese ad attribuire, comunque, un significato a tutte le condizioni del quarto comma, terzo periodo, richiamate dal sesto comma, ed, in particolare, ritiene che la convenzione di moratoria, per poter estendere gli effetti ai creditori non aderenti, debba essere tale da apportare un qualche vantaggio agli stessi o, quanto meno, debba essere tesa a non arrecare loro pregiudizio, alla scadenza del relativo termine”³¹¹. Inoltre, specifica che, ai fini della valutazione, non si terrà conto del futuro accordo di ristrutturazione, eventualmente già elaborato, o degli altri strumenti, cui l'imprenditore intende far ricorso, allo scadere del termine della moratoria, ma solo del contenuto della stessa³¹².

³¹¹ Nel caso di specie, tale giudizio non ha avuto esito positivo, poiché il Tribunale di Napoli ha rilevato come la moratoria non sarebbe stata in grado, nell'ipotesi in esame, di assicurare all'opponente, allo scadere del termine della dilazione, una soddisfazione migliore rispetto a quella che gli sarebbe comunque spettata in assenza della convenzione. In altre parole, il sacrificio che sarebbe stato imposto all'opponente, seppur temporaneamente, in ragione del meccanismo di estensione coattiva degli effetti, non avrebbe trovato alcuna giustificazione, in termini di benefici posteriori. Infatti, da un lato, nella moratoria non erano state stipulate clausole volte ad interrompere il corso degli interessi e l'operatività delle linee di credito chirografarie, con conseguente accumulo di ulteriori debiti, e, dall'altro, la banca non aderente avrebbe visto, nella pendenza dell'accordo, ridurre il valore delle proprie garanzie (navali), su cui avrebbe inciso negativamente l'obsolescenza, acuitasi nel frattempo. Al contrario, le banche aderenti, beneficiando delle garanzie, prestate a loro favore da parte di soggetti terzi, sarebbero state in grado, comunque, di neutralizzare l'eventuale perdita o l'aggravamento dello stato di crisi, cui il debitore principale sarebbe andato incontro a seguito della stipulazione dell'accordo.

³¹² Propone una soluzione diversa I.L. NOCERA, *op. cit.*, p. 1127, che ritiene che non rilevi “il confronto tra i flussi che deriverebbero dalla liquidazione senza convenzione e quelli che sarebbero prodotti alla scadenza della stessa”, ma che, piuttosto, sarebbero opportuno considerare “il possibile realizzo, in seguito all'ipotetico accesso a soluzioni di continuità”, tanto più semplice quanto più il piano di ristrutturazione fosse già definito. *Contra* R. RANALLI, *op. cit.*, p. 895, che affermava che “l'approccio più rigoroso e rispettoso della norma imporrebbe la misurazione della convenienza in termini di risorse disponibili per i creditori, nell'ipotesi di liquidazione attuale, in osservanza della *par condicio creditorum*, rispetto ad una liquidazione differita, sino al momento della scadenza della moratoria, confrontando i flussi che ne deriverebbero per i creditori nei due casi”.

8. Profili penalistici

Per quanto riguarda la disciplina penalistica, il d.l. 83/2015 ha provveduto ad integrare il disposto di cui agli artt. 236 e 236 *bis* L.F.. Il primo è volto a punire, con la reclusione da uno a cinque anni, la condotta dell'imprenditore, che, allo scopo di ottenere il consenso degli intermediari finanziari alla sottoscrizione della moratoria (o l'omologazione, nel caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti), si sia attribuito attività inesistenti o, per influire sulla formazione delle maggioranze, abbia simulato crediti, in tutto o in parte, inesistenti. Nella stessa norma, è stato aggiunto un comma finale, volto a riconnettere, anche agli istituti di cui all'art. 182 *septies*, l'operatività delle previsioni di cui agli artt. 223 e 224 (relativi ai fatti di bancarotta semplice e fraudolenta, per gli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori), 227 (per quanto riguarda i reati dell'istitutore), 232 e 233 L.F. (l'uno per i casi in cui siano state presentate domande di ammissione di crediti simulati o compiute distrazioni di beni, senza il concorso del debitore, l'altro per i casi di *mercato di voto*, ovverosia per quelle ipotesi in cui un intermediario finanziario si accordi con il debitore, o con altri, ma nell'interesse di quest'ultimo, per prestare il proprio voto alla moratoria o all'accordo di ristrutturazione, in modo da ottenere un vantaggio a proprio favore)³¹³.

E' opportuno sottolineare come l'assimilazione degli istituti dell'art. 182 *septies* al concordato preventivo, circa le disposizioni penalistiche, non possa rilevare come argomento utile al fine di fondare la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione del debito speciali e della convenzione di moratoria. La ragione della riconduzione di tali accordi nell'alveo di una norma, vigente, fino ad oggi, soltanto per le illicite commesse in ambito concordatario, è da ricercare, piuttosto, nel comune utilizzo che della regola

³¹³ Non sono state ricondotte agli istituti di cui all'art. 182 *septies* le incriminazioni previste al n.3) del secondo comma dell'art. 236, riferendosi gli artt. 228 e 229 al commissario del concordato preventivo, figura, evidentemente, assente negli accordi di ristrutturazione e moratoria con banche ed intermediari finanziari

maggioritaria viene fatto, tanto nel concordato preventivo, che nelle fattispecie di cui all'art. 182 *septies* (regola, “come si è avuto modo di constatare, idonea ad imporre un determinato regolamento pattizio dell'esposizione debitoria a soggetti non aderenti all'accordo od alla convenzione”³¹⁴). Alla luce della medesima considerazione, deve essere giustificata la scelta legislativa di circoscrivere l'integrazione dell'art. 236 (tanto nella rubrica, quanto nel corpo) ai soli istituti di cui all'art. 182 *septies*, e non anche all'accordo di ristrutturazione “ordinario”, di cui all'art. 182 *bis*. A riguardo, è stato osservato³¹⁵ come soltanto la prima tipologia di strumenti presenti un certo grado di “offensività”, potendo, al pari del concordato preventivo, estendere i diversi effetti ad essi riconnessi in capo ai terzi dissenzienti, mentre, nell'accordo di ristrutturazione ordinario, la coercizione cui sono destinatari i creditori terzi si limita ad uno slittamento di 120 giorni nei termini di pagamento dei crediti scaduti o da scadere. Per la verità, si potrebbe obiettare che, comunque, anche tale parziale estensione degli effetti dovrebbe giustificare l'operare analogo delle stesse norme incriminatrici, ma si tratta di una scelta che il legislatore ha liberamente ritenuto di compiere in modo opposto, e forse legittimamente, alla luce della modesta offensività dell'estensione prevista in tale ipotesi³¹⁶. Ad ogni modo, è opportuno sottolineare come la conduzione della convenzione di moratoria, nell'ambito dell'art. 236, renda inadeguato riferirsi alle incriminazioni, ivi previste, nei termini di “reati contro l'amministrazione della giustizia”, posto che, nell'istituto in esame, l'intervento del tribunale, come si è avuto modo di dire più volte, non è

³¹⁴ Così D. VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 9. Anche laddove non si ritenesse vigente il principio di maggioranza, la deroga al disposto dell'art. 1372 c.c. imporrebbe di garantire, comunque, ai creditori, cui l'accordo viene forzosamente esteso, che il procedimento si svolga correttamente, trovando, altrimenti, applicazione una specifica disciplina sanzionatoria.

³¹⁵ F. LAMANNA, *Speciale Decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n.83/2015: accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 10

³¹⁶ F. LAMANNA, *ibidem*

nemmeno detto che si realizzi, rilevando solo nel caso in cui venga proposta opposizione da parte del creditore recalcitrante.

Per quanto riguarda il professionista attestatore, come anticipato poco sopra, il legislatore ha previsto l'estensione della punibilità del falso in attestazioni e relazioni, di cui all'art. 236 *bis*, anche per gli atti redatti nell'ambito degli strumenti, di cui all'art. 182 *septies*, sanzionando con la reclusione o con una multa da cinquantamila a centomila euro il professionista che esponga false informazioni od ometta informazioni rilevanti. Inoltre, al terzo comma è previsto un aggravamento della pena, ove il fatto sia compiuto per conseguire un ingiusto profitto, per sé o per altri, ovvero ne derivi un danno ai creditori. Tuttavia, come rammenta autorevole dottrina³¹⁷, solo con riferimento alla convenzione di moratoria è stato espressamente stabilito l'obbligo di attestazione di omogeneità, in capo al professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma terzo, lett. d), mancando, invece, una previsione simile nell'ambito degli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari. Così, è stato ipotizzato che, "ai fini dell'omologazione da parte del Tribunale, possano assumere tale forma e provenienza le complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore che, ai sensi del quarto comma, devono essere trasmesse alle banche, cui il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo di ristrutturazione"³¹⁸.

Infine, è opportuno precisare che l'oggetto dell'attestazione del professionista, svolta in ambito di convenzione di moratoria, risulterà, ove si intenda accogliere l'orientamento maggioritario in dottrina, più circoscritto, rispetto alle altre ipotesi di falso in attestazioni e relazioni previste dalla norma (ovverosia, quelle di cui agli artt. 182 *bis*, 182

³¹⁷ L. M. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 25

³¹⁸ L. M. QUATTROCCHIO, *ibidem*

quinquies e 186 *bis*)³¹⁹, limitandosi all'accertamento dell'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici, tra i creditori interessati dalla convenzione ed appartenenti alla medesima categoria, riducendo, di conseguenza, "l'area delle possibilità falsità, in cui può incorrere l'attestatore"³²⁰.

³¹⁹ Nelle altre disposizioni citate, invece, è stato espressamente previsto che l'attestazione del professionista riguardi la veridicità dei dati aziendali e l'attuabilità dell'accordo di ristrutturazione (art. 182 *bis*), la funzionalità dei finanziamenti contratti, nell'ambito di un accordo di ristrutturazione o di un concordato preventivo, ai fini di un miglior soddisfacimento dei creditori (182 *quinquies*) nonché la conformità al piano ed il ragionevole adempimento dei contratti pubblici, che l'imprenditore intende proseguire, nell'ambito del concordato con continuità aziendale (art. 186 *bis*).

³²⁰ F. LAMANNA, *op. cit.*, p. 11

CAPITOLO III

PROSPETTIVE DI RIFORMA FUTURE DEL DIRITTO DELLA CRISI D'IMPRESA

1. Brevi riflessioni introduttive

Nonostante non siano segnatamente rilevanti ai fini dello studio della convenzione di moratoria, di cui all'art. 182 *septies* L.F., pare opportuno dar conto degli ultimi sviluppi normativi, che tra non molto interesseranno l'intera disciplina dell'insolvenza. D'altronde, a parere di chi scrive, un elaborato in materia di diritto fallimentare non può mancare di menzionare quelle proposte normative, nazionali ed europee, ancora "in corso d'opera", ma che in un prossimo futuro porranno le basi per un vero e proprio cambiamento di cultura, in questo settore del diritto.

2. La proposta di direttiva UE

Il 22 novembre 2016, è stata presentata dalla Commissione europea una proposta di direttiva in materia di insolvenza, contenente disposizioni riguardanti la ristrutturazione preventiva, il riconoscimento di una seconda opportunità all'imprenditore, che non abbia avuto successo nello svolgimento della propria attività, e un generale miglioramento delle procedure concorsuali, già vigenti nei diversi ordinamenti nazionali, soprattutto in termini di minore durata.

Prima di interrogarsi sui motivi che hanno spinto la Commissione ad adottare questa iniziativa e sulle ragioni che ne hanno reso le procedure di ristrutturazione, piuttosto che quelle di liquidazione, il punto focale, è bene fin d'ora precisare che le disposizioni contenute nella proposta non mirano

a disciplinare ed introdurre, negli ordinamenti degli Stati membri, una nuova procedura di ristrutturazione, né a dettare indicazioni vincolanti sugli aspetti centrali della materia dell'insolvenza (come quelli relativi alla definizione del concetto stesso di insolvenza, alle condizioni necessarie per l'apertura delle relative procedure o alla disciplina della graduazione dei crediti o della revocatoria). Sebbene disporre indicazioni vincolanti in tal senso sarebbe stato evidentemente utile, al fine di raggiungere il più alto livello di certezza del diritto in tutti gli Stati membri, le attuali differenze tra le legislazioni nazionali evidenziano come i tempi non siano sufficientemente maturi per un'armonizzazione prescrittiva, essendo il divario giuridico ancora troppo grande per essere colmato³²¹.

