

**L'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI
E LA CONVENZIONE DI MORATORIA:
LA DISCIPLINA**

Prof. Dott. Luciano Matteo QUATTROCCHIO

1. Premessa.

La cd. “Miniriforma delle procedure concorsuali”¹ ha introdotto *ex novo* l’art. 182-*septies* l.f., con il quale vengono disciplinati due nuovi istituti nel quadro della crisi, quando la stessa sia caratterizzata da “*prevalente indebitamento verso intermediari finanziari*” (così la rubrica dell’art. 9 del d.l. n. 83 del 2015)².

I due nuovi istituti sono denominati, rispettivamente, “*accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari*” e “*convenzione di moratoria*” e prerequisite perché possano applicarsi è che ricorra una “*crisi d’impresa con prevalente indebitamento verso intermediari finanziari*”, per tale intendendosi quella in cui un’impresa abbia debiti verso banche e (altri) intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell’indebitamento complessivo.

Al riguardo, occorre subito precisare che la formulazione della norma è 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 “*prevalente*”, l’indebitamento verso intermediari finanziari dovrebbe essere maggiore della metà dell’indebitamento complessivo e non invece – come indicato dalla norma – “*non inferiore*”³.

L’obiettivo della previsione – che accomuna i due istituti – è quello di impedire ai creditori finanziari, che vantano un credito di piccola entità, di rendere

¹ Decreto Legge 27 giugno 2015, n. 83, convertito dalla Legge 6 agosto 2015, n. 132.

² Come è stato osservato da R. RANALLI, *Speciale decreto “Contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in www.ilfallimentarista.it, p. 1, nella rubrica del nuovo articolo si fa riferimento solo agli “*intermediari finanziari*”, mentre nella norma si parla di “*banche e intermediari finanziari*”. Lo stesso A. rammenta che – secondo le disposizioni del t.u.f. – tra gli intermediari finanziari rientrano anche le banche.

³ R. RANALLI, *Speciale decreto “Contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in www.ilfallimentarista.it, p. 2, solleva la questione se – nell’indebitamento complessivo – debbano essere ricompresi anche i crediti contestati, rammentando che la risposta che era stata data dalla giurisprudenza di merito – nell’ambito dell’*accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis l.f.* – era di non tener conto dei crediti contestati, a meno che le contestazioni non risultino *ictu oculi* talmente infondate da apparire dilatorie e strumentali proprio al raggiungimento di quella soglia.

sostanzialmente impraticabili le operazioni di ristrutturazione concordate fra il debitore e (la maggioranza de)i creditori finanziari.

2. I precedenti.

2.1. L'analisi comparatistica.

2.1.1. Premessa.

L'idea non è nuova, ma è già stata applicata in altri ordinamenti europei, ove sono disciplinati accordi di ristrutturazione, operativi e vincolanti anche in assenza di consenso unanime da parte del ceto creditorio: in particolare, nell'ordinamento francese è prevista la “*sauvegarde financière accélérée*” e in quello inglese lo “*scheme of arrangement*”.

2.1.2. La “*sauvegarde financière accélérée*”.

La “*sauvegarde financière accélérée*” è applicabile al debitore – nell'ambito di una “*procédure de conciliation*” in corso – a condizione che il debitore medesimo:

- non sia in stato di “*cessation de paiements*”;
- sia in grado di dimostrare l'esistenza di “*difficultés insurmontables*”;
- soddisfi i criteri richiesti per la costituzione di un “*comités de créanciers*”;
- sia in grado di dimostrare di aver elaborato, nel corso della “*conciliation*”, un piano suscettibile di ottenere l'approvazione della maggioranza dei “*créanciers financiers et obligataires*”.

Il “*plan de sauvegarde*” deve essere approvato da una maggioranza qualificata pari a due terzi dei crediti vantati dai membri del “*comité des établissements de crédit*”, che abbiano espresso il voto; con la precisazione che i crediti vantati dai “*créanciers financiers ayant participé à la conciliation*” sono considerati “*déclarés*”.

La “*sauvegarde financière accélérée*” ha effetti soltanto nei confronti dei creditori membri del “*comité des établissements de crédit*” e, all'occorrenza, degli “*obligataires*”.

2.1.3. Lo “*scheme of arrangement*”.

Lo “*scheme of arrangement*” è una procedura di tipo giudiziale prevista dal *Companies Act 2006*, tramite la quale una società può conferire carattere vincolante ad un accordo approvato da una maggioranza dei propri soci o creditori (o categorie particolari di soci o creditori) in una assemblea convocata *ad hoc* dalla società.

La procedura necessaria per completare uno *scheme of arrangement* comporta i

seguenti passaggi:

- ottenimento da parte di un giudice di un provvedimento finalizzato a convocare una assemblea di soci o creditori, per discutere ed eventualmente approvare la proposta di accordo;
- invio ai soci o creditori di un avviso di convocazione dell'assemblea, accompagnato da una breve spiegazione degli effetti che l'accordo avrebbe per soci e creditori;
- approvazione dell'accordo in assemblea. La relativa delibera richiede il voto favorevole di una maggioranza numerica rappresentante almeno il 75% del valore delle partecipazioni dei soci o dei crediti vantati dai creditori, che partecipano all'assemblea e votano sulla proposta di accordo;
- ottenimento da parte del giudice di un provvedimento che, dopo aver verificato la regolarità della procedura seguita dalla società e che l'accordo approvato dai soci o creditori è *fair and reasonable* (cioè equo e ragionevole), omologa l'accordo medesimo;
- deposito, presso il registro delle imprese competente, del provvedimento del giudice e della documentazione a supporto dell'accordo: Tale deposito segna il momento in cui l'accordo diventa vincolante per la società e i relativi soci e creditori, inclusi quelli dissenzienti.

