Fallimenti e Società.it
OSSERVATORIO DI DIRITTO SOCIETARIO E FALLIMENTARE
Triveneto

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE CON INTERMEDIARI FINANZIARI E LA CONVENZIONE DI MORATORIA: DEROGA AL PRINCIPIO DI RELATIVITÀ DEL CONTRATTO ED EFFETTI SUI CREDITORI ESTRANEI

di

Bruno Inzitari

(*Università degli Studi di Milano-Bicocca*)

Sommario: *I. Estensione degli effetti dell'accordo di ristrutturazione ai terzi non aderenti. – II. Il metodo maggioritario nell'estensione degli accordi ai non aderenti. – III. Le categorie dei creditori. – IV. L'estensione dell'accordo ai creditori estranei appartenenti alla medesima categoria. – V. Ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni antecedenti alla data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle imprese. – VI. La convenzione di moratoria. – VII. L'integrazione della disciplina penalistica.*

I. ESTENSIONE DEGLI EFFETTI DELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE AI TERZI NON ADERENTI.

La regolazione negoziata con la crisi ha trovato la sua disciplina nell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182*bis* l.fall.. L'esperienza ha dimostrato che al cospetto della crisi dell'impresa gli interessi dei creditori sono tutt'altro che indifferenziati e, al contrario, risultano talora confliggenti al punto di compromettere la riuscita della negoziazione e, quindi, della soluzione della crisi[1] .

[1] Cfr. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l.fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi,* in "Contratto e Impresa", 4, 2011, p. 1361.

© "Fallimenti e Società" 2015 | Autore: Bruno Inzitari | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

Le maggiori e più rilevanti difficoltà si sono manifestate nei casi in cui l'esposizione debitoria è prevalente nei confronti delle banche, la cui posizione giuridica ed i cui interessi economici possono risultare notevolmente divergenti e, conseguentemente, rendere più difficoltosa o addirittura impedire la costruzione della soluzione della crisi.

Al fine di agevolare la costruzione di un equilibrio dei diversi interessi delle banche concorrenti il D.L. n. 83, convertito con L. n. 132 del 2015, ha introdotto con l'art. 182 *septies* la nuova fattispecie degli accordi di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari, che consente l'estensione degli effetti dell'accordo anche ai creditori estranei non aderenti, qualora la maggioranza qualificata dei creditori si esprima per l'adesione all'accordo nella rispettiva categoria di appartenenza.

Sul piano sistematico emerge una rilevante deroga al principio generale della relatività degli effetti del contratto; sul piano funzionale lo strumento dell'accordo con effetti anche verso la minoranza dissenziente è espressione della saldatura funzionale tra l'interesse del debitore, volto al superamento della crisi, e l'interesse delle banche che maggiormente hanno finanziato il debitore stesso, oltre che alla soluzione della crisi stessa, come pure alla più conveniente e opportuna gestione della esposizione creditoria che a queste banche fa capo.

La novella fallimentare ha inteso regolare secondo il sistema maggioritario tale conflitto, fornendo un'articolata serie di strumenti idonei ad estendere gli effetti dell'accordo anche alle banche minoritarie, stabilendo in questo modo una importante deroga al principio secondo cui il contratto ha effetti solo tra le parti ed aprendo, al contrario, ad una rilevante efficacia del patto negoziale nei confronti dei terzi.

In particolare, allorquando la complessiva esposizione debitoria dell'impresa è rivolta verso il sistema bancario, la posizione delle banche appare differenziata tra quelle banche maggiormente esposte, talora disposte a subire nell'immediato anche rilevanti sacrifici pur di evitare il naufragio della crisi nella generale insolvenza del debitore, e le banche che presentano una minore esposizione creditoria che sono piuttosto interessante solo alla

© "Fallimenti e Società" 2015 | Autore: Bruno Inzitari | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

soddisfazione del credito e possono essere tentate di assumere il ruolo di creditori estranei all'accordo, al fine di ottenere l'immediata ed integrale soddisfazione del loro credito con possibile compromissione degli esiti dell'accordo negoziato.