Di conseguenza, si è deciso di adottare “un approccio più prudente e flessibile”³²² ed infatti la finalità ultima della proposta consiste nell'indicare principi generali e, solo ove necessario, dettare disposizioni dettagliate³²³, affinché sia raggiunto, tra tutti gli Stati membri, un buon livello di coerenza

³²¹ Una proposta di direttiva che avesse inteso muoversi in tal senso avrebbe reso necessari profondi interventi anche in tutti quei settori del diritto che siano strettamente connessi alla materia dell'insolvenza, come quello civile e societario. Infatti, gli Stati membri, pur appoggiando gli obiettivi della Commissione relativi al miglioramento delle legislazioni nazionali in materia di ristrutturazione precoce e seconda opportunità, hanno “insistito, sul fatto che l'armonizzazione si limiti principalmente ai principi, considerati i complessi legami con altri settori del diritto, come il diritto societario”. *Relazione alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti e che modifica la direttiva 2012/30/UE*, p. 19

³²² *Relazione alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio*, p. 6

³²³ Nella *Relazione alla Proposta* si parla di “istituzione di un quadro giuridico minimale armonizzato, nel settore della ristrutturazione e della seconda opportunità per gli imprenditori”. Tuttavia, come sottolinea L. PANZANI, *La proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, “Il fallimento e le altre procedure concorsuali”, II, 2017, IPSOA, p. 130, la proposta della Commissione, prospettando l'armonizzazione delle due sopramenzionate aree del diritto della crisi d'impresa, comunque “incide su molti profili della disciplina concorsuale di fondamentale importanza, introducendo principi che in taluni casi sono molto lontani dall'esperienza europea e risentono in misura evidente dell'influenza del diritto americano, come modello, al Chapter 11. E' il caso del principio dell'obbligatorietà della formazione delle classi nella redazione del piano di ristrutturazione, del *cram down of dissenting creditors*, del *cross-class cram-down*, del *best interest of creditors test*, dell'*absolute priority rule*.”

giuridica in ambito di insolvenza, avendo particolare riguardo alla disciplina della ristrutturazione precoce dell'impresa in difficoltà finanziaria e alla garanzia di una seconda opportunità al debitore, la cui attività imprenditoriale non abbia avuto buon esito. Così, nonostante il riconoscimento di un certo grado di flessibilità, volto a garantire che gli obiettivi ultimi di armonizzazione siano conseguiti “con modalità adeguate ai contesti nazionali”³²⁴, gli Stati membri saranno chiamati ad introdurre nei rispettivi ordinamenti disposizioni normative finalizzate, da un lato, a realizzare una tempestiva emersione dello stato di crisi, attraverso la previsione di una serie di obblighi in capo ai dirigenti dell'impresa e la possibilità di accedere alle procedure di ristrutturazione in una fase precoce, e, dall'altro, a combattere la perdurante stigmatizzazione sociale dell'imprenditore fallito, riconoscendogli, ove meritevole, una seconda possibilità, mediante la liberazione totale dai propri debiti. Il fine ultimo, evidentemente, è quello di incoraggiare l'aspirazione ad intraprendere un'attività imprenditoriale, combattendo i fattori, giuridici e sociali, che nel corso degli anni hanno contribuito a dissuaderla³²⁵.

La proposta di direttiva, avanzata dalla Commissione, fa seguito alla presa di coscienza che la Raccomandazione del 2014³²⁶ non abbia sortito, in

³²⁴ *Relazione alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio*, p. 7

³²⁵ Infatti, è stato rilevato come la stigmatizzazione sociale, conseguente all'insuccesso imprenditoriale, l'idea di incorrere in lunghe procedure concorsuali nonché “l'incapacità di far fronte ai propri debiti costituiscono un forte deterrente per gli imprenditori che intendano avviare un'attività o ottenere una seconda possibilità”. La *Relazione* continua evidenziando che, “per incoraggiare l'attività imprenditoriale, è opportuno che gli imprenditori e i dirigenti d'impresa non siano stigmatizzati, se i loro sforzi imprenditoriali onesti non abbiano avuto successo”.

³²⁶ Come sottolinea L. STANGHELLINI, *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza*, in Pagni I. e Stanghellini L., in “Le soluzioni negoziali della crisi d'impresa tra presente e futuro”, Volume II, Firenze, 2017, XI edizione, p. II-146, sebbene le istituzioni dell'Unione abbiano cominciato ad interessarsi all'armonizzazione del diritto societario da ormai cinquant'anni, l'attenzione al diritto fallimentare si è accesa solo tre anni fa, con la Raccomandazione del 2014. “La causa scatenante di tale interesse è stata la crisi finanziaria del 2007, che da un lato ha piegato centinaia di migliaia di imprese a livello europeo, dall'altro ha appesantito i bilanci delle banche di crediti deteriorati (NPL) che in alcuni ben noti casi (soprattutto in Italia, Spagna, Portogallo e Irlanda) ne hanno messo in pericolo la stabilità”.

materia di prevenzione dell'insolvenza, i risultati sperati, come rilevato dalle valutazioni, relative alla sua attuazione, svolte nel corso degli anni 2015 e 2016. Infatti, fermo restando che alcuni Stati membri dispongono già di quadri ben funzionanti nei settori della ristrutturazione e dell'insolvenza³²⁷, in un numero significativo di Paesi europei la Raccomandazione è stata eseguita solo parzialmente: basti pensare che, in ben nove Stati membri³²⁸, non v'è, ancora oggi, la possibilità di accedere alle procedure di ristrutturazione in una fase antecedente a quella dell'insolvenza conclamata, mentre, in altri ordinamenti, sebbene abbiano preso avvio le riforme necessarie a rinnovare le legislazioni attualmente vigenti, si registra ancora una generale inefficienza delle normative concorsuali. Come specificato nel Considerando n.3, in alcuni di questi Paesi, pur essendo possibile accedere alla ristrutturazione in una fase precoce, “le procedure disponibili sono meno efficaci di quanto potrebbero esserlo oppure sono molto formali; in particolare, l’uso delle procedure stragiudiziali è limitato”. A questo quadro generale di mal funzionamento delle procedure, volte a prevenire o ad affrontare l’insolvenza, si aggiunge la forte frammentazione legislativa, poc’anzi menzionata, che risulta ancor più evidente nella disciplina sulla seconda opportunità.

Preso atto dell’insufficienza della sola Raccomandazione “a raggiungere gli obiettivi di convergenza e riduzione delle inefficienze”³²⁹ sperati, la proposta di direttiva intende rafforzarne la realizzazione e, al contempo, oltrepassarne il perimetro, “stabilendo anche norme mirate, per aumentare l’efficienza di tutti i tipi di procedure, comprese quelle di liquidazione”³³⁰. D’altronde, disporre di un quadro normativo, chiaro, omogeneo e

³²⁷ Nella *Relazione* si evidenzia come l’obiettivo non sia “intervenire in quello che funziona bene, ma istituire un quadro comune a livello dell’UE per garantire una ristrutturazione efficace, una seconda opportunità e procedure efficienti a livello sia nazionale che transfrontaliero”

³²⁸ Il dato è riportato da A. SOLIDORO, *Dalla Commissione Ue una proposta in materia di insolvenza*, in *quotidianodelfisco.ilsole24ore.com*, 24 novembre 2016.

³²⁹ *Relazione alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio*, p. 18

³³⁰ *Ivi*, p. 7

funzionante, in materia di insolvenza, costituisce una prerogativa assoluta per garantire il buon funzionamento del mercato europeo. Infatti, la generale inefficienza delle normative concorsuali e l'eccessiva frammentazione legislativa costituiscono, certamente, due dei molteplici fattori che hanno concorso e quotidianamente concorrono a determinare l'alta percentuale di fallimenti, che si verificano ogni giorno all'interno dell'Unione europea, stimati per un ammontare annuo pari a duecentomila (ovverosia, circa seicento al giorno)³³¹, “con una conseguente perdita diretta di 1,7 milioni di posti di lavoro all'anno”³³². Cifre tanto consistenti devono essere lette alla luce del fatto che lo smobilizzo di capitali esteri viene fortemente disincentivato dalla prospettiva di imbattersi in legislazioni nazionali, non di rado oscure ed impositive di lunghe e costose procedure concorsuali³³³, tant'è che nei casi di insolvenza transfrontaliera è emerso come i creditori rinuncino, talvolta, a far valere le proprie pretese, “semplicemente perché è troppo costoso farlo, ad esempio qualora sia necessaria una consulenza legale in loco”³³⁴. La forte frammentazione giuridica, peraltro, rende ancora oggi pressoché impossibile elaborare un piano di ristrutturazione per un gruppo transfrontaliero di imprese. Infine, non può sottacersi come il basso livello di armonizzazione e l'inefficacia dei quadri giuridici, in materia di seconda opportunità per gli imprenditori insolventi, inducano quest'ultimi a trasferirsi in giurisdizioni, diverse da

³³¹ E' stato rilevato che il 50% delle imprese europee abbiano una durata di vita inferiore ai cinque anni e che un caso di insolvenza su quattro abbia carattere transfrontaliero, “ossia coinvolge creditori e debitori in più di uno Stato membro UE. Le insolvenze transfrontaliere hanno un impatto particolarmente forte sul mercato, soprattutto se si tiene conto del fatto che, in questi casi, è molto probabile che siano coinvolte imprese di grandi dimensioni. [...] Inoltre, gli sviluppi futuri del mercato unico dovrebbero portare ad un aumento delle operazioni transfrontaliere tra le imprese e, pertanto, ad una più alta percentuale di insolvenze con impatto transfrontaliero”. Così dispone la *Relazione alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio*, p. 3

³³² *Ibidem*

³³³ Nel considerando n.5, infatti, si legge che “la durata eccessiva delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti in vari Stati membri è un fattore determinante dei bassi tassi di recupero e dissuade gli investitori dall'operare nelle giurisdizioni, in cui le procedure rischiano di durare troppo”.

³³⁴ *Relazione alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio*, p. 3

quella di appartenenza, per accedere a regimi più favorevoli e, quindi, per godere della possibilità di ripartire in tempi ragionevoli. Una simile evenienza ha impatto negativo, in termini di costi, tanto sui creditori che sui debitori: infatti, i primi dovranno “calcolare il rischio, supplementare, che l’imprenditore possa ottenere l’ammissione al beneficio della liberazione dai debiti in tempi più brevi, in un’altra giurisdizione”³³⁵; ai secondi, invece, potrebbe essere richiesto, ai sensi del Regolamento 2015/848, di stabilirsi “in uno Stato membro da un certo periodo di tempo, prima di poter chiedere la liberazione dei debiti in tale giurisdizione”³³⁶.

Alla luce delle sopramenzionate valutazioni e senza dimenticare di fornire adeguata tutela ai creditori, la Commissione ha preso coscienza di come, ormai, sia divenuto necessario adottare, oltre a principi fondamentali, anche norme più mirate, di modo che, concretamente, possa essere intrapreso il cammino verso un vero e proprio cambiamento di cultura, nella materia dell’insolvenza.