Occorre precisare che soltanto i soci o i creditori che partecipano all'assemblea e votano sulla proposta di accordo sono considerati ai fini del calcolo delle relative maggioranze e che, pertanto, un accordo può essere validamente approvato con il voto favorevole di soci o creditori che rappresentano meno del 50% della compagine sociale complessiva della società o meno del 50% del valore complessivo dell'indebitamento della società.

Il vantaggio più significativo dello *scheme of arrangement* consiste nella possibilità di dare corso alla ristrutturazione dei debiti, nonostante la presenza di soci o creditori dissenzienti. Come accennato, infatti, per l'approvazione del relativo accordo è sufficiente il voto favorevole in assemblea di una maggioranza numerica, rappresentante almeno il 75% del valore delle partecipazioni dei soci o dei crediti vantati dai creditori che partecipano alla assemblea e votano sulla proposta di accordo.

2.2. La Raccomandazione della Commissione europea.

La "Miniriforma delle procedure concorsuali" ha dato, inoltre, attuazione alla

Raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014, che incentiva – nel caso di crisi d’impresa – l’adozione di un piano di ristrutturazione, anche con la partecipazione soltanto di determinati creditori ovvero di determinati tipi o classi di creditori.

In particolare, la Raccomandazione prevede che tutti i creditori potenzialmente interessati al piano di ristrutturazione debbano essere informati dei suoi contenuti e godere del diritto di opporsi e proporre ricorso contro il piano di ristrutturazione; e che il piano di ristrutturazione adottato all’unanimità dei creditori interessati sia vincolante per la totalità di tali creditori.

2. L’accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari.

2.1. Considerazioni preliminari.

Quando la crisi assume connotati di relativa gravità, accade spesso che il debitore – anziché accedere ad una procedura concorsuale – avvii con il ceto creditorio una negoziazione volta al raggiungimento di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l.f.*.

In passato, tuttavia, accadeva spesso che alcuni creditori finanziari – solitamente soggetti stranieri o piccole banche – si “sfilassero” dalle negoziazioni; con la conseguenza – nella migliore delle ipotesi – di avvantaggiarsi indebitamente del sacrificio economico delle altre banche o intermediari finanziari creditori, in virtù del pagamento integrale dei creditori estranei all’accordo, previsto dall’art. 182-*bis* l.f.⁴; in altri casi, compromettendo il raggiungimento dell’accordo e condannando l’impresa ad accedere a procedure concorsuali (in senso tecnico).

Si parla, al proposito, di scenari di *free-riding*, in cui talune banche saldano integralmente le altre riottose.

Lo stesso d.l. n. 83 del 2015 – come riferito nella relazione accompagnatoria – parte dalla constatazione che nella prassi sono frequenti «operazioni volte a tentare il salvataggio nelle quali il debitore non si interfaccia con la generalità dei creditori, ma soltanto con le banche. Successo o insuccesso di queste operazioni non sono solo decretati dalle regole del mercato e del vantaggio economico: non sono pochi i casi in cui la maggioranza (spesso la larga maggioranza) delle banche creditrici concorda con

⁴ Si parla, al proposito, di scenari di *free-riding*, in cui talune banche saldano integralmente le altre riottose.

le proposte dell'impresa, ma alcune di esse, solitamente quelle che vantano crediti di importo minore, si dichiarano contrarie, impedendo così il successo dell'operazione».

Il nuovo accordo (*rectius*, la nuova subspecie di accordo) di ristrutturazione di cui all'art. 182-*septies* l.f. è stato introdotto per evitare tali distorsioni, consentendo al debitore di chiedere che gli effetti dell'accordo sottoscritto con i creditori finanziari sia esteso anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria (di creditori finanziari), purché siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati, in buona fede, messi in condizione di parteciparvi; alla condizione che i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria.

Occorre precisare che la distinzione tra creditori aderenti e creditori estranei – non vincolati all'accordo e oggetto di soddisfacimento integrale nel termine di centoventi giorni dall'omologazione o dalla scadenza dei debiti, se successive – rimane ferma solo per i creditori che non siano banche o intermediari finanziari: infatti, i creditori ai quali il debitore può chiedere l'estensione degli effetti dell'accordo sono considerati aderenti all'accordo (nei limiti dell'estensione dell'efficacia del medesimo).

In particolare, la norma prevede che il debitore – mediante la formazione di una o più categorie (*rectius*, classi) tra i creditori bancari o finanziari con una posizione giuridica ed interessi economici omogenei – possa chiedere l'estensione degli effetti dell'accordo anche ai creditori non aderenti, purché siano soddisfatte due condizioni:

- il rispetto del principio di buona fede, che impone la preventiva informazione di tutti i creditori e la possibilità di partecipare alle trattative;
- il raggiungimento dell'accordo con i creditori finanziari che rappresentino almeno il 75% della classe (dei creditori finanziari).

La peculiarità del nuovo istituto è rappresentata dall'introduzione del principio maggioritario (75% dei creditori finanziari), che – come è stato osservato – determina un'evidente contaminazione dell'accordo di ristrutturazione con il modello concordatario; contaminazione che da qualche autore è stata interpretata nel senso che potrebbe assumere rilevanza anche in termini di applicazione delle norme contenute nella disciplina del concordato preventivo, con riguardo a tutte le questioni non disciplinate espressamente dall'art. 182-*septies* l.f.⁵.

⁵ L. VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in www.ilcaso.it, p. 6 s., rileva che – nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione con

Occorre, inoltre, aggiungere che l'applicazione del principio maggioritario – nella formulazione contenuta nel d.l. n. 83 del 2015 – avrebbe potuto dispiegare effetti anche al di fuori della singola categoria dei creditori bancari o finanziari, rilevando ai fini del raggiungimento del sessanta per cento, necessario per ottenere l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione; dal momento che – secondo la formulazione dell'art. 182-*septies* l.f., contenuta nel d.l. n. 83 del 2015 – al superamento della percentuale medesima avrebbero dovuto concorrere anche i creditori non aderenti cui fossero estesi gli effetti dell'accordo.