Tale differenziazione di interessi e di strategia investe l'intero ceto creditorio, ma si manifesta particolarmente netta e significativa nel ceto creditorio bancario, caratterizzato peraltro da una maggiore comparabilità e omogeneità delle posizioni giuridiche ed economiche.

Sulla base di tali considerazioni ed esigenze l'articolo 9 del decreto legge 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni in legge 6 agosto 2015, n. 132, ha apportato rilevanti modifiche alla disciplina degli accordi di ristrutturazione. Esse consistono nell'inserimento, nel capo quinto, dell'articolo 182 *septies* – rubricato "*Accordo di ristrutturazione con banche ed intermediari finanziari e convenzione di moratoria*" –, esclusivamente dedicato all'ipotesi in cui l'impresa abbia debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo ed indipendentemente dalla composizione chirografaria o prelatizia dei crediti che le banche vantano verso la impresa in crisi[2].

Si tratta pertanto di una disciplina che integra quella generale dell'articolo 182 *bis* e delle altre norme strettamente collegate all'articolo 182 *bis*, ed è specificamente indirizzata ad agevolare il procedimento di ristrutturazione dei debiti tramite l'accordo di ristrutturazione nei casi in cui l'indebitamento sia caratterizzato sul piano soggettivo e qualitativo dalla circostanza che almeno la metà dei crediti verso l'impresa siano vantati da banche o intermediari finanziari.

Il carattere integrativo della nuova disciplina è dichiarato nel primo comma dell'articolo 182 *septies* che definisce il suo contenuto quale integrazione alla disciplina generale dell'articolo 182 *bis* e correttamente ne identifica l'elemento caratterizzante nella introduzione della possibilità di derogare agli articoli 1372 e 1411 c.c., vale a dire dei

[2] Cfr. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in *www.ildirittodegliaffari.it*.

© "Fallimenti e Società" 2015 | Autore: Bruno Inzitari | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

principi generali secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti e non produce effetti rispetto ai terzi, come pure che la stipulazione a favore di terzi può avere effetto solo quando questi accettino di profittarne.

Il secondo comma precisa che tale deroga si realizza consentendo al debitore di chiedere, nel ricorso *ex* art. 182 *bis*, che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori bancari e finanziari non aderenti, purché vengano osservate le modalità disciplinate al secondo, terzo e quarto comma dell'articolo in parola, relative al procedimento e ai controlli attraverso i quali può essere riconosciuta l'estensione degli effetti dell'accordo anche alle banche e intermediari finanziari non aderenti all'accordo stesso.

Sono abbastanza frequenti, infatti, i casi in cui l'indebitamento complessivo dell'impresa che intende proporre un accordo di ristrutturazione sia prevalentemente nei confronti di banche o intermediari finanziari e l'articolo 182 *septies* fissa tale prevalenza nella misura di un indebitamento pari almeno al 50% dell'indebitamento complessivo. Nello stesso tempo, le strategie delle banche sulle modalità di ristrutturazione dei debiti dell'impresa in crisi sono sovente tutt'altro che omogenee e le decisioni possono essere profondamente diversificate, in quanto gli intermediari finanziari possono avere interesse alla continuazione dell'attività del debitore e possono risultare disponibili anche ad erogare finanza nuova, mentre in altri casi gli intermediari finanziari hanno interesse alla mera liquidazione dei beni. A ciò si aggiunge l'interesse di alcune banche a consolidare le garanzie che erano state precedentemente ottenute o comunque a non far emergere un'insolvenza che potrebbe avere effetti pesanti sui bilanci delle stesse banche.

È ben noto, del resto, che la crisi e la prospettiva della possibile insolvenza del debitore comportano l'emergere di conflitti assai rilevanti tra i creditori concorrenti. Di conseguenza il raggiungimento dell'accordo di ristrutturazione, come abbiamo già precedentemente messo in luce, comporta inevitabilmente l'apertura di un negoziato anche tra gli stessi creditori al fine di rendere in qualche modo compatibili i loro diversi

© "Fallimenti e Società" 2015 | Autore: Bruno Inzitari | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

interessi rispetto al livello di soddisfazione che il debitore può offrire e che i creditori, in qualche modo, come in ogni accordo, finiscono per imporre.