Un ruolo centrale nelle novità, prospettate dalla proposta, è coperto dal sistema della ristrutturazione precoce. Le ragioni che giustificano questa scelta sono molteplici. In primo luogo, è stato rilevato come nei Paesi, in cui la ristrutturazione è la procedura di insolvenza più diffusa, i tassi di recupero siano più elevati rispetto agli ordinamenti in cui si faccia maggiormente ricorso alla procedura di liquidazione. Nel primo tipo di economie, infatti, “i creditori possono attendersi di recuperare l’83% dei loro crediti, contro una media del 57%”³³⁷, ove sia la liquidazione il principale metodo di risoluzione della crisi d’impresa. Un maggior tasso di recupero contribuisce a diminuire il costo del credito, incentiva gli investimenti e, non da ultimo, aumenta le possibilità che gli imprenditori si cimentino in una nuova partenza. Inoltre, è opportuno evidenziare che, se

³³⁵ *Ivi*, p. 4

³³⁶ *Ibidem*

³³⁷ *Relazione alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio*, p. 3

avviata in una fase sufficientemente precoce, la ristrutturazione offre buone possibilità di evitare che il rischio di insolvenza si concretizzi, garantendo alle imprese l'opportunità di "tornare alla sostenibilità finanziaria più rapidamente e di onorare i debiti"³³⁸. E' evidente che, così operando, da un lato, si eviteranno inutili perdite, tanto in termini di posti di lavoro che di conoscenze e competenze, e, dall'altro, si contribuirà a prevenire l'accumulo di prestiti deteriorati³³⁹, giacché un buon piano di ristrutturazione "consente di trasformare i prestiti deteriorati in prestiti che l'impresa può effettivamente rimborsare"³⁴⁰.

Preso atto dei migliori esiti che la vigenza di efficienti misure di prevenzione dell'insolvenza potrebbe realizzare, la proposta di direttiva, agli artt. 4 e ss., prevede una serie di disposizioni, volte ad agevolare l'accesso alla ristrutturazione preventiva³⁴¹ ed a garantire un sereno svolgimento delle relative trattative. In particolare, gli artt. 6 e 7 dispongono che, nella pendenza della negoziazione, il debitore possa

³³⁸ Invece, nel caso in cui la sostenibilità economica dell'impresa sia definitivamente compromessa, un intervento precoce assicura maggiori probabilità che la procedura di liquidazione sia svolta in modo ordinato ed efficace

³³⁹ Fermo restando che, come si sottolinea nella *Relazione*, "buoni quadri in materia di insolvenza potrebbero contribuire a risolvere i problemi, ma da soli non possono rispondere a tutte le sfide che le banche devono affrontare nella gestione dei bilanci deteriorati".

³⁴⁰ L. PANZANI, *La proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, cit., p. 131, ritiene che un altro motivo che ha spinto la Commissione a puntare sulla ristrutturazione possa essere individuata nell'esigenza "di creare un modello di ristrutturazione europeo che faccia concorrenza all'inglese *scheme of arrangement*, ed eviti i frequenti fenomeni di *forum shopping* da parte di imprenditori che intendono profittare del più favorevole regime previsto dalla disciplina del regno Unito. [...]. Si è osservato che per altro verso l'iniziativa del legislatore europeo arriva quando ormai si è messo in moto il meccanismo della Brexit e che la nuova normativa sarà in vigore quando ormai la Gran Bretagna sarà uscita dall'Unione europea. Si può peraltro obiettare che non è affatto detto che con la Brexit il radicamento dell'insolvenza a Londra ed il ricorso allo *scheme of arrangement* cessino di essere convenienti".

³⁴¹ In particolare, ci si riferisce alle disposizioni, contenute agli artt. 4 e 5, relative al presupposto oggettivo (indicato nella generica "probabilità di insolvenza"), alla limitazione dell'intervento dell'autorità giudiziaria (soltanto ai casi in cui sia necessario e proporzionato alla salvaguardia dei diritti delle parti interessate), alla possibilità dei creditori, d'accordo con il debitore, di fare domanda per accedere alla procedura, nonché alla non obbligatorietà della nomina di un professionista.

beneficiare di un periodo di tempo³⁴², in cui vengono sospese le azioni esecutive individuali³⁴³ (che, evidentemente, avrebbero ripercussioni negative sullo svolgimento e sull'esito delle trattative) e la possibilità per uno o più creditori di chiedere l'apertura della procedura di insolvenza, mentre gli artt. 16 e 17 prevedono un regime di particolare favore per i finanziamenti e le altre operazioni connesse alla ristrutturazione. E' evidente che la finalità ultima di quest'ultime previsioni sia quella di incoraggiare i finanziamenti alle imprese, economicamente sostenibili ma in difficoltà finanziarie: sebbene siano molto rischiose, tali operazioni svolgono un ruolo di primaria importanza nell'assicurare il buon esito della procedura di ristrutturazione, poiché, nella pendenza delle trattative, sono necessarie a sostenere l'operatività dell'impresa, e, all'indomani dell'omologazione, l'attuazione del piano di ristrutturazione³⁴⁴. Nei casi, in cui siano previsti nuovi finanziamenti o laddove si incida sugli interessi delle parti dissenzienti, il ruolo dell'autorità giudiziaria o amministrativa diviene necessario ai fini dell'omologazione del piano (sebbene la linea di tendenza, seguita dalla proposta, sia quella di ridurlo ai minimi termini). E' evidente che la ragione, determinante l'introduzione dell'intervento da parte dell'autorità giudiziaria, consista in questi casi nel garantire adeguata tutela ai creditori che non abbiano ritenuto opportuno aderire al piano proposto o

³⁴² La durata massima è fissata a quattro mesi, ma è prorogabile per un massimo di dodici, purché si siano registrati progressi significativi e non siano pregiudicati i diritti delle parti interessate. La determinazione del termine cerca di contemperare le diverse esigenze dei creditori e del debitore, fermo restando che la sospensione non dovrebbe essere concessa o prorogata laddove pregiudichi ingiustamente gli interessi dei creditori. Per scongiurare un rischio simile, nel ventesimo Considerando si dispone che il giudice consideri "se la sospensione preservi il valore complessivo della massa fallimentare e se il debitore agisca in malafede o con l'intento di arrecare pregiudizio, o, in generale, se agisca contro le aspettative legittime della massa dei creditori"

³⁴³

³⁴⁴ Nell'art. 16 è disposto espressamente che gli Stati debbano provvedere affinché i finanziamenti siano incoraggiati e tutelati, in particolare garantendo a chi li ha prestata una soddisfazione in via prioritaria nelle successive procedure di liquidazione e un rango almeno superiore a quello dei creditori chirografari. Tali operazioni, inoltre, non possono essere dichiarate nulle, annullabili o inopponibili e i finanziatori sono esonerati da responsabilità civile, amministrativa o penale, salvo che non si tratti di operazioni effettuate in modo fraudolento o in malafede.

che, nel caso di nuovi finanziamenti, vedano aumentare il passivo a loro pregiudizio, giacché ai creditori disposti ad erogare nuova finanzia viene riconosciuto il beneficio della prededuzione. Valutare se tale pregiudizio trovi bilanciamento nelle aumentate prospettive di recupero dell'impresa per mezzo del piano di ristrutturazione deve essere compito di un soggetto terzo imparziale, quale il giudice o l'autorità giudiziaria³⁴⁵.

Inoltre, affinché l'obiettivo di una ristrutturazione precoce venga effettivamente a compimento, sono previsti, all'art. 18, una serie di obblighi in capo ai dirigenti dell'impresa, volti a garantire una tempestiva emersione e un'efficace gestione dello stato di crisi, e, all'art. 11, la possibilità che il piano venga omologato e, quindi, reso vincolante, anche ove approvato da una sola classe di creditori interessati, salva la facoltà degli Stati membri di aumentare il numero minimo di classi, necessario per l'approvazione. Per raggiungere il medesimo fine, l'art. 32 riconosce la possibilità di derogare alla direttiva 2012/30/UE, contenente disposizioni di diritto societario, onde evitare che gli azionisti, abusando dei diritti loro riconosciuti dalla sopramenzionata direttiva³⁴⁶, causino la vanificazione degli sforzi, compiuti per la realizzazione del piano di ristrutturazione.

E' opportuno precisare che l'art. 3, terzo comma, riconosce agli Stati membri la possibilità di limitare l'operatività delle disposizioni, dettate in materia di ristrutturazione precoce, e, quindi, l'accesso agli strumenti di *early warning*, soltanto alle piccole e medie imprese. La ragione che giustifica tale previsione deve essere rinvenuta nel fatto che quest'ultime non di rado non dispongono di risorse sufficienti per sopportare i costi elevati della ristrutturazione, rendendosi così "opportuno prevedere sempre un meccanismo di allerta"³⁴⁷.

³⁴⁵ L. PANZANI, *op. cit.*, p. 130

³⁴⁶ In particolare, il riferimento è alle disposizioni "riguardanti l'obbligo di convocare l'assemblea degli azionisti e di offrire in opzione le azioni agli azionisti"

³⁴⁷ L. PANZANI, *op. cit.*, p. 130. A parere dell'A., poiché le PMI "non hanno né le dimensioni né i mezzi per proporre un'efficiente ristrutturazione", sarebbe più

Il titolo III è dedicato al riconoscimento di una seconda opportunità all'imprenditore ed a tutte le persone fisiche impegnate in un'attività professionale che non abbiano avuto successo nello svolgimento della propria attività³⁴⁸. La durata massima del periodo di tempo, entro cui dovrà essere concessa la liberazione dai debiti, è fissata a tre anni a decorrere dalla data in cui, nel caso di procedura che si concluda con la liquidazione, il giudice abbia deciso sulla domanda di apertura della procedura o, nel caso di procedura che preveda un piano di rientro, dal giorno in cui sia iniziata l'attuazione del piano di rimborso. Allo scadere di suddetto termine il debitore dovrà ritenersi liberato, senza la necessità di ricorrere, nuovamente, all'autorità giudiziaria. Inoltre, è opportuno precisare che nonostante la direttiva "non contenga norme vincolanti in materia di sovraindebitamento del consumatore", è fortemente incoraggiato il trattamento unitario o, quantomeno, coordinato, delle procedure, previste dagli Stati membri, per la di liberazione dai debiti, tanto professionali, quanto personali. Infatti, come si legge nel considerando n. 15, "un regime sulla seconda opportunità per gli imprenditori è inefficace, se l'imprenditore, per liberarsi dai debiti professionali legati all'impresa e da quelli personali non legati all'impresa, deve sottoporsi a procedure distinte, con condizioni di accesso e termini per la liberazione dai debiti diversi". Peraltro, non può sottacersi come gli obiettivi di armonizzazione, in merito al riconoscimento di una seconda opportunità all'imprenditore, assumano tanta più importanza ove si tenga conto del fatto che, riconoscendo una nuova possibilità di avviare attività imprenditoriali, si verrebbe a creare,

ragionevole garantire loro "una rapida liquidazione, in modo da assicurare ai titolari una veloce esdebitazione e la possibilità di un *fresh start*. Sono invece le imprese medie e di maggiori dimensioni che possono effettivamente beneficiare di una tempestiva ristrutturazione"

³⁴⁸ E che siano meritevoli della liberazione dei debiti. E' evidente che tale beneficio, nonché la cessazione dell'interdizione, eventualmente comminata, non debbano essere riconosciuti al debitore disonesto o che abbia agito in malafede. Come previsto nel considerando n.38, "a tal fine gli Stati dovrebbero impartire alle autorità giudiziarie ed amministrative orientamenti precisi sul modo in cui valutare l'onestà dell'imprenditore"

all'interno dell'Unione europea, un numero di posti di lavoro stimato per un ammontare pari a circa tre milioni.

All'obiettivo, relativo all'aumento dell'efficienza delle procedure d'insolvenza già vigenti negli ordinamenti degli Stati membri, è dedicato il titolo IV, contenente disposizioni volte a favorire, prima fra tutte, la riduzione dei tempi necessari per lo svolgimento di tali procedimenti, anche attraverso un più frequente ricorso ai mezzi di comunicazione digitali³⁴⁹. Anche il raggiungimento di un livello di specializzazione, alto e comparabile in tutta l'Unione, dei giudici e dei professionisti, coinvolti nelle procedure, si ritiene costituire un fattore utile per abbattere la lentezza delle procedure. Inoltre, gli Stati sono chiamati ad incoraggiare l'adozione di codici volontari di condotta e "l'istituzione di meccanismi di vigilanza e regolazione, che comprendano un regime adeguato ed efficace per sanzionare chi non adempie i propri obblighi". La nomina e la revoca dei professionisti, si ribadisce, dovrà avvenire in modo chiaro, prevedibile ed equo.