Tale conseguenza avrebbe potuto portare ad un'aberrazione: infatti, se la maggioranza qualificata richiesta per il raggiungimento dell'accordo fosse stata costituita esclusivamente da intermediari finanziari (con un peso quindi del 60%), per il raggiungimento del sessanta per cento del monte-crediti sarebbe stata sufficiente addirittura una minoranza del ceto creditorio (pari a $75\% * 60\% = 45\%$), con un risultato peggiore persino rispetto al concordato preventivo⁶.

Opportunamente, la legge di conversione ha abrogato tale previsione, sopprimendo l'intero periodo nel quale si prevedeva che i creditori – ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo – fossero considerati aderenti all'accordo ai fini del raggiungimento della soglia del sessanta per cento, prevista l'art. 182-*bis*, comma 1, l.f., per l'omologazione dell'accordo stesso.

Quindi, sulla base della disciplina in vigore, possono presentarsi due casi estremi:

- le banche e gli altri intermediari finanziari hanno un “*peso*” dell'80% sull'intero monte-crediti ed allora il raggiungimento dell'accordo conduce automaticamente al raggiungimento della maggioranza necessaria per l'omologazione, giacché il 75% dell'80% equivale al sessanta per cento;
- oppure le banche e gli altri intermediari finanziari hanno un “*peso*” (minimo) del 50% sull'intero monte-crediti ed allora il raggiungimento dell'accordo

intermediari finanziari – si verifica «*un ribaltamento della regola di formazione del consenso che, all'interno della categoria di creditori, prende forme simili a quelle del concordato preventivo*».

⁶ F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell’“accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari” e della “convenzione di moratoria”, in www.ilfallimentarista.it*, p. 4, aveva osservato che la previsione era a rischio di incostituzionalità, affermando che «*la trasformazione del dissenso in assenso ai fini del raggiungimento della soglia-presupposto del 60% appare francamente un'inammissibile forzatura, che finisce per sovvertire la stessa base logica dell'accordo e la sua giustificazione economica e razionale*».

non conduce al raggiungimento della maggioranza necessaria per l'omologazione, occorrendo un'integrazione dei creditori non finanziari in misura pari al $22,5\% = 60\% - 50\% * 75\%$.

Evidentemente, all'interno di tali estremi si possono immaginare infiniti mix diversi, con un'integrazione dei creditori non finanziari via via più significativa (da zero al 22,5%).

2.2. L'ambito di applicazione.

L'ambito di applicazione della norma è chiaramente delineato dall'182-septies, comma 1, l.f., il quale stabilisce che: «*Quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, la disciplina di cui all'articolo 182-bis, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, è integrata dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto*»⁷.

Essa trova, quindi, applicazione nei casi in cui l'indebitamento dell'impresa in crisi sia pari o superiore al 50% dell'indebitamento complessivo; e, in assenza di ulteriori precisazioni, si deve ritenere che l'incidenza prescindendo dalla composizione prelatizia o chirografaria del monte debiti nei confronti degli intermediari finanziari.

E la circostanza che le norme portate dall'art. 182-septies l.f. integrino quelle contenute nell'art. 182-bis l.f. conferma che l'istituto in esame non costituisca un nuovo strumento di composizione negoziale della crisi d'impresa, ma una subspecie di altro già esistente.

2.3. L'efficacia dell'accordo.

Quale modalità operativa, il successivo comma 2 prevede che: «*L'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182-bis può individuare una o più*

⁷ Osserva, al proposito, L. VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in www.ilcaso.it, p. 3 s., che il riferimento esatto debba essere individuato nel primo periodo del primo comma dell'articolo 1372 («*il contratto ha forza di legge tra le parti*») e nel primo comma dell'articolo 1411 («*è valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse*»). Egli si interroga, peraltro, se il richiamo a tali articoli fosse corretto e assolutamente necessario, sul riflesso che «*che nell'accordo di ristrutturazione con banche non vi è alcuna deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, poiché non si tratta di estendere gli effetti del contratto o di concludere un accordo a favore del creditore non aderente, ma si tratta invece di una applicazione del principio di maggioranza, che il legislatore ben può introdurre laddove vi sia un gruppo di soggetti aventi un comune interesse (solitamente nella gestione di un bene comune): in questo caso è del tutto coerente con i principi dell'ordinamento la previsione che la volontà dei più debba prevalere a fronte della volontà della minoranza*»; anche se – conclude – «*Il richiamo agli articoli 1372 e 1411 codice civile potrebbe invece avere ragion d'essere qualora si ritenesse che, mancando una vera e propria assemblea o adunanza dei creditori, non sia nemmeno applicabile il principio maggioritario*».

categorie tra i creditori di cui al primo comma che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei».

E', dunque, consentito al debitore segregare i creditori finanziari in più categorie (*rectius* classi) distinte, a condizione che le stesse siano composte da soggetti con posizione giuridica e interessi economici omogenei; con la precisazione che «*Una banca o un intermediario finanziario può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria».*

L'utilizzo del verbo "potere" in luogo del verbo "dovere" potrebbe rendere preferibile la tesi secondo cui la creazione di classi costituisca una mera facoltà, piuttosto che un obbligo del proponente, fermo restando l'obbligo – ove si dia corso alla formazione di classi – che la stessa deve rispondere a criteri di omogeneità. In realtà, la previsione – di cui si dirà più avanti – per la quale «*Il tribunale procede all'omologazione previo accertamento (avvalendosi ove occorra di un ausiliario) che ...le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo: a) abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti»*, conduce a ritenere che – in presenza di banche e intermediari finanziari con posizione giuridica e interessi economici non omogenei – sia obbligatorio procedere alla creazione di classi⁸.