Secondo la generale disciplina dell'articolo 182 *bis* il raggiungimento dell'accordo con il debitore passa necessariamente attraverso la negoziazione di una articolata serie di pattuizioni tra gli stessi creditori. Questi ultimi inevitabilmente si trovano a dover disporre delle loro stesse risorse creditorie in modo tale da poter vincere la resistenza di quei creditori che non vogliono aderire all'accordo o che sono disponibili a manifestare la loro adesione solo se altri creditori compensino a loro vantaggio, in tutto in parte, la perdita che essi prevedono di subire nell'adesione all'accordo.

II. Il metodo maggioritario nell'estensione degli accordi ai non aderenti.

Il nuovo articolo 182 *septies* apre, per la prima volta, la strada ad una soluzione di tali conflitti piuttosto che con modalità negoziali, cioè con soluzioni consensuali di adesione all'accordo, attraverso la determinazione della sfera di efficacia dell'accordo anche sui creditori estranei con metodo maggioritario.

Con la novella legislativa il legislatore non ha ritenuto di modificare in senso maggioritario l'intera disciplina degli accordi di ristrutturazione ma con l'inserimento nella nuova disciplina dell'articolo in esame ha introdotto e consentito tale modalità di determinazione dell'estensione dell'accordo solo allorquando l'esposizione creditoria risulta prevalentemente in capo alle banche e intermediari finanziari.

Si è ritenuto quindi che le banche maggiormente esposte per i crediti da esse vantati verso il debitore siano legittimate a fissare con il debitore le condizioni attraverso le quali realizzare la ristrutturazione del debito senza sopportare l'onere di una negoziazione con le banche dissenzienti minoritarie e senza subire i costi che sarebbero conseguenti all'ottenimento del consenso da parte di queste ultime.

© "Fallimenti e Società" 2015 | Autore: Bruno Inzitari | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

Esse si trovano nella sostanza ad essere vincolate ad un patto contrattuale cui non hanno partecipato o che hanno addirittura rifiutato. Esse sopportano quindi una effettiva eterodeterminazione della loro volontà contrattuale con effetti in sostanza simili a quelli che vengono previsti nel codice civile dagli art. 1419, 1420 o 1339 con la inserzione automatica di clausole o la sostituzione automatica di clausole nulle, ma, nel caso in esame, con l'importante differenza che tale eterodeterminazione della volontà contrattuale trova la sua fonte in una negoziazione privata che per il fatto di essere condivisa dai partecipanti in modo maggioritario si estende, cioè ha effetti, anche nei confronti dei dissenzienti o non aderenti alla negoziazione, vale adire dei creditori estranei all'accordo.

I limiti di un siffatto intervento sugli intermediari finanziari non aderenti anche in questo caso, consiste nella verifica, che potrà essere compiuta dal tribunale, secondo quanto stabilito al quarto comma dell'articolo 182 *septies*, che la misura di soddisfazione consentita in base all'accordo non sia inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Inoltre viene espressamente escluso, dal settimo comma dell'articolo in parola, che per effetto degli accordi possano essere imposti ai creditori non aderenti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti.

L'accordo potrà essere esteso ai creditori banche ed intermediari finanziari non aderenti con l'effetto di comportarne la rideterminazione e la dilazione del credito (con conseguente ridimensionamento ed erosione del credito stesso), mentre trova il limite nella esclusione della possibilità che a carico di creditori dissenzienti l'accordo possa comportare il sorgere di nuovi obblighi patrimoniali consistenti nel dovere di eseguire qualsiasi prestazione a favore del debitore.