In conclusione, come evidenziato nella Relazione, la proposta di direttiva mira ad introdurre in tutto il territorio dell'Unione "una cultura del salvataggio più forte", prendendo atto del fatto che "una percentuale significativa di imprese e posti di lavoro potrebbe essere salvata, se in tutti gli Stati membri, in cui l'impresa ha dipendenze, attivi o creditori, esistessero procedure di prevenzione", se quelle già esistenti venissero rese più efficienti e se un ruolo primario, nella gestione della crisi, venisse lasciato alla ristrutturazione, piuttosto che alla liquidazione. E' evidente che un maggiore livello di armonizzazione e, di conseguenza, di certezza del diritto, nei termini suddetti, siano ormai elementi imprescindibili per

³⁴⁹ Nel considerando n.14, infatti, si sottolinea come sia opportuno che lo svolgimento di alcune fasi procedurali (come quella dell'insinuazione al passivo o della votazione del piano) venga realizzato per via elettronica.

garantire “il buon funzionamento del mercato unico ed un’ autentica Unione dei mercati di capitali”.

3. I lavori della Commissione Rordorf

Dopo quasi settantacinque anni di vigenza del Regio Decreto 267/1942, nel nostro ordinamento ha preso avvio un nuovo progetto di riforma della normativa fallimentare, al fine di introdurre una disciplina organica ed unitaria del fenomeno dell’ insolvenza. I lavori sono iniziati all’ indomani dell’ istituzione, da parte del Ministro della Giustizia, di una Commissione di esperti, coordinata dal presidente della I Sezione civile della Corte di Cassazione, Renato Rordorf, ed incaricata di (i) razionalizzare, semplificare e uniformare i procedimenti previsti nella legge fallimentare, (ii) ridurre le previsioni in tema di privilegi, (iii) individuare misure idonee ad incentivare l’ emersione precoce della crisi e (iv) riordinare la disciplina del sovraindebitamento. Il compito, seppur particolarmente ampio e complesso, non poteva più essere rinviato: le modifiche, che nel corso degli anni sono intervenute in modo alluvionale sul Regio Decreto, al fine di adeguarne il contenuto alle mutevoli esigenze delle realtà economica, da un lato hanno “accentuato lo scarto tra le disposizioni riformate e quelle rimaste invariate, che ancora risentono di un’ impostazione nata in un contesto temporale e politico ben lontano dall’ attuale”³⁵⁰, e dall’ altro hanno generato non poche incertezze e difficoltà applicative. Infatti, molti degli interventi normativi degli ultimi anni sono stati realizzati sotto la spinta dell’ urgenza e, inevitabilmente, hanno risentito di “un certo grado di approssimazione nella formulazione tecnica”³⁵¹ ed impedito il consolidarsi degli indirizzi giurisprudenziali in materia. Da ciò l’ esigenza di un approccio di riforma non più episodico ed emergenziale, bensì sistematico ed organico, in modo

³⁵⁰ *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, p. 3

³⁵¹ *Ibidem*

da ricondurre a linearità un sistema divenuto nel tempo troppo farraginoso³⁵².

Dopo l'approvazione da parte del Consiglio dei Ministri il 10 febbraio 2016 e le modifiche apportate dalla Commissione Giustizia lo scorso maggio, a febbraio 2017 il disegno di legge delega ha ottenuto il voto favorevole della Camera dei deputati e passa quindi all'esame del Senato. Di conseguenza, è opportuno precisare fin d'ora che le riflessioni che seguiranno non possono che scontare del carattere della provvisorietà, giacché ulteriori modifiche ben potranno essere apportate al progetto di riforma. D'altronde, anche il testo al vaglio del Senato risulta piuttosto diverso da quello originariamente elaborato dalla Commissione, soprattutto ove si faccia riferimento alla parte più innovativa della riforma, ovvero quella dedicata alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi. Il dato, tuttavia, non stupisce: è questa un'area del diritto fallimentare in cui il bilanciamento degli interessi delle diverse parti coinvolte risulta particolarmente complesso³⁵³. E' ormai noto che intervenire in una fase precoce, ovvero quella in cui la crisi non sia ancora sfociata nel ben più grave stato di decozione, sia assolutamente necessario, ove si intenda massimizzare le possibilità che l'attività imprenditoriale venga proseguita ed evitare che si concretizzi tutta quella serie di ripercussioni sociali ed economiche, connesse all'insolvenza. Tuttavia, è parimenti vero che l'introduzione di procedure volte a realizzare un intervento tempestivo sull'impresa in difficoltà si scontra tanto con il

³⁵² *Ibidem*

³⁵³ Ne sono evidente testimonianza i lavori della vecchia Commissione Trevisanato. Istituita dal Ministro della Giustizia il 28 novembre 2001, la Commissione anche in quel caso aveva il compito di provvedere all'elaborazione di "principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo all'emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi". In quella stessa sede vennero avviati i primi lavori per introdurre un sistema di procedure di allerta nel nostro ordinamento. Tuttavia, taluni ritennero che le proposte avanzate avrebbe realizzato un'indebita ingerenza nella libertà di iniziativa economica dell'imprenditore e l'impossibilità di conciliare le posizioni dei componenti lasciò incompiuto e, fino ad oggi, nell'ombra il progetto di introdurre nell'ordinamento italiano strumenti che intervenissero nella fase embrionale della crisi.

dovere di rispettare la libertà dell'imprenditore a gestire senza ingerenze esterne la situazione di crisi, finché non sia sfociata nella più critica insolvenza, tanto con la diffusa ritrosia di tali soggetti ad esteriorizzarne i primi sintomi e "promuovere autonomamente una ristrutturazione precoce"³⁵⁴. Infatti, tra gli imprenditori italiani è da sempre diffusa la tendenza a procrastinare quanto più possibile l'accesso alle procedure concorsuali, fino al momento in cui quella liquidatoria diviene, di fatto, l'unica soluzione concretamente praticabile, rendendo inopportuni diversi tentativi di risanamento. La ragione principale di questo ritardo cronico nell'affrontare i prodromi della crisi va rinvenuta, essenzialmente, in fattori di carattere psicologico: infatti, "le procedure concorsuali sono ancora vissute dagli imprenditori come un male in sé, da allontanare nel tempo ad ogni costo"³⁵⁵ e, in particolare, "il timore di perdere il controllo dell'impresa nonché di svelare fatti che potrebbero comportare responsabilità civili e penali costituiscono altrettante remore ad entrare in procedura"³⁵⁶. Inoltre, non può sottacersi come anche il fattore economico concorra ad aggravare lo scenario di generale inerzia del ceto imprenditoriale, giacché non di rado le imprese di minori dimensioni non dispongono di risorse sufficienti per promuovere per tempo adeguate procedure di ristrutturazione³⁵⁷.

³⁵⁴ *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, p. 4

³⁵⁵ *Ibidem*

³⁵⁶ L. PANZANI, *Le procedure di allerta e conciliazione*, in Pagni I. e Stanghellini L., "Le soluzioni negoziali della crisi d'impresa fra presente e futuro", Firenze, 2017, Edizione XI

³⁵⁷ L'art. 2, lett a), di cui al d.d.l. 2681, ad oggi prevede che l'operatività delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi non sia estesa "alle società quotate in borsa o in altro mercato regolamentato e alle grandi imprese come definite dalla normativa dell'Unione europea". Uno dei motivi che giustificano la seconda limitazione soggettiva va rinvenuto nel fatto che, di regola, tali società dispongono di risorse sufficienti per provvedere alla gestione della crisi, senza che si renda necessario l'intervento da parte di un organismo esterno, istituito dallo Stato. Per quanto riguarda le società quotate, invece, le ragioni dell'esclusione sono parzialmente diverse: esse, infatti, "sono dotate di specifici strumenti di presidio del governo societario previsti dai codici di comportamento, redatti da società di gestione regolamentati; inoltre è previsto l'obbligo del collegio sindacale di comunicare senza indugio alla Consob qualsiasi tipo di irregolarità riscontrata (cfr. art.

Da qui, l'esigenza di avviare la strada verso un vero e proprio cambiamento di cultura nella gestione della crisi, sulla scorta dell'idea che essa debba essere affrontata come una "evenienza fisiologica nel ciclo vitale di un'impresa, da prevenire ed eventualmente regolare al meglio, ma non da esorcizzare". Si comprende, quindi, il motivo per cui il primo obiettivo, indicato all'art. 2 del disegno di legge delega, sia quello di espungere ogni riferimento al termine fallimento³⁵⁸: in questo modo, infatti, si cercherà di eliminare una volta per tutte "l'aura di negatività e discredito, anche personale, che storicamente a quella parola si accompagna"³⁵⁹. Peraltro, così facendo il nostro ordinamento si allineerà a quei Paesi europei, che abbiano già compiuto una scelta negli stessi termini (come Francia, Spagna e Germania).

Al fine di superare la diffusa condizione di inerzia propria degli imprenditori italiani e di garantire maggiori possibilità che l'attività venga proseguita e la dispersione di valore dell'impresa evitata, l'art. 4 provvede a dettare i criteri direttivi, cui il Governo dovrà attenersi nell'introdurre le procedure di allerta e composizione assistita della crisi³⁶⁰. Come si accennava poc'anzi, gli interventi, realizzati in questa parte del progetto, si sono caratterizzati per l'intenzione di traghettare le procedure quanto più possibile fuori dalle aule di Tribunale, demandandone la competenza, da ultimo, ad organismi³⁶¹ che dovranno essere istituiti presso ciascuna

149, comma 3, T.U.F.); senza poi considerare le esigenze di riservatezza che nel caso di società quotate devono avere massima tutela. Pertanto l'intervento di un organismo esterno non parrebbe opportuno". Così G. LOMBARDI, *Il ruolo degli organi di controllo e di revisione nelle procedure di allerta di cui al disegno di legge-delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in Pagni I. e Stanghellini L., "Le soluzioni negoziali della crisi d'impresa fra presente e futuro", Firenze, 2017, Edizione XI, p. I-238

³⁵⁸ Il termine fallimento dovrà essere sostituito con l'espressione "liquidazione giudiziale" e le disposizioni penalistiche che finora vi abbiano fatto riferimento dovranno essere opportunamente adeguate

³⁵⁹ *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, p. 5

³⁶⁰ L'introduzione di misure di allerta allineerà il nostro ordinamento alle istanze europee, espresse dapprima nella Raccomandazione 2014 e oggi nel progetto di Direttiva.

³⁶¹ Nel progetto originario era stato previsto che la competenza venisse demandata agli organismi di composizione della crisi, previsti dalla legge sul sovraindebitamento. La

Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura. Il fine è quello di riconoscere a tali strumenti il più alto livello di confidenzialità³⁶², in modo da evitare l'insorgere del timore che i procedimenti, caratterizzati dall'intervento dell'autorità giudiziaria e da possibili risvolti pubblici, di regola generano nella collettività, nonché quello di "creare un luogo di incontro tra le contrapposte – ma non necessariamente divergenti – esigenze del debitori e dei suoi creditori, secondo una logica di mediazione e composizione, assistita da organismi professionalmente dedicati alla ricerca di una soluzione appropriata"³⁶³.

Tuttavia, consapevoli del fatto che "saranno presumibilmente ben pochi gli imprenditori che nel nostro paese si determineranno a percorrere tempestivamente questa strada responsabile", la legittimazione ad avviare la procedura è stata estesa anche a soggetti esterni, diversi dal debitore³⁶⁴, che vantino "un particolare angolo visuale conoscitivo sull'impresa"³⁶⁵: il potere di iniziativa, infatti, è stato riconosciuto a creditori pubblici

Camera, tuttavia, non ha ritenuto confermare quanto proposto nel progetto iniziale della Commissione ed approvato dal Consiglio dei Ministri, realizzando una scelta che, peraltro, si scontra con la ritrosia più volte manifestata dalle Camere di Commercio, ad assumersi un onere simile. Di conseguenza, la disposizione in esame ben potrebbe prestarsi ad ulteriori modifiche.