Ma ove le classi siano formate, si deve ritenere che la percentuale del 75% debba essere raggiunta in ciascuna classe, non potendosi sommare le percentuali dei creditori aderenti, appartenenti a categorie diverse; nel senso che non può prodursi un effetto compensativo fra classi diverse (a parità di valore, un po' meno 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 riservato, che verrebbe invece imposto dall'accordo raggiunto – in ipotesi – all'unanimità nelle altre classi.

Quanto all'omogeneità all'interno di ciascuna classe, in assenza di ulteriori precisazioni, pare ragionevole che si debba fare riferimento e rinvio all'ampio e

⁸ R. RANALLI, *Speciale decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in www.ilfallimentarista.it, p. 3, sottolinea la circostanza che l'obbligatorietà delle classi costituisca un rilevante ostacolo all'effettivo conseguimento della finalità di accelerazione del processo alla quale si è ispirata la norma. In particolare, nella convenzione di moratoria, di cui si dirà più oltre, la banca che si ritiene collocata in una classe (*cluster*) troppo penalizzante potrebbe opporsi *ex post*, «*con conseguenze ancora più devastanti rispetto ad una mera dilatazione temporale del closing*».

controverso dibattito sviluppatosi in materia di concordato. E, così, classi omogenee potranno essere quelle di: *i*) creditori bancari assistiti da identici titoli prelatizi; *ii*) creditori ipotecari con equivalente grado di iscrizione ipotecaria; *iii*) creditori non prelatizi con fonti causalmente simili (ad esempio, crediti da semplice apertura di credito ovvero da anticipazione bancaria, con cessione o meno dei crediti, crediti di cassa, crediti autoliquidanti, crediti di firma, ecc.)⁹.

In tale ipotesi, il debitore – prosegue la norma – *«può chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria»*, purché siano soddisfatte due condizioni:

- *«tutti i creditori della categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede»*
- *«i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria»*.

La prima condizione – e, cioè, la circostanza che le banche o gli intermediari finanziari non aderenti devono comunque essere informati in merito all'avvio delle trattative e messi in condizione di parteciparvi – assume particolare rilevanza, poiché la corretta osservanza del procedimento nella conduzione delle trattative, tra l'altro, è uno degli elementi di verifica giudiziale prodromica all'omologazione della proposta (con conseguente efficacia anche nei confronti degli intermediari non aderenti) insieme al riscontro della omogeneità della posizione giuridica e di interessi economici, nonché della possibilità di soddisfacimento dei soggetti non aderenti in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili¹⁰.

⁹ F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell'"accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari" e della "convenzione di moratoria"*, in www.ilfallimentarista.it, p. 3, osserva al proposito che *«Il rischio è che la scelta collocativa sia influenzata da altre finalità, e magari imposta al debitore dalle banche più grandi e più 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). Il controllo del Tribunale dovrà quindi essere particolarmente occhiuto quanto ai criteri di formazione delle categorie»*.

¹⁰ F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell'"accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari" e della "convenzione di moratoria"*, in www.ilfallimentarista.it, p. 6, ritiene che la norma vada intesa nel senso che *«il debitore non deve comunicare ai creditori estranei l'avvio delle trattative in modo puramente burocratico, lavandosene poi le mani, ma, ove i creditori mostrino interesse alla proposta di accordo, essi debbano essere messi dal debitore concretamente in grado di fare le loro controproposte e quindi di partecipare fattivamente all'iter di formazione del consenso»*.

Al proposito, pur in mancanza di ulteriori precisazioni, si deve ritenere che la condizione non possa essere soddisfatta mediante una semplice comunicazione con la quale si rappresenti l'intenzione di procedere alla ristrutturazione dei debiti, ma occorre che vengano illustrate almeno le linee essenziali del piano di risanamento; e che, in ogni caso, l'informazione debba essere resa in buona fede agli intermediari finanziari che non partecipano all'accordo¹¹.

Come già si è detto, anche se le condizioni sono soddisfatte non si produce più l'effetto previsto dal decreto legge, ma abrogato dalla legge di conversione, e – cioè – che *«I creditori ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo sono considerati aderenti all'accordo ai fini del raggiungimento della soglia del sessanta per cento di cui al primo comma dell'articolo 182-bis»*.

2.4. La sterilizzazione delle ipoteche giudiziali.

Il comma 3 stabilisce che *«Ai fini di cui al precedente comma non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese»*.

Tale previsione è volta ad evitare che alcuni creditori finanziari assumano posizioni di vantaggio – con un'azione *ex ante* – mediante l'iscrizione di un'ipoteca giudiziale ovvero – con un'omissione (o, meglio, non adesione) *ex post* – mediante i benefici che sarebbero altrimenti conseguiti per il fatto di restare estranei all'accordo; essa tutela, altresì, le trattative del debitore con i suoi creditori più forti¹².

Tale effetto protettivo avvicina l'accordo in esame al modello concordatario: infatti, la previsione corrisponde a quella di cui all'art. 168, ultimo comma, l.f., - a

¹¹ L. VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in www.ilcaso.it, p. 7, rammenta che *«la giurisprudenza del tribunale di Reggio Emilia ha ritenuto che affinché possa dirsi che vi sono 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 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»*.

¹² F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell'"accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari" e della "convenzione di moratoria"*, in www.ilfallimentarista.it, p. 4, osserva – al proposito – che la previsione *«possa interpretarsi più che altro nel senso che, l'aver iscritto ipoteca giudiziale nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, non costituisce idonea ragione per inserire il creditore bancario o finanziario, che a tale iscrizione abbia proceduto nel predetto termine, in un'autonoma categoria che eventualmente consideri quale posizione omogenea quella relativa a crediti bancari garantiti da ipoteca giudiziale»*.

mente del quale *«Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato»* - ed è più incisiva rispetto alla protezione assicurata dall'art. 182-bis, comma 3, l.f. – secondo cui *«Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, né acquisire titoli di prelazione se non concordati»* –.