In concreto si potrà porre il problema se, conformemente alla natura contrattuale dell'accordo di ristrutturazione, che non è sottoposto al principio della *par condicio creditorum*, alle banche di minoranza possa essere esteso un accordo le cui condizioni sono suscettibili di essere valutate come deteriori rispetto a quelle di cui di fatto possono

© "Fallimenti e Società" 2015 | Autore: Bruno Inzitari | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

godere le banche maggioritarie, ad esempio in quanto queste ultime sono in grado, a differenza delle prime, di neutralizzare la perdita conseguente all'accordo con le garanzie di cui sono titolari, profili questi che potranno emergere negli eventuali giudizi di opposizione che potranno essere promossi dalle banche dissenzienti non aderenti.

III. LE CATEGORIE DEI CREDITORI.

L'esigenza di rendere l'accordo produttivo di effetti anche verso i creditori bancari non aderenti viene soddisfatta attraverso il ricorso ad un procedimento di verifica dei consensi e dei dissensi con una costruzione simile a quella già nota delle classi nel concordato, che, in questo caso, anche al fine di operare una distinzione rispetto a queste ultime, vengono denominate "categorie". Per vincere la volontà dissenziente delle minoranze l'accordo di ristrutturazione deve individuare infatti una o più categorie di creditori che abbiano tra loro una posizione giuridica e interessi economici omogenei.

Tali categorie possono essere formate sulla base di criteri analoghi a quelli già utilizzati nel concordato, in quanto ciascuna di esse raggruppa e contiene posizioni creditorie che abbiano tra di loro posizione giuridica e interessi economici omogenei. Si tratta quindi di una classificazione all'interno della più ampia categoria dei creditori bancari e a tal fine le posizioni possono essere raggruppate a seconda che i crediti siano assistiti da garanzie reali o personali oppure possano essere contraddistinti dalla natura causale del credito da finanziamento (da anticipazione bancaria, da mutuo, eccetera). In ogni caso, non è possibile ipotizzare una categoria di non aderenti in quanto 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.

© "Fallimenti e Società" 2015 | Autore: Bruno Inzitari | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

Lo strumento delle categorie ha la funzione di evitare che l'estensione degli effetti dell'accordo sulla banca dissenziente possa comportare il pregiudizio conseguente ad una sostanziale diversità di trattamento.

Se infatti si ammettesse la estensione semplice ed indiscriminata dell'accordo a tutte le banche dissenzienti unicamente sulla base della mera applicazione di un principio maggioritario, ritenendo cioè che quando l'accordo ha ricevuto la maggioranza delle adesioni esso possa svolgere i suoi effetti e possa vincolare anche chi non ha aderito, inevitabilmente risulterebbe violato il principio di eguaglianza, in quanto a situazioni disuguali verrebbe assegnato lo stesso trattamento, in quanto, ad esempio, la banca chirografaria dissenziente potrebbe subire un ridimensionamento del credito identico a quello di banche garantite, con evidente maggiore pregiudizio rispetto a queste ultime le quali, al contrario, possono contare su una soddisfazione prelatizia o comunque garantita.

Al contrario, la estensione dell'accordo ai dissenzienti potrà verificarsi solo in condizioni di omogeneità e comparabilità della condizione creditoria della banca o delle banche che subiscono la estensione dell'accordo rispetto alle condizione delle altre banche che, attraverso la loro adesione maggioritaria all'accordo, tale estensione impongono. È possibile quindi dedurre la regola secondo cui di fronte al dissenso e non adesione di una o più banche, il diritto di queste di mantenere, come terzi, il trattamento dei non aderenti, con conseguente diritto alla soddisfazione integrale, può venir meno solo se vi sia stata la adesione all'accordo da parte della maggioranza delle altre banche appartenenti alla stessa categoria.

La funzione di tali categorie, secondo quanto previsto dal secondo comma dell'articolo in parola, è esclusivamente limitata e finalizzata a stabilire il procedimento e le modalità con le quali può essere consentita l'estensione dell'accordo anche ai creditori non aderenti che appartengono alla medesima categoria, la quale può abbracciare, quindi, banche contrassegnate da posizione giuridica e interessi economici omogenei.