³⁶² Tuttavia, ad oggi è stato espunto il riferimento, previsto dal progetto originario, relativo al "vincolo al segreto professionale, anche, occorrendo, in deroga all'art. 331 c.p.p. quanto ai reati inerenti all'esercizio di impresa", mentre è stata mantenuta, all'art. 4, lett. e), la previsione secondo cui la convocazione debba avvenire "in via riservata e confidenziale"

³⁶³ *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, p. 12

³⁶⁴ Il debitore potrà fare ricorso a questo nuovo strumento solo ove si trovi "in presenza di una situazione di crisi non ancora tradottasi in insolvenza, ma che prospetta all'orizzonte l'impossibilità di far fronte ai pagamenti". Così A. JORIO, *Su allerta e dintorni*, in Pagni I. e Stanghellini L., "Le soluzioni negoziali della crisi d'impresa fra presente e futuro", Firenze, 2017, Edizione XI, p. I-214. L'A. esprime un certo scetticismo circa il successo che si auspica le procedure di composizione avranno nella fase iniziale della crisi e per questo suggerisce di estendere la possibilità del debitore a ricorrervi anche nella situazione di vera e propria insolvenza.

³⁶⁵ M. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita della crisi*, in "il Fallimento e le altre procedure concorsuali", X, 2016, p. 1037

qualificati³⁶⁶, tra cui l’Agenzia delle Entrate, gli enti previdenziali e gli agenti della riscossione delle imposte³⁶⁷. In particolare, nell’ultimo periodo della lettera d), di cui all’art. 4, è previsto che tali creditori debbano dare “immediatamente avviso al debitore che la sua esposizione debitoria ha superato l’importo rilevante di cui alla presente lettera³⁶⁸ e che effettueranno la segnalazione agli organi di controllo della società e all’organismo di cui alla lettera b), se entro i successivi tre mesi il debitore non abbia avviato il procedimento di composizione assistita della crisi o non abbia estinto il debito o non abbia raggiunto un accordo con il creditore pubblico qualificato o non abbia chiesto l’ammissione ad una procedura concorsuale”. Mi sembrano condivisibili le perplessità, avanzate da parte

³⁶⁶ A riguardo Confindustria ha obiettato che l’estensione del potere di allerta a tali soggetti potrebbe portare ad una distorsione nei pagamenti, nel senso che il debitore finirebbe per privilegiare il pagamento a favore di quest’ultimi al fine di scongiurare l’eventualità dell’avvio della procedura di composizione assistita. La riflessione è certamente condivisibile, ma mi sembra che quella prevista nel disegno di legge delega sia una soluzione comunque apprezzabile, seppur di compromesso, ove si tenga a mente che la finalità ultima perseguita dal progetto di riforma sia quella di incentivare l’emersione per tempo della crisi “data l’allarmante incapacità delle imprese italiane di promuovere autonomamente processi di ristrutturazione precoce”, come si legge nella Relazione allo schema di legge delega.

³⁶⁷ Secondo M. FERRO, *op. cit.*, p. 1032 l’elencazione non ha carattere tassativo ma esemplificativo e, quindi, ci si è chiesti se, nella prassi applicativa dell’istituto, anche le banche potranno essere ritenute legittimate a svolgere la segnalazione. Secondo l’A. “allargare la delega, coraggiosamente, a tali soggetti (o ad almeno quelli di essi che abbiano svolto consistente funzione di provvista) significherebbe per converso attrarre nella disposizione le pratiche di *rating*, del mondo bancario, acquisendo i gelosi modelli predittivi”. C. LUNETTI, *op. cit.*, p. 9, si chiede se sarebbe corretto “delegare forzatamente soggetti privati di questa natura (che a fronte di ciò dovrebbero sostenere costi e assumersi responsabilità) funzioni che sono essenzialmente a tutela della collettività, come tali pubbliche in senso lato e perciò equamente allocate in capo alla pubblica amministrazione”.

³⁶⁸ Nel secondo periodo della norma è stabilito che l’importo rilevante debba essere definito sulla base di “criteri non assoluti ma relativi, come tali rapportati alle dimensioni dell’impresa, che considerino, in particolare, l’importo non versato delle imposte o dei contributi previdenziali autodichiarati o definitivamente accertati e, in ogni caso, siano tali da assicurare l’anticipata e tempestiva emersione della crisi in relazione a tutte le imprese soggette alle procedure di cui al presente articolo”. Il Governo, quindi, nella definizione del presupposto oggettivo, sarà chiamato a delineare una soluzione che contemperi tanto l’esigenza di emersione anticipata della crisi, tanto la previsione relativa all’entità rilevante degli inadempimenti, il che prospetta già un compito di non facile svolgimento

della dottrina³⁶⁹, circa la capacità “della pubblica amministrazione di far fronte a questa incombenza”. Non pare un caso, infatti, che al fine di incentivarne l’iniziativa il primo periodo della lett. d) preveda che la segnalazione all’organismo e agli organi di controllo societari da parte di questa tipologia di creditori debba essere svolta a pena di inefficacia dei privilegi accordati ai crediti di cui sono titolari o per i quali procedono. Anzi, la ratio della previsione è proprio quella di “stimolare soggetti tradizionalmente inerti, che sono però a conoscenza, più dei creditori ‘pulviscolari’ degli elementi sintomatici della crisi d’impresa”³⁷⁰.

E’ opportuno precisare che l’organismo di composizione assistita potrà essere adito, non solo da soggetti esterni, ma anche dagli organi di controllo societari³⁷¹: quest’ultimi, ove abbiano rinvenuto l’esistenza di fondati indizi della crisi³⁷², dovranno avvisarne immediatamente il consiglio di

³⁶⁹ C. LUNETTI, *Le misure d’allerta in Italia de jure condendo*, in *ilFallimentarista.it*, 22 giugno 2016, p. 9. L’A., così, propone che “tra i soggetti tenuti ad effettuare le segnalazioni, siano incluse anche altre figure”, per esempio le società erogatrici di energia, “i cui crediti vengono generalmente onorati con regolarità, pena il rischio di interruzione della fornitura del servizio. Il mancato pagamento di tali debiti può essere assunto a indice rilevatore della gravità e irreversibilità della crisi”

³⁷⁰ E. MAVIGLIA, *Le procedure di allerta e composizione assistita della crisi. Spunti di riflessione*, in Pagni I. e Stanghellini L., “Le soluzioni negoziali della crisi d’impresa fra presente e futuro”, Firenze, 2017, Edizione XI, p. I-180

³⁷¹ La dottrina è divisa fra chi esalta la previsione del disegno di legge ed auspica che la procedura di allerta interna venga articolata in più fasi, “al fine di creare un dialogo che coinvolga tutti i soggetti interi (inclusi i soci e, volendo mutuare in tutto l’ordinamento francese, anche i rappresentati sindacali)” e chi, invece, la ritiene superflua e pleonastica, “poiché già riconducibile nel novero delle competenze attribuite al collegio sindacale ex artt. 2381, 2403 bis, 2406, 2409 septies”. Così C. LUNETTI, *op. cit.*, p. 5. La questione, per ragioni di brevità, non può essere analizzata in dettaglio in questa sede.

³⁷² Contrariamente a quanto previsto nel progetto originale, al fine di definire cosa debba intendersi per “fondati indizi della crisi” è stato inserito il riferimento agli indici previsti nella lett. h) dell’art. 4, rilevanti per la concessione di misure premiali. La Commissione Rordorf, inizialmente, aveva deciso di non accogliere “la richiesta di taluno dei suoi componenti che voleva una definizione più tecnica, che facesse riferimento agli indici di bilancio, nella convinzione che gli indici di bilancio sono certamente lo strumento tecnico da cui il giurista può ricavare la sussistenza dei fondati indizi della crisi, ma che in una definizione legislativa il rinvio ad una nozione tecnicoragionieristica non sarebbe di agevole utilizzo”. Così L. PANZANI, *Le procedure di allerta e conciliazione*, in Pagni I. e Stanghellini L., “Le soluzioni negoziali della crisi d’impresa fra presente e futuro”, Firenze, 2017, Edizione XI, p. I-222

amministrazione e, in caso di omessa o inadeguata risposta, provvederanno ad informare tempestivamente l'organismo di composizione della crisi.

Una volta adito (dal debitore, dai creditori pubblici qualificati o dagli organi societari), l'organismo provvederà³⁷³ a nominare un collegio composto da tre esperti³⁷⁴ e la soluzione alla crisi dovrà essere individuata, di concerto tra il debitore, i creditori ed il collegio, entro un congruo termine, di durata massima pari a sei mesi, ove si siano registrati positivi riscontri nelle trattative. Allo scadere del termine semestrale, nel caso in cui il collegio abbia verificato che misure idonee per superare lo stato di crisi non siano state individuate ed abbia attestato la sussistenza dello stato di insolvenza, l'organismo provvederà ad informare il Pubblico Ministero, al fine del tempestivo accertamento dell'insolvenza medesima.

Sebbene sia evidente il tentativo compiuto per lasciarlo ai margini della procedura, l'intervento dell'autorità giudiziaria nel corso della composizione assistita si realizza, comunque, in almeno tre fasi, stando alla lettera del progetto di riforma attualmente al vaglio del Senato: il primo, nella nomina di uno dei tre esperti che compongono il collegio, istituito per assistere il debitore nei negoziati; il secondo, nel caso in cui il debitore intenda avvalersi di "misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative"³⁷⁵; il terzo, nel caso in cui la procedura di composizione assistita non abbia avuto esito positivo e la crisi sia sfociata in una situazione di insolvenza, attestata dal collegio di esperti. Forse il carattere di confidenzialità, che si intendeva attribuire alle procedure per incentivarne il

³⁷³ Oltre alla nomina del collegio, è previsto che l'organismo, ove l'istanza di composizione assistita della crisi provenga dal debitore, provveda ad informarne i creditori pubblici qualificati.

³⁷⁴ Nel progetto approvato dalla Camera i soggetti da nominare dovranno essere iscritti all'albo, da istituirsi presso il Ministero della Giustizia, secondo le disposizioni contenute all'art. 2, lett. o), e, tra di loro, uno sarà scelto dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale competente per il luogo in cui l'imprenditore ha sede, uno da associazioni di categoria ed uno dal debitore

³⁷⁵ Il progetto di riforma richiede quindi che vi sia un nesso di strumentalità tra le misure di protezione richieste e l'obiettivo di portare a termine le trattative, venendone prevista una precisa finalizzazione

ricorso spontaneo da parte del debitore, risulta un po' minato, ma mi pare che non possa negarsi che un passo in avanti sia stato fatto rispetto al disegno approvato dal Consiglio dei Ministri, ove l'intervento del Tribunale era molto più presente. Inoltre, mi sembra che il testo ad oggi approvato scongiuri il rischio che la procedura di composizione assistita venga percepita come un'anticamera, "un piano inclinato verso la procedura di liquidazione giudiziale"³⁷⁶, mantenendosi comunque un apprezzabile livello di confidenzialità.

Al fine di incentivare il ricorso alla procedura, alla lett. h) sono state previste misure premiali, declinate ad oggi nei termini di benefici di natura patrimoniale e di esenzione da responsabilità personali, per l'imprenditore che abbia tempestivamente³⁷⁷ proposto l'istanza di assistenza all'organismo di composizione della crisi o chiesto l'omologazione di un accordo di ristrutturazione o proposto un concordato preventivo o il ricorso per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

Sebbene non esauriscano le novità "in cantiere" nel progetto di riforma, le procedure di composizione assistita della crisi costituiscono uno dei principali obiettivi attuazione conversione. Alle altre previsioni normative, certamente non meno importanti, tuttavia non possono che essere dedicati cenni veloci, per ragioni di brevità.