L'assimiliazione dell'effetto pratico della sterilizzazione offre al debitore un'alternativa rispetto alla presentazione di una domanda di concordato con riserva *ex art. 161, comma 4, l.f.* – sebbene quest'ultimo strumento sia inevitabilmente più duttile, perché ancorato alla presentazione della sola domanda di concessione del termine, che apre le porte sia all'accordo di ristrutturazione sia al concordato preventivo – e potrebbe rilevare in una prospettiva di *consecutio* con l'eventuale procedura fallimentare successivamente aperta.

2.5. L'obbligo di disclosure.

Il comma 4 introduce un obbligo di *disclosure* da parte del debitore: egli, infatti, *«oltre agli adempimenti pubblicitari già previsti, deve notificare il ricorso e la documentazione di cui al primo comma dell'articolo 182-bis alle banche e agli intermediari finanziari ai quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo»*¹³.

Inoltre, dalla data della notificazione decorre il termine di trenta giorni entro il quale le banche e gli intermediari finanziari che non hanno preso parte all'accordo possono proporre opposizione avverso l'omologazione degli accordi.

2.6. L'omologazione.

Come previsto dal comma 4: *«Il tribunale procede all'omologazione previo accertamento (avvalendosi ove occorra di un ausiliario) che le trattative si siano svolte in buona fede e che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo:*

a) abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli

¹³ F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell’“accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari” e della “convenzione di moratoria”, in www.ilfallimentarista.it, p. 5, ritiene che *«La cautela, evidentemente, sottende la consapevolezza che la pubblicità prevista ordinariamente, e consistente nella pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, è in realtà assai poco efficace, tanto più in presenza di un termine per opporsi di soli trenta giorni; derivandone la necessità di rendere effettiva la conoscenza del ricorso – per l'appunto - tramite apposita notifica personale»*.*

delle banche e degli intermediari finanziari aderenti;

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

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

Il tribunale, ai fini dell'omologazione, deve anzitutto verificare la legittimità della procedura e, in particolare, l'effettiva omogeneità della posizione giuridica ed economica dei creditori ai quali viene chiesto di estendere l'accordo con quelli delle banche e degli intermediari finanziari aderenti all'accordo; deve, poi, accertare il rispetto del principio di buona fede e di corretta informazione dei creditori ai quali si intende estendere l'accordo; deve, inoltre, verificare la corretta instaurazione del contraddittorio.

Deve, infine, verificare che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. Si tratta, quindi, di una valutazione che ha ad oggetto la convenienza economica dell'accordo ed implica un giudizio fondato sulla comparazione rispetto ad altre soluzioni, siano esse concorsuali o meno.

Tale condizione si fonda sul cd. *cram down*, secondo un modello simile a quello dell'opposizione all'omologazione *ex art.* 180, comma 4, l.f., nell'ambito del concordato preventivo: è, cioè, necessaria la verifica che i creditori per i quali si chiede l'estensione dell'efficacia dell'accordo siano soddisfatti in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. E dal tenore letterale della norma emerge che il cd. *cram down* condiziona l'omologazione dell'intero accordo – che sarebbe, in ipotesi di esito negativo, minato in una delle sue componenti, non essenziale ma parte della fattispecie concreta – e non riguarda la sola estensione dei suoi effetti ai creditori oppositori.

La soluzione soddisfattiva offerta dall'accordo dovrà, quindi, essere comparata con quella che potrebbe realizzarsi nell'ambito di una procedura fallimentare (eventualmente con esercizio provvisorio) ovvero concordataria (con continuità

aziendale o liquidatoria)¹⁴, nonché in seno ad una procedura espropriativa individuale¹⁵, ove ricorrano i presupposti per la relativa proposizione¹⁶.

Fermo restando che il debitore deve dare dimostrazione del “miglior soddisfacimento”¹⁷, rimane il dubbio se la verifica della condizione debba rientrare nell’attestazione – per così dire – “generale” ovvero se pertenga soltanto al tribunale¹⁸.

Occorre ancora aggiungere che, nel caso in cui non sia soddisfatta l’ultima condizione, la legittimazione all’opposizione – al contrario di quanto accade nell’ambito del concordato preventivo – non soffre di limitazioni particolari: infatti, per

¹⁴ F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell’“accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari” e della “convenzione di moratoria”*, in www.ilfallimentarista.it, p. 9, ritiene che il raffronto non possa prospettarsi con il concordato preventivo, «il quale non può mai costituire un’alternativa concretamente praticabile, poiché o vi è l’accordo, con i suoi specifici contenuti, o vi è un concordato preventivo, con le sue altrettanto specifiche clausole e condizioni, e l’uno e l’altro non possono proporsi contestualmente».

¹⁵ Per opportuni approfondimenti sull’alternativa dell’esecuzione individuale, si veda F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell’“accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari” e della “convenzione di moratoria”*, in www.ilfallimentarista.it, p. 10 s..

¹⁶ R. RANALLI, *Speciale decreto “Contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in www.ilfallimentarista.it, p. 5, avanza l’ipotesi che la valutazione della sussistenza dei requisiti minimi di soddisfacimento debba essere svolta dal tribunale avendo riguardo alle singole classi di creditori bancari.

F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell’“accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari” e della “convenzione di moratoria”*, in www.ilfallimentarista.it, p. 9, sottolinea che «Nel caso di specie, poi, un tale raffronto è reso ancor più difficile dal fatto che nell’accordo, per definizione, la soddisfazione dei creditori non segue le regole della graduazione, sì che occorrerebbe predisporre una ad hoc per eseguire il raffronto con un alternativo riparto fallimentare, con tutte le complicazioni poi connesse ai privilegi o alle prelazioni incapienti (and so on). Un rompicapo, tale da rendere la valutazione comparativa un vero busillis».

¹⁷ F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell’“accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari” e della “convenzione di moratoria”*, in www.ilfallimentarista.it, p. 8, ritiene – nello stesso senso – che «sia il debitore il soggetto onerato della prova della sussistenza del requisito in parola, e che quindi egli debba dimostrare che nel fallimento alternativo i creditori non aderenti potrebbero riscuotere meno di quanto loro riservato con l’accordo (o con maggiore ritardo, a parità di quantum)».

¹⁸ R. RANALLI, *Speciale decreto “Contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in www.ilfallimentarista.it, p. 5 ss., sembra propendere per l’opportunità della verifica da parte dell’attestatore, sul riflesso che dalla stessa dipende anche dall’omogeneità del grado e dei tempi di soddisfacimento nelle alternative concretamente praticabili; oltre alla circostanza che l’attestazione dell’omogeneità delle classi, espressamente prevista con riferimento alla convenzione di moratoria, potrebbe essere riconosciuta come un elemento necessario della attestazione generale anche in assenza di moratoria temporanea; anche se «tale estensione non è affatto certa in quanto, in caso di moratoria temporanea, non essendo prevista l’omologazione, l’intervento dell’attestatore potrebbe essere letto come sostitutivo di quello del tribunale».

l'opposizione è sufficiente che il creditore non abbia aderito all'accordo di cui si richiede vengano estesi gli effetti, senza che siano necessari parametri quantitativi o l'appartenenza ad una classe dissenziente; laddove, per contro, il requisito per l'estensione degli effetti dell'accordo è costituito dall'adesione dei creditori che rappresentino il 75% dei crediti.

3. La convenzione di moratoria.

3.1. Premessa.

La convenzione di moratoria è un nuovo istituto e, probabilmente, anche un nuovo strumento di soluzione o – meglio – prodromico alla soluzione della crisi d'impresa: essa consiste in una convenzione fra l'impresa debitrice e una o più banche o intermediari finanziari, diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari.

L'opportunità della sua introduzione discende dalla constatazione che spesso accade che, nella fase prodromica alla negoziazione degli strumenti giuridici per la soluzione alternativa alla crisi d'impresa, non tutti i creditori finanziari aderiscono ad accordi di moratoria sottoscritti dalla gran parte del ceto creditorio. Lo scopo del legislatore è, quindi, quello di dare all'impresa (e ai suoi creditori) il tempo necessario per elaborare la soluzione della crisi, proteggendola dai creditori finanziari che – in disaccordo con la maggior parte degli altri – intendano aggredirla (cosiddetto *standstill*, ma v. *infra*)¹⁹.

La convenzione di moratoria costituisce un ulteriore strumento di composizione (o, meglio, prodromico alla soluzione) della crisi d'impresa che – almeno secondo una certa lettura – si aggiunge al novero di quelli già disciplinati dalla legge fallimentare.

La tesi secondo cui si tratta di uno strumento nuovo è confermata dal fatto che – come si è anticipato – la convenzione di moratoria può essere prodromica ad un altro strumento di soluzione della crisi, negoziale o giudiziale, ma non ne costituisce parte integrante, come invece accade per l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari.

¹⁹ Come è stato osservato da R. RANALLI, *Speciale decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in www.ilfallimentarista.it, p. 4, «la moratoria in questione è volta a consentire un primo rapido intervento per evitare fughe in avanti da parte di talune banche».

Essa, in particolare, non integra una modalità di soddisfazione del credito, ma solo una dilazione della sua esigibilità; circostanza, quest'ultima, che di per sé può rientrare nel più ampio concetto di ristrutturazione del debito (in senso atecnico), ma che non impedisce – anche se sembra presupporre – il ricorso a procedure concorsuali vere e proprie in una fase successiva.

Come è stato osservato, la convenzione di moratoria ha natura ordinariamente extraprocessuale, non essendo previsto un necessario intervento omologatorio del tribunale: per contro, è contemplato un intervento eventuale del tribunale qualora i creditori non aderenti alla convenzione di moratoria proponessero opposizione avverso la stessa.

E' bene precisare 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; con la precisazione, peraltro, che per nuova prestazione non si intende la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati (su cui v. *infra*).

3.2. Il contenuto della convenzione.

Il comma 5 dell'art. 182-*septies* prevede che la convenzione stipulata fra l'impresa debitrice e una o più banche o intermediari finanziari è «*diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari*».

Al proposito è stato osservato: «*Si tenga presente che nell'accordo complessivo con i creditori della categoria... le modalità dilatorie concordate possono essere diverse: ad es. l'imprenditore può aver concordato con una banca una dilazione di 24 mesi, con concessione di garanzia, con un'altra una dilazione di soli 12 mesi senza garanzia, ecc... Quali saranno dunque gli effetti che si estendono ai creditori non aderenti?*»²⁰.

Al proposito, soccorre la possibilità (in tal caso, l'obbligo) di creare apposite classi di creditori, omogenee al loro interno, anche se eterogenee comparativamente.

²⁰ Così, L. VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in www.ilcaso.it, p. 12, il quale evidenzia che la convenzione di moratoria possa assumere «*forma diversa da banca a banca, a seconda delle esigenze commerciali, imprenditoriali e di risanamento del singolo imprenditore*».