In ragione dell'oggetto dell'elaborato, mi pare opportuno rammentare, per primo, il disposto di cui all'art. 5, dedicato agli accordi di ristrutturazione dei debiti e piani attestati di risanamento, e, in particolare, la previsione contenuta alla lett. a). Ivi, infatti, è stata introdotta la previsione diretta ad estendere l'operatività di ambo gli strumenti di cui all'art. 182 *septies* a

³⁷⁶ *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, p. 14

³⁷⁷ Il requisito della tempestività è definito nell'ultimo periodo dell'art. 6, lett h), ove si prevede che ricorra "esclusivamente quando il debitore abbia proposto una delle istanze predette, entro il termine di sei mesi dal verificarsi di determinati indici di natura finanziaria da individuare considerando, in particolare, il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi, l'indice di rotazione dei crediti, l'indice di rotazione del magazzino e l'indice di liquidità"

creditori diversi da banche ed intermediari finanziari: si tratta di una previsione che, come anticipato nelle pagine precedenti, non può che essere salutata con favore. Basti riportarsi, quindi, alle riflessioni svolte sopra³⁷⁸.

Non mi sembra condivisibile, invece, la scelta di restringere il perimetro di vigenza della fattispecie degli accordi di ristrutturazione “rafforzati” ai soli casi in cui essi abbiano contenuto non liquidatorio. Ciò per tre motivi. In primo luogo, mi sembra che, in periodi di crisi economica, come quello attuale, sarebbe meglio mantenere il più possibile invariata l’elasticità che da sempre connota questi strumenti, giacché proprio questa pare essere la caratteristica determinante il crescente ricorso agli accordi di ristrutturazione, registratosi negli ultimi anni. Inoltre, così facendo si rischia, da un lato, di sovvertire la ratio originariamente posta a fondamento dell’art. 182 *septies* (che, come si è detto nelle pagine precedenti, non è tanto quella di fornire strumenti per assicurare la continuità dell’attività d’impresa, quanto quella di porre un freno al fenomeno del *free riding*) e, dall’altro, fornire un ulteriore argomento a sostegno della tesi circa la presunta natura concorsualistica degli strumenti di cui all’art. 182 *septies*: infatti, come si dirà nel prosieguo, il progetto di riforma prevede di limitare l’operatività delle procedure concordatarie alle sole ipotesi di soluzioni in continuità, circoscrivendo quelle liquidatorie al ricorrere di particolari condizioni.

Occorre notare, inoltre, come la Commissione Rordorf non abbia ritenuto opportuno accogliere le proposte avanzate da taluno dei suoi componenti, relative all’introduzione, a favore del Tribunale, del potere di svolgere d’ufficio il giudizio di *cram down*, per quei casi in cui si intenda estendere ai creditori non aderenti gli effetti dell’accordo di ristrutturazione o della convenzione di moratoria. In sostanza, si è ritenuto che “la previsione di un siffatto potere d’ufficio, in assenza di doglianze da parte dei creditori interessati [...] parrebbe poco coerente con l’impostazione generale della

³⁷⁸ Cap. II, par. 1

riforma ed, in particolare, con quella del parallelo istituto del concordato preventivo³⁷⁹. Di conseguenza, potrebbero sorgere seri dubbi circa la compatibilità tra la normativa nazionale e quella europea: infatti, all'art.11 della sopramenzionata proposta di direttiva, è stato previsto che il Tribunale provveda *sempre* a svolgere la valutazione di convenienza, a prescindere, cioè, dalla proposizione, da parte di taluno dei creditori dissenzienti, di contestazioni avverso l'accordo di ristrutturazione. Tuttavia, occorre notare come la previsione contenuta nella proposta faccia riferimento soltanto ai casi in cui l'accordo non abbia ricevuto il plauso di una o più classi di creditori, talché il divario tra la normativa europea e quella nazionale sussisterà, del caso³⁸⁰, con riferimento non alla disciplina di cui all'art. 182 *septies*, ma a quella propria dell'istituto concordatario. Gli accordi di ristrutturazione e le convenzioni di moratoria, infatti, possono coartare la volontà dei creditori recalcitranti che rappresentino, al più, il 25% della classe di banche ed intermediari finanziari con cui condividano posizione giuridica ed interessi economici omogenei, ma non quella di un'intera classe di creditori dissenzienti. Questa opzione rimane possibile solo nell'ambito del concordato preventivo, rispetto al quale il progetto di riforma non ha previsto cambiamenti in merito alla disciplina del giudizio di *cram down*, che rimane ancorato all'iniziativa o del creditore appartenente ad una classe dissenziente o di tanti creditori che rappresentino almeno il 20% dei crediti ammessi al voto, nell'ipotesi in cui non siano state formate le classi.

Proseguendo nella lettura del progetto di legge delega, alla lett. b) dell'art. 5 è previsto che la soglia del 60%, attualmente prevista dall'art. 182*bis* per l'approvazione dell'accordo di ristrutturazione ordinario, venga eliminata o

³⁷⁹ *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, p. 15

³⁸⁰ Cioè se la previsione contenuta nella proposta verrà trasfusa senza modifiche nel testo finale della Direttiva

quantomeno ridotta³⁸¹: la finalità della previsione è, come si legge nella Relazione allo schema di legge delega, quella di rendere lo strumento in esame più fruibile di quanto non lo sia oggi, giacché esso “non sembra ancora aver trovato il favore diffuso degli operatori”.

Rimanendo nell’ambito delle soluzioni concordate, l’art. 6 della proposta di legge delega limita l’ammissibilità di proposte di concordato liquidatorio ai soli in casi in cui esse (i) aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori, tramite l’apporto di risorse esterne, e (ii) assicurino il pagamento di almeno il 20% dell’ammontare complessivo dei crediti chirografari³⁸². Anche questa previsione dimostra la generale tendenza a preferire le soluzioni in continuità³⁸³, se non altro perché, a fronte della riforma che investirà la disciplina del fallimento, la procedura di liquidazione giudiziale (che ne deriverà) ed il concordato liquidatorio finirebbero per essere, come si legge nella Relazione, strumenti “quasi del tutto sovrapponibili”. Tuttavia, una novità molto importante che avrebbe contribuito ad avvicinare le due procedure, ovvero l’estensione della legittimazione a presentare domanda di concordato anche a soggetti terzi, è stata eliminata. Evidentemente, si è ritenuto più opportuno limitare l’iniziativa dei creditori alle sole ipotesi di proposte concorrenti.

Degne di menzione risultano, inoltre, le previsioni di cui alla lett. f) ed alla lett. g): la prima prevede che al giudice venga riconosciuto il potere di svolgere la valutazione di fattibilità economica del piano di concordato,

³⁸¹ Ma solo con riferimento a quei casi in cui il debitore né proponga la moratoria del pagamento dei creditori estranei né richieda le misure protettive previste all’art. 182 *bis*, sesto comma.

³⁸² La seconda condizione non era contenuta nel progetto originario, ritendo la Commissione Rordorf che la previsione della soglia di soddisfazione minima non fosse coerente con la logica della riforma prospettata, “nella quale il concordato liquidatorio è concepito come un’eccezione, giustificata dall’offerta di un *quid pluris* rispetto al solo compendio dei beni del debitore insolvente”.

³⁸³ Alla lett. 1), n. 2 e 3, si specifica che la disciplina del concordato in continuità dovrà essere applicata anche alle ipotesi in cui l’azienda sia oggetto di contratto di affitto (anche se stipulato anteriormente alla domanda di concordato) oppure sia prevista la liquidazione dei beni non strumentali all’esercizio dell’impresa (purché i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale)

“con buona pace degli orientamenti giurisprudenziali e con lo svilimento del ruolo approvativo dei creditori”³⁸⁴; la seconda, prevede un implemento nell’uso dei mezzi telematici ai fini dell’esercizio del diritto di voto e della formazione del contraddittorio, di modo che possa essere soppressa l’adunanza dei creditori.

All’art. 7 vengono tracciati i principi cui il Governo dovrà attenersi nel disciplinare la nuova procedura di liquidazione giudiziale, che, come anticipato poco sopra, prenderà il posto dell’attuale procedimento di fallimento. L’obiettivo è quello di introdurre una procedura più snella e rapida rispetto a quella attualmente vigente, ponendovi al centro la figura del curatore. Per quest’ultimo dovranno essere previsti tanto un rafforzamento di poteri, quanto una più precisa indicazione delle incompatibilità con gli incarichi eventualmente già ricoperti nelle diverse fasi procedurali. Ad ogni modo, come espressamente affermato nella Relazione, nel disciplinare la nuova procedura di liquidazione giudiziale non si intende prevedere modifiche tali da stravolgere gli attuali tratti fondamentali della procedura fallimentare.

Un’altra importante novità riguarda l’introduzione di disposizioni volte a regolamentare il fenomeno dell’insolvenza dei gruppi di imprese, che ad oggi costituisce una grave lacuna del nostro ordinamento. L’art. 3 intende colmarla, prevedendo una disciplina che abbracci “unitariamente la realtà imprenditoriale del gruppo di imprese”³⁸⁵.

Infine, in ragione del disposto dell’art. 10, il Governo dovrà provvedere al riordino e, soprattutto, alla riduzione del sistema dei privilegi, nonché a disciplinare l’introduzione di garanzie non possessorie, ovverosia garanzie reali mobiliari, che abbiano ad oggetto beni, materiali o immateriali, anche

³⁸⁴ M. FABIANI, *Riforma organica delle discipline della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in “il Fallimento e le altre procedure concorsuali”, 2016, III, IPSOA, p. 253

³⁸⁵ *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, p. 29

futuri, determinati o determinabili, ma che si differenzieranno dal pegno poiché non determinanti lo spossessamento del debitore. Nel disegno di legge, peraltro, si prevede di consentire al creditore di escutere stragiudizialmente la garanzia, anche in deroga al divieto di patto commissorio, a condizione che il valore dei beni sia determinato in maniera oggettiva e salvo l'obbligo di restituire immediatamente al debitore, o ad altri creditori, l'eventuale eccedenza tra il valore di realizzo o assegnazione e l'importo del credito³⁸⁶.

Volendo tirare le fila di questa veloce rassegna su alcune delle novità previste dal disegno di legge delega, mi pare evidente che il progetto di ricondurre ad unità e organicità la disciplina fallimentare debba essere salutato con favore, così come l'intenzione di sostituire un regio decreto, vigente da più di settant'anni, con una normativa di nuovo conio (di modo che la legislazione italiana risulti, anche solo visivamente, in linea con quelle degli altri Stati dell'Unione europea, che "si sono dotati di normative sull'insolvenza ben più recenti"³⁸⁷). Tuttavia, non possono sottacersi i dubbi avanzati da autorevole dottrina, circa una certa timidezza che finirebbe per connotare il disegno di legge delega nel suo complesso. Infatti, alcune delle novità annunciate nell'odierno progetto di riforma ricalcano proposte già note alla Commissione Trevisanato, così dimostrando "una timidezza di fondo del nuovo testo, che, mutati i tempi dal 2004, ben potrebbe rivelarsi pernicioso"³⁸⁸.

In questa sede non si intende avventurarsi in valutazioni prospettiche che si ritiene più opportuno lasciare ai cultori della materia, preferendo attendere, dapprima, gli sviluppi ed i cambiamenti, cui il disegno di legge andrà presumibilmente incontro nella votazione al Senato, e, poi, l'attuazione che

³⁸⁶ Così A. FITTANTE, *Il ddl delega della Commissione Rordorf: una riforma organica della crisi di impresa*, in *ilFallimentarista.it*, 17 giugno 2016

³⁸⁷ *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, p. 3

³⁸⁸ Così M. FABIANI, *Riforma organica delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, *cit.*, p. 255

alla delega verrà data da parte del Governo. Allora sarà possibile decretare se il progetto di riforma, avviato dalla Commissione Rordorf, abbia portato ad un ennesimo *restyling* della normativa fallimentare o ad una vera riforma organica della disciplina della crisi e dell'insolvenza.