3.3. Gli effetti della convenzione.

Il comma 5 dell'art. 182-septies stabilisce che *«la convenzione di moratoria, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, produce effetti anche nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari non aderenti se questi siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede, e un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria».*

Il legislatore stabilisce, quindi, le condizioni in base alle quali la convenzione di moratoria può estendersi a tutti i creditori bancari e finanziari, accomunati da posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei:

- il rispetto del principio di buona fede e di corretta informazione;
- l'adesione dei creditori che rappresentino il 75% dei crediti;
- l'attestazione di un professionista dell'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria.

La previsione secondo cui, nella convenzione di moratoria, è richiesta l'attestazione di un professionista – mentre la stessa condizione non è richiesta nell'accordo di ristrutturazione con prevalente indebitamento nei confronti di intermediari finanziari – trova la propria giustificazione nel fatto che lo strumento prevede l'intervento del tribunale soltanto in caso di opposizione; e, quindi, l'attestazione è volta a fornire maggiori garanzie sulla corretta formazione delle classi – nel caso in cui siano presenti – ai creditori finanziari non aderenti e, non da ultimo, a prevenire l'intervento del tribunale.

3.4. L'opposizione e l'omologazione.

Il comma 6 stabilisce che, *«Nel caso previsto dal comma precedente, le banche e gli intermediari finanziari non aderenti alla convenzione possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla comunicazione della convenzione stipulata, accompagnata dalla relazione del professionista designato ai norma dell'articolo 67, terzo comma, lettera d). La comunicazione deve essere effettuata, alternativamente, mediante lettera raccomandata o posta elettronica certificata. Con l'opposizione, la banca o l'intermediario finanziario può chiedere che la convenzione non produca effetti nei suoi confronti. Il tribunale, con decreto motivato, decide sulle opposizioni, verificando la sussistenza delle condizioni di cui al comma quarto, terzo periodo».*

È, dunque, fatta salva la possibilità per le banche e gli intermediari non aderenti di proporre opposizione entro trenta giorni dalla comunicazione della convenzione e della relazione (mediante lettera raccomandata o posta elettronica certificate), chiedendo che la convenzione non produca effetti nei loro confronti²¹.

E' stato osservato come il procedimento di opposizione non venga disciplinato e non sia neppure indicato il rito applicabile; parte della dottrina ha, peraltro, ipotizzato che il procedimento debba assumere la forma del rito ordinario o sommario di cognizione²².

Il tribunale, con decreto motivato, decide sulle opposizioni, verificando la sussistenza delle condizioni richieste; trattandosi di una dilazione all'esigibilità dei crediti e non di un accordo avente per oggetto la soluzione della crisi d'impresa, il ruolo del tribunale è soprattutto finalizzato ad evitare strumentalizzazioni in danno dei creditori non aventi interessi o posizioni giuridiche omogenee.

Invece, non pare possa tecnicamente venire 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.

Il decreto con il quale il tribunale decide sulle opposizioni dei creditori non aderenti alla convenzione di moratoria è reclamabile – nel termine di quindici giorni dalla comunicazione – alla corte di appello, ai sensi dell'art. 183 l.f..

4. I limiti dell'accordo e della convenzione.

²¹ F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell’“accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari” e della “convenzione di moratoria”,* in www.ilfallimentarista.it, p. 10 s., correttamente osserva che «non si comprende perché in questo caso, diversamente da quello dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari, ci si accontenti di raccomandata o posta elettronica certificata, e non si richieda invece una notifica vera e propria, pur in presenza della medesima situazione cautelata, ossia il diritto di proporre opposizione entro trenta giorni contro una convenzione stipulata tra altri soggetti, che può estendere i suoi effetti coattivamente ai terzi che non vi abbiano aderito».

²² In particolare, L. VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in www.ilcaso.it, p. 10, osserva che «Escluso che si tratti di un procedimento camerale endofallimentare (proponibile con ricorso e definibile con decreto), a me pare che il rito da seguire sia quello del codice di procedura civile. Ne deriva che il giudizio assumerà la forma del processo ordinario o sommario di cognizione, anche se la forma del provvedimento che lo definisce sarà quella del «decreto motivato», a meno che da tale ultimo riferimento («decreto motivato») non si voglia inferire che il rito applicabile sia quello previsto dagli articoli 737 e seguenti del menzionato codice».

Come disciplinato dal comma 7: *«In nessun caso, per effetto degli accordi e convenzioni di cui ai commi precedenti, ai creditori non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti. Agli effetti del presente articolo non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati».*

La disposizione sottolinea la una matrice contrattuale dei due nuovi istituti: infatti, sebbene questi prevedano la possibilità di un'estensione degli accordi anche agli intermediari finanziari non aderenti, l'estensione non può spingersi al punto di obbligare i non aderenti ad eseguire prestazioni o a subire l'incremento della propria esposizione, anche in conseguenza dell'utilizzo di affidamenti già concessi

In particolare, come riferito nella relazione di accompagnamento al decreto legge, la maggioranza degli intermediari finanziari può imporre ai non aderenti solo la ristrutturazione del debito esistente e cioè riscadenzamenti, modifiche ai tassi di interesse o riduzioni. Se dunque l'accordo prevede sia una manovra sul debito (dilazioni, rinunzie, conversioni di crediti in capitale) sia nuova finanza, i creditori finanziari non aderenti sono vincolati solo per la prima, mentre non possono essere obbligati a versare nuovo capitale né a mantenere aperte linee di credito esistenti²³.

Quindi, ove – nell'ambito degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari – sia prevista l'erogazione di nuova finanza, le relative previsioni non potranno in alcun caso estendersi ai creditori non aderenti.

Parziale eccezione (ma coerente con la natura del contratto) è quella del *leasing*, del quale possono essere imposti il mantenimento o la rimodulazione: in particolare, non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati.