4. Prospettive di prossimo utilizzo della convenzione di moratoria

Poiché gli istituti di cui all'art. 182 *septies* sono stati introdotti da poco più di un anno e poiché per la convenzione di moratoria l'intervento del Tribunale costituisce una circostanza di non necessaria realizzazione, è difficile stabilire con precisione l'uso che di quest'ultimo strumento è stato fatto finora e quello che ne verrà fatto nel prossimo futuro. In questa sede, quindi, sarà possibile fare solo delle valutazioni di massima, prive, per ora, di riscontri pratici e raccolte di dati statistici in merito.

In primo luogo, si può affermare che ove verranno redatte nel modo corretto, ovvero adempiendo le diverse condizioni stabilite dalla norma e prevedendo soluzioni che rispettino gli interessi dei creditori non aderenti, mediante un trattamento non peggiore di quello fruibile ricorrendo a diversi strumenti di gestione della crisi, le convenzioni avranno buone probabilità di rimanere circoscritte alla dimensione privata degli accordi tra debitore e creditori, venendo ridotto il rischio di opposizioni avanti l'autorità giudiziaria. E ciò, è evidente, costituisca sommo beneficio per il debitore, che ha tutto l'interesse a che la gestione della crisi rimanga informazione conosciuta soltanto a quei creditori il cui coinvolgimento sia necessario per superarla, evitando tutte quelle ripercussioni notoriamente connesse alla notizia che l'imprenditore sta attraversando un periodo di difficoltà. Ebbene, se si tiene a mente che il carattere di riservatezza è stato affiancato, nella vigente previsione normativa, dal meccanismo di estensione coattiva degli effetti dell'accordo, stipulato con la maggioranza dei creditori, è plausibile immaginare che il ricorso alle convenzioni di moratoria andrà

crescendo negli anni a venire. Entrambe queste caratteristiche mi pare costituiscano un buon vantaggio per il debitore, al fine di gestire al meglio la crisi in cui è incorsa la sua impresa. Il fatto, poi, che la fruibilità dello strumento in esame sarà estesa, ove la riforma Rordorf vada a buon fine, anche agli accordi con creditori diversi da banche ed intermediari finanziari, non può che avvalorare questa prospettiva. Non di rado, infatti, sono propri i piccoli e medi fornitori che si dimostrano più restii al coordinamento nella gestione delle trattive, soprattutto perché difficilmente possono disporre di risorse sufficienti, necessarie per valutare la convenienza dell'accordo loro proposto.

Tuttavia, credo che non possano sottacersi alcuni aspetti che, per quanto diretti a garantire un corretto bilanciamento degli interessi delle parti coinvolte e tutelare le posizioni dei dissenzienti, finiscano per scalfire, ma non escludere l'utilità dello strumento in esame. In particolare, la previsione di cui all'ultimo comma, relativa alle stipulazioni il cui rispetto non potrà essere coattivamente imposto ai creditori dissenzienti, ove vada affermandosi l'interpretazione letterale, condivisa anche da chi scrive, potrà disincentivare il ricorso a questo strumento. Al contempo, mi sembra che la possibilità di beneficiare di un periodo di tempo al riparo dalle iniziative dei creditori, senza l'imposizione di vincoli sul patrimonio e senza che venga costituito "un particolare centro di competenza che subentri al debitore o ad esso si affianchi"³⁸⁹, costituisca un beneficio affatto trascurabile, a fronte degli adempimenti prescritti dalla norma. Tra questi il più complesso e dispendioso, tanto in termini economici che di tempo, è certamente la suddivisione dei creditori in categorie, la cui omogeneità sia attestata dal professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma tre lett. d). Ma, come si è scritto proprio all'inizio di questo capoverso, simili

³⁸⁹A. NIGRO, *Gli accordi di ristrutturazione con "intermediari finanziari" e le convenzioni di moratoria*, in Testo della relazione al convegno di Reggio Emilia (23 Ottobre 2015) su "Le nuove procedure di composizione della crisi", p. 11

previsioni non possono che costituire il risultato necessario per trovare un giusto temperamento dei diversi interessi in gioco. Difficilmente si sarebbe potuto rinunciare all'intervento di un soggetto esterno, diverso da creditori e debitore, quale il professionista attestatore, a fronte di uno strumento che lascia sullo sfondo l'intervento del Tribunale, ma al contempo capace di coartare la volontà della minoranza dissenziente.

In conclusione, mi sembra che, al netto di alcune criticità, debba essere salutata con favore l'introduzione di una fattispecie, che, combinando l'elasticità delle negoziazioni private con il beneficio delle decisioni a maggioranza, disciplina una prassi già nota nell'ambito delle negoziazioni stragiudiziali della crisi, incrementandone le possibilità di successo.

Conclusioni

Gli accordi di moratoria costituiscono una realtà da sempre presente nella gestione stragiudiziale della crisi d'impresa. Disporre di un periodo tempo, più o meno breve, al riparo dalle iniziative individuali dei creditori, pare essere una condizione imprescindibile, ove si intenda proporre a quest'ultimi una soluzione compiuta allo stato di squilibrio in cui è incorsa l'impresa. Di conseguenza, non può negarsi che l'introduzione di una disciplina leggera, che salvaguardi la flessibilità da sempre caratterizzante questa tipologia di accordi, ma al contempo potenziata dalla presenza di un meccanismo capace di forzare la volontà della minoranza dissenziente, costituisca una novità da salutare, certamente, con favore. Infatti, con l'introduzione dell'art. 182 *septies* L.F. pare che il legislatore abbia (finalmente) preso coscienza della necessità di porre un freno al potere di veto di cui i finanziatori meno esposti finivano non di rado per abusare durante lo svolgimento delle soluzioni negoziali alla crisi d'impresa. Come chiarito nelle prime pagine dell'elaborato, il dissenso espresso dalle minoranze, avverso le proposte di ristrutturazione o di semplice riscadenziamento dei crediti, frequentemente nascondeva una scelta più strategica, che di opportunità economica. Così, sapere che, grazie alle novità introdotte dalla riforma del 2015, è possibile vincere l'indisponibilità della minoranza dissenziente, ben potrebbe costituire un incentivo per l'imprenditore a reagire di fronte al prospettarsi della crisi: grazie agli strumenti di cui all'articolo 182 *septies* L.F., infatti, non sarà più gravato dal compito di ricercare l'unanimità dei consensi delle banche e degli intermediari finanziari, suoi creditori, per assicurarsi la buona riuscita dell'accordo.

Tuttavia, come accade di frequente, la normativa presenta non solo luci ma anche ombre. La prima vertenza attiene alle scelte redazionali, compiute

nella stesura dell'articolo 182 *septies* L.F.. Disciplinare nella medesima norma due istituti, ben diversi l'uno dall'altro, quali le convenzioni di moratoria e gli accordi di ristrutturazione, pare rispondere ad un'esigenza di carattere sistematico, ovverosia quella di raccogliere nella medesima disposizione normativa quelle soluzioni negoziali che da oggi potranno beneficiare dell'operatività del meccanismo di estensione coattiva degli effetti. Il risultato ultimo, tuttavia, è una norma affatto sintetica e che presenta alcune ambiguità, come quelle generate dal richiamo ai profili soddisfattivi (che, se risulta calzante per gli accordi di ristrutturazione, pare poco opportuno rispetto alle convenzioni di moratoria, che non danno alcuna soddisfazione).

Sempre da un punto di vista redazionale, l'inciso relativo alla deroga agli articoli del codice civile, concernenti il principio di relatività degli effetti del contratto e il contratto a favore di terzo, ha destato non poche perplessità in dottrina. Diverse sono le interpretazioni avanzate a riguardo, ma l'orientamento maggioritario, seppure per ragioni differenti, ha ritenuto inopportuna l'introduzione della deroga nel testo dell'art. 182 *septies* L.F., taluni accusandola di essere foriera di non poche ambiguità. Chi scrive ritiene che, seppur tecnicamente non corretto, il richiamo alle disposizioni civilistiche possa assumere rilievo a fini interpretativi: esso, infatti, chiude la strada a quei creditori dissenzienti che, appellandosi alle norme citate, potrebbero trovare un modo per sottrarsi all'estensione coattiva degli effetti dell'accordo.

Altre divergenze si registrano circa il perimetro delle pattuizioni che possono essere forzosamente estese AI creditori dissenzienti, soprattutto con riferimento alla previsione relativa al "*mantenimento della possibilità di utilizzare gli affidamenti esistenti*" al momento di conclusione dell'accordo. Anche in questo caso, si è dato conto dei due orientamenti opposti, proposti dalla dottrina, l'uno teso a garantire il rispetto del disposto letterale (condiviso da chi scrive), l'altro ad incoraggiare una lettura che si

distacchi dalla puntuale formulazione della norma ma che, al contempo, dovrebbe garantire un maggiore spazio di operatività alle convenzioni.

Infine, non può sottacersi come la norma sia carente di qualsiasi disposizione di carattere procedurale, lasciando l'interprete, anche in questo, libero di avanzare diverse soluzioni.

Nello svolgimento dell'analisi dell'articolo 182 *septies* ha svolto un ruolo guida, sotto molti aspetti, la pronuncia recentemente emessa dal Tribunale di Napoli, la prima in ambito di opposizione avverso una proposta di moratoria, che aveva raccolto circa l'ottanta per cento dei consensi dei creditori finanziari. In essa hanno trovato positivo riscontro talune soluzioni interpretative, avanzate circa alcune delle questioni sopramenzionate, ad esempio, quelle relative al rito da seguire o al significato da attribuire al richiamo ai profili soddisfattivi. Proprio per quanto riguarda il giudizio di *cram down* si ritiene assolutamente condivisibile la scelta compiuta dal Tribunale di Napoli, circa l'opportunità di superare la proposta di interpretazioni abrogatrici, per accogliere, piuttosto, quelle soluzioni volte ad attribuire un significato compiuto al richiamo al quarto comma lettera c), seppur sia innegabile che lo stesso risulti, a livello letterale, poco appropriato rispetto alle convenzioni di moratoria, come già precedentemente detto.

Dunque, sebbene le criticità evidenziate non siano poche e nemmeno di poco conto, la norma mi sembra presentare, comunque, più pro che contro, soprattutto in vista del fine perseguito, ovverosia quello di contrastare il *free riding problem*, tanto che il suo utilizzo verrà ulteriormente incentivato in sede di riforma. Tra i principi dettati dalla Commissione Rordorf, infatti, v'è, tra gli altri, quello di ampliare la platea dei possibili destinatari degli strumenti dell'articolo 182 *septies*, ricomprendendovi anche i creditori che non abbiano la natura di banche o di intermediari finanziari. Staremo a vedere se il Governo, in sede di esecuzione della delega, provvederà, oltre ad estendere la fruibilità degli istituti, a dipanare i dubbi che sono sorti in

dottrina a fronte dell'attuale formulazione della norma. Tentare di aumentare le possibilità di successo di uno strumento, semplice ma efficace e che, al contempo, lascia sullo sfondo l'intervento dell'autorità giudiziaria, mi pare ben allinearsi con la tendenza di incentivare il ricorso alle soluzioni negoziali alla crisi dell'impresa, seguita tanto dal nostro ordinamento che da quello europeo.