5. La relazione dell'ausiliario.

L'art. 182-*septies* l.f. si chiude con la previsione secondo cui *«La relazione*

²³ Con la conseguenza che, *«anche nel caso in cui tra debitori e banche ed intermediari aderenti fosse stipulato qualche nuovo contratto di credito, ciò che non è vietato, comunque gli effetti di quest'ultimo non potranno estendersi ai terzi creditori non aderenti»*: così F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell’“accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari” e della “convenzione di moratoria”*, in www.ilfallimentarista.it, p. 12.

dell'ausiliario è trasmessa a norma dell'articolo 161, quinto comma».

Il riferimento è al comma 4, ove si prevede che «*Il tribunale procede all'omologazione previo accertamento (avvalendosi ove occorra di un ausiliario) che le trattative si siano svolte in buona fede e che le banche e gli intermediari finanziari ai quali il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo:*

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

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

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

Come previsto dalla norma in oggetto, la relazione dell'ausiliario deve essere trasmessa al pubblico ministero; per contro, pare non debba essere pubblicata nel registro delle imprese, a cura del cancelliere, entro il giorno successivo al deposito in cancelleria (art. 161, comma 5, l.f.).

Pare opportuno rammentare che la verifica dell'ausiliario sopperisce quella (specifica) del professionista, contemplata soltanto nella convenzione di moratoria.

6. La disciplina penalistica.

L'applicazione pratica di questi strumenti potrebbe essere compromessa dalla potenziale responsabilità penale per bancarotta alla quale è esposto l'imprenditore che se ne avvale, dato che eventuali fattispecie divengono punibili come per il fallimento o il concordato: viene, infatti, modificato l'art. 236 l.f. per estendere la disciplina sanzionatoria ivi prevista (per il concordato preventivo e l'amministrazione controllata) alle ipotesi di illecito riferite ai nuovi istituti di ristrutturazione del debito con intermediari finanziari e convenzione di moratoria.

In particolare, integrando il primo comma dell'art. 236 l.f. viene previsto che l'imprenditore, il quale – per ottenere l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione o il consenso degli intermediari finanziari alla convenzione di moratoria – si sia attribuito attività inesistenti o abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti, è punito con la reclusione da 1 a 5 anni.

Ci si potrebbe interrogare sul motivo per cui l'estensione sia stata circoscritta

all'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari (e alla convenzione di moratoria). Al proposito è stato osservato: «*La ragione va ravvisata, a mio giudizio, nella circostanza che solo nella disciplina dei due nuovi istituti è stata prevista l'estensione dei relativi effetti in capo ai terzi non aderenti, con un conseguente aumento della loro potenzialità offensiva, e conseguente equiparabilità, sotto questo aspetto, al concordato preventivo, che produce effetti verso tutti i creditori anteriori anche se non consenzienti e se siano rimasti assenti nella procedura. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L.F., invece, non prevedono – nella forma base o comune - tale estensione, se non limitatamente ad un modesto slittamento dei termini di pagamento scaduti o a scadere*»²⁴.

Inoltre, un comma aggiuntivo allo stesso art. 236 l.f. estende ai due istituti la disciplina sanzionatoria prevista dalle seguenti disposizioni:

- art. 223 l.f. (bancarotta fraudolenta), nelle ipotesi di distrazione, occultamento, distruzione o dissipazione (anche parziale) di beni ovvero di esposizione di passività inesistenti; nonché per la falsificazione, la distrazione o la distruzione di libri contabili, per ostacolare la ricostruzione del patrimonio;
- art. 223 (bancarotta semplice), nel caso in cui il debitore abbia fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica; abbia consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti; abbia compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento; abbia aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa; non abbia soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare; abbia omesso la tenuta delle scritture contabili o le abbia tenute in maniera irregolare;
- art. 227 l.f., con il quale vengono estese all'istitutore le pene previste per i reati di bancarotta (semplice e fraudolenta), ricorso abusivo al credito e denuncia di creditori inesistenti;
- art. 232, nel caso in cui siano presentate domande di ammissione di crediti simulati o compiute distrazioni di beni (senza concorso col debitore);

²⁴ In tale senso F. LAMANNA, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento. Parte IV: le nuove figure dell'"accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari" e della "convenzione di moratoria"*, in www.ilfallimentarista.it, p. 13.

- art. 233, nell'ipotesi del cd. "*mercato di voto*" da parte dell'intermediario finanziario che concorda col debitore, o con altri nell'interesse di quest'ultimo, vantaggi a proprio favore per dare il suo voto all'accordo di ristrutturazione o alla convenzione di moratoria.

Un'ulteriore modifica interessa l'art. 236-*bis* l.f., ove si prevede l'estensione – alla ristrutturazione del credito con intermediari finanziari e alla convenzione di moratoria – della disciplina sanzionatoria del falso in attestato e in relazioni: è, quindi, punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro il professionista che – nelle relazioni previste dall'art. 182-*septies* l.f. – espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti. Aumenti di pena sono previsti se il fatto è commesso per conseguire un ingiusto profitto per sè o per altri o se ne deriva un danno per i creditori.

E' opportuno rammentare che obblighi di attestazione dell'omogeneità delle posizioni giuridiche e degli interessi economici delle banche interessate alla convenzione in moratoria sono espressamente stabiliti dall'art. 182-*septies*, comma 5, l.f., in capo al professionista designato dal debitore.

Inoltre, una relazione dello stesso professionista – sulla veridicità dei dati aziendali e la fattibilità della convenzione – dovrà accompagnare l'opposizione alla convenzione da parte delle banche non aderenti (art. 182-*septies*, comma 6, l.f.).

Infine, nonostante l'art. 182-*septies* l.f. non si riferisca espressamente alla relazione di un professionista, si potrebbe ritenere – ai fini dell'omologazione da parte del tribunale – che possano assumere tale forma e provenienza «*le complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale economica e finanziaria del debitore*», che – ai sensi del comma 4 – devono essere trasmesse alle banche a cui il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo di ristrutturazione.