BIBLIOGRAFIA

Ambrosini S., *Il diritto della crisi d'impresa alla luce della "miniriforma" del 2015*, in Becucci S., Bogoni R., Bombardelli A., Bottai L.A., Pesciaroli U., Pezzano A., Ratti M., Spadaro M., Giappichelli (a cura di), "La nuova riforma del diritto concorsuale", Giappichelli, Torino, 2015, p. 1 - 31

Aiello M., *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, in "Crisi d'Impresa e Fallimento", ilCaso.it, 2016, p. 1- 43

Aiello M., *L'administration alla luce della Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014*, in "il Fallimento e le altre procedure concorsuali", 2015, X, Anno XXXVII, IPSOA, p. 1107 – 1113

Appio C. L., *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in ilCaso.it, 29 dicembre 2015

Balestra L., *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, in "Il Corriere giuridico", IV, 2016, IPSOA, p. 449 - 457

Bianca M., *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in "Il Diritto fallimentare e delle società commerciali", VI, 2015, CEDAM, p. 529 – 544

Bolaffio L., *Alcune questioni sull'istituto della moratoria*, in “Monitore dei tribunali”, XLI, 1886, Società editrice libraria, Milano, p. 945 - 950

Bombardelli A., *Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in Becucci S., Bogoni R., Bombardelli A. , Bottai L.A., Pesciaroli U., Pezzano A., Ratti M., Spadaro M., Giappichelli (a cura di), “La nuova riforma del diritto concorsuale”, Giappichelli, Torino, 2015, p. 303 – 318

Breveglieri L., *Standstill per la piccola impresa*, in “TopLegal”, Febbraio 2010

Chiara Noya G., *Le rimesse su conto corrente e il c.d. castelletto di sconto*, in “Il diritto fallimentare e delle società commerciali”, III, 2000, CEDAM, p. 646 - 656

Di Giuseppe A., *Ristrutturazione precoce, insolvenza e seconda opportunità alle imprese solide: la nuova proposta di Direttiva verso l'armonizzazione del diritto fallimentare europeo*, in www.europeiunite.eu, 8 gennaio 2017

Di Marzio F., *Dal ceppo della vergogna alle soluzioni concordate della crisi di impresa. Nota apologetica sul nuovo “diritto fallimentare”*, in ilCaso.it, Febbraio 2012, p. 1 – 8

Di Marzio F. e Macario F., *Autonomia dei privati e disciplina dell'insolvenza*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico

moderno”, XLIII, 2014, Giuffr  Editore, p. 542 – 587

Fabiani M., *Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi*, in “Il Fallimento e le altre procedure concorsuali”, 2014, X, Anno XXXVII, IPSOA, p. 965 – 978

Fabiani M., *L’ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in “Crisi d’Impresa e Fallimento”, ilCaso.it, 2015, p. 1 - 23

Fabiani M., *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, in “il Fallimento e le altre procedure concorsuali”, 2015, XII, Anno XXXVII, IPSOA, p. 1269 – 1280

Fabiani M., *Riforma organica delle discipline della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in “Il Fallimento e le altre procedure concorsuali”, III, 2016, IPSOA p. 253 - 269,

Falcone G., *La nuova disciplina delle “convenzioni di moratoria” e l’intervento del professionista attestatore*, in “Il Diritto fallimentare e delle societ  commerciali”, VI, 2015, CEDAM, p. 562 – 572

Ferro M., *Misure di allerta e composizione assistita della crisi*, in “il Fallimento e le altre procedure concorsuali”, X, 2016, IPSOA, p. 1032 - 1044

Fittante A., *Il ddl delega della Commissione Rordorf: una riforma organica della crisi di impresa*, in ilFallimentarista.it, Giugno 2016, p. 1 – 6

Frascaroli Santi E., *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in Galgano F. (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 2005, CEDAM, p. 1 - 23, 199 – 260

Gryp G. e Marétheu S., *La sauvegarde financière accélérée, nouvelle recrue de l'annexe a du reglement 1346/2000?*, in univ-paris1.fr, febbraio 2011

Guglielmucci L., in Fabio Padovini (a cura di), *Diritto Fallimentare*, 2015, VII edizione, Giappichelli, p. 1 - 38, 309 - 315

Inzitari B., *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 “Il Diritto fallimentare e delle società commerciali”, VI, 2015, CEDAM, p. 517 – 528

Iodice F., *Scheme of arrangement tra Raccomandazione della Commissione e riforma del regolamento sulle procedure di insolvenza*, in “il Fallimento e le altre procedure concorsuali”, 2015, X, Anno XXXVII, IPSOA, p. 1093 - 1105

Jorio A., *Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in “Il Fallimento e le altre procedure concorsuali”, X, 2015, IPSOA, p. 1070 – 1075

Jorio A., *Su allerta e dintorni*, in Pagni I. e Stanghellini L., “Le soluzioni

negoziali della crisi d'impresa tra presente e futuro”, Volume I, Firenze 2017, XI edizione, p. I-214 – I-219

Lamanna F., *Speciale Decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n.83/2015: accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in ilFallimentarista.it, 29 giugno 2015

Lombardi G., *Il ruolo degli organi di controllo e di revisione nelle procedure di allerta di cui al disegno di legge-delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in Pagni I. e Stanghellini L., “Le soluzioni negoziali della crisi d'impresa tra presente e futuro”, Volume I, Firenze 2017, XI edizione, p. I-238 – I-244

Longo G., *Moratoria*, in Enciclopedia Treccani, 1934

Lunetti C., *Le misure d'allerta in Italia de jure condendo*, in ilFallimentarista.it, 22 giugno 2016

Macrì U., *La raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza*, in “il Fallimento e le altre procedure concorsuali”, 2014, IV, Anno XXXVI, IPSOA, p. 393 – 403

Macrì U., *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione Ue 2014/135 e nel Regolamento 2015/343*, in “il Fallimento e le altre procedure concorsuali”, 2015, X, Anno XXXVII, IPSOA, p. 1049 – 1056

Madrid D., *La Sauvegarde accélérée: une nouvelle procédure pour quel*

profil d'entreprise ?, in www.fidal-avocats-leblog.com, 7 luglio 2014

Manganelli P., *Chapter 11 e Raccomandazione della Commissione del 12 marzo: un confronto*, in “il Fallimento e le altre procedure concorsuali”, 2015, X, Anno XXXVII, IPSOA, p. 1136 – 1146

Marino R. e Carminati M., *Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all'art. 160 l.fall. e prevenzione dell'insolvenza*, in “il Fallimento e le altre procedure concorsuali”, 2015, IV, Anno XXXVII, IPSOA, p. 385 – 395

Maviglia E., *Le procedura di allerta e di composizione assistita della crisi. Spunti di riflessione*, in Pagni I. e Stanghellini L., “Le soluzioni negoziali della crisi d'impresa tra presente e futuro”, Volume I, Firenze 2017, XI edizione, p. I-180 – I-200

Negri G., *Insolvenza, direttiva Ue 26 ottobre*, in quotidianodelfisco.ilsole24ore.com, 24 settembre 2016

Nigro A., *Gli accordi di ristrutturazione con “intermediari finanziari” e le convenzioni di moratoria*, in Testo della relazione al convegno di Reggio Emilia (23 Ottobre 2015) su “Le nuove procedure di composizione della crisi”.

Nisivoccia N., *Il nuovo art. 182 septies l. fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?*, in “il Fallimento e le altre procedure concorsuali”, 2015, XI, Anno XXXVII, IPSOA, p. 1181 - 1185

Nocera I. L., *Autonomia privata ed insolvenza: l'evoluzione delle soluzioni negoziali dai codici ottocenteschi al contratto sulla crisi di impresa*, in “Il diritto fallimentare e delle società commerciali”, III - IV, 2014, CEDAM, p. 401- 448

Nocera I. L., *La convenzione di moratoria nella crisi d'impresa: estensione dell'efficacia e abuso dell'opposizione*, in “Il diritto fallimentare e delle società commerciali”, V, 2016, CEDAM, p. 1090 – 1130

Nocera I. L., *Procedure di allerta: obblighi degli organi di controllo e strumenti premiali*, in *ilFallimentarista.it*, 20 aprile 2016

Oliva P., *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in “il Fallimento e le altre procedure concorsuali”, VIII, 1999, IPSOA, p. 825 – 830

Pacchi S., *La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE 848/2015*, in “Giustizia civile”, III, 2015, Giuffré Editore, p. 537 - 568

Panzani L., *L'insolvenza in Europa: sguardo di insieme*, in “Il Fallimento e le altre procedure concorsuali”, X, 2015, IPSOA, p. 1013 - 1025

Panzani L., *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. n. 83/2015*, in Cognasso O. e Panzani L. (a cura di), “Crisi di impresa e procedure concorsuali”, Tomo III, 2016, UTET, p.

3107

Panzani L., *Soggetti e presupposto oggettivo*, in “Il fallimento e le altre procedure concorsuali”, 2006, IX, IPSOA, p. 1009 – 1018

Panzani L., *Le procedure di allerta e conciliazione*, in Pagni I. e Stanghellini L., “Le soluzioni negoziali della crisi d’impresa tra presente e futuro”, Volume I, Firenze 2017, XI edizione, p. I-220 – I-225

Panzani L., *La proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, “Il fallimento e le altre procedure concorsuali”, II, 2017, IPSOA, p. 129 – 139

Payne J., *Debt restructuring in English Law: lessons from the US and the need for reform*, in University of Oxford legal research paper series, n. 89/2013, febbraio 2014

Perrino M., *Gli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, in www.osservatorio-oci.org, ottobre 2016

Prascina E., *La riforma del diritto fallimentare. Principali novità*, in ordineavvocatitrani.it

Provaroni L., *Accordo di ristrutturazione e convenzione di moratoria: effetti per i creditori finanziari dissenzienti*, in “Corriere Tributario”, 2016, I, IPSOA, p. 75 - 80

Quattrocchio L.M., *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in ildirittodegliaffari.it, 2015

Ranalli R., *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182 septies*, in "il Fallimento e le altre procedure concorsuali", 2016, XVIII-XIX , Anno XVIII, IPSOA, p. 889 - 901

Ranalli R., *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n.83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in ilFallimentarista.it, 23 luglio 2015

Ruscello F., *Pactum de non petendo e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, in "Rivista di diritto Civile", 1976, II, CEDAM, p. 198 - 212

Scognamiglio G., *Considerazioni sul pactum de non petendo alla luce di un rimediato concetto del "patto" nell'ordinamento attuale*, in "Rivista del notariato", 1986, I, Giuffrè Editore, p. 599 - 605,

Semeraro S., *La riforma della legge fallimentare, le principali modifiche introdotte*, in "Il Foro Padano", 2015, Anno 71/4, Fabrizio Serra - Editore, p. 93 – 104

Solidoro A., *Dalla Commissione Ue una proposta in materia di insolvenza*, in quotidianodelfisco.ilsole24ore.com, 24 novembre 2016

Spiotta M., *Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge*

fallimentare, in “Giurisprudenza Italiana”, Aprile 2016, p. 1020 – 1038

Stanghellini L., *La genesi e la logica della legge fallimentare del 1942*, in G. Morbidelli (a cura di), *La cultura negli anni '30*, Passigli Editori, 2014, Firenze, p. 139 - 198

Stanghellini L., *Il declino del concordato preventivo con cessione dei beni*, in “Giurisprudenza Commerciale”, 1993, I, Giuffrè, p. 246

Stanghellini L., *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza*, in “Le soluzioni negoziali della crisi d’impresa tra presente e futuro”, Volume II, Firenze 2017, XI edizione, p. II-146 – II-154

Torlai U., *I concordati, le moratorie e i piccoli fallimenti*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1927, p. 86 - 91

Ubertazzi T.M., *Accordi di moratoria, convenzioni interbancarie e bancarie nei risanamenti di imprese: profili civilistici e qualificatori*, in “Contratto e Impresa”, 2015, II, p. 340, CEDAM

Varotti L., *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in “Crisi d’Impresa e Fallimento”, ilCaso.it, 2015, p. 1 - 12

Vattermoli D., *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in “Giustizia Civile”, 2015, VII, Giuffrè

Vella P., *Il sistema concausale italiano ieri, oggi, domani (brevi note di*

fine anno), in ilCaso.it, Dicembre 2015, p. 1 – 13

Zorzi A., *L'accordo di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari (art. 182 septies l. fall.): le categorie di creditori e l'efficacia nei confronti dei non aderenti*, articolo in corso di pubblicazione in "Fallimento", 2017

RIFERIMENTI NORMATIVI

Decreto legge 27 giugno 2015, n. 83, recante "Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria", convertite in Legge 6 agosto 2015, n.132

Disegno di legge delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, C. 3671

Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE, 2016/0359 (COD)

Relazione Illustrativa al Regio Decreto 16 Marzo 1942, n. 267

Relazione Illustrativa al decreto legge 27 giugno 2015, n. 83

Regio Decreto 16 Marzo 1942, n. 267