© "Fallimenti e Società" 2015 | Autore: Bruno Inzitari | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

Va considerato, dunque, che le categorie, pur condividendo con le classi del concordato i tratti caratterizzanti (posizione giuridica e interessi economici omogenei), non svolgono alcuna funzione nella formazione delle adesioni all'accordo, mentre, com'è noto, le classi nel concordato, secondo quanto previsto dall'articolo 177, concorrono alla formazione della maggioranza per l'approvazione del concordato stesso.

Manca del tutto, infatti, la previsione di qualsiasi forma di votazione o di verifica delle adesioni all'accordo all'interno di ogni categoria, al fine di poter stabilire se la categoria o le diverse categorie si sono manifestate per l'adesione o per il rigetto dell'accordo.

Le regole relative alla conclusione dell'accordo di ristrutturazione non hanno subìto alcuna modificazione e si applicano anche all'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzioni di moratoria. La stipulazione dell'accordo avviene, infatti, secondo le regole generali stabilite nel primo comma dell'articolo 182 *bis*, che richiedono l'adesione di creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti complessivi.

IV. L'ESTENSIONE DELL'ACCORDO AI CREDITORI ESTRANEI APPARTENENTI ALLA MEDESIMA CATEGORIA.

Il ricorso al nuovo istituto della categoria si verifica solo nel caso in cui si intenda estendere gli effetti dell'accordo già raggiunto ai creditori che non hanno aderito all'accordo. Tale estensione può infatti verificarsi solo nei confronti dei *creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria* ed a condizione che abbiano manifestato l'adesione all'accordo almeno il 75% dei creditori facenti parte della medesima categoria.

Di fronte quindi alla manifestazione di dissenso (non adesione) di una banca per poter estendere ad essa gli effetti dell'accordo sarà necessario verificare la possibilità di costruire una categoria omogenea che contenga quella banca ed altre banche aderenti. Quindi, l'effetto estensivo si potrà verificare solo se i crediti di cui sono complessivamente titolari

© "Fallimenti e Società" 2015 | Autore: Bruno Inzitari | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

le banche aderenti che fanno parte della categoria rappresentino almeno il 75% dei crediti della categoria stessa.

Questo comporta importanti conseguenze, in quanto, dovendo lo scrutinio della legittimità della estensione degli effetti dell'accordo al dissenziente avvenire attraverso la verifica che i creditori favorevoli all'accordo esprimano una maggioranza almeno del 75% del complessivo volume dei crediti all'interno della categoria di cui lo stesso dissenziente fa parte, nel caso in cui non sia possibile costruire una categoria che contenga anche la posizione del dissenziente (in quanto, ad esempio, si tratta di una banca che ha una posizione giuridica o un interesse economico del tutto diverso, non assimilabile a quello delle altre banche), alla banca dissenziente non potranno essere estesi gli effetti dell'accordo e, conseguentemente, essa manterrà il diritto di essere trattata quale creditore estraneo, al quale il debitore deve assicurare l'integrale pagamento dei crediti.

Nella costruzione dell'accordo il debitore e, probabilmente, le banche maggioritarie che possono avere interesse alla costruzione dell'accordo dovranno necessariamente articolare le diverse previsioni della ristrutturazione del debito secondo livelli di trattamento suscettibili di essere distribuiti nelle possibili diverse categorie in modo omogeneo. In questo modo le banche favorevoli all'accordo che potranno raggiungere e rappresentare il 75% dei crediti degli aderenti in seno alla categoria e, sempre che venga integrato l'altro presupposto relativo alle modalità di partecipazione alla formazione del contratto di ristrutturazione, consistente nella circostanza che tutti i creditori della categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative relative all'accordo, gli effetti dell'accordo stesso possano essere estesi ai creditori non aderenti appartenenti alla medesima categoria.

Al debitore che intende estendere gli effetti dell'accordo spetta l'ulteriore onere, oltre agli adempimenti pubblicitari previsti dall'art. 182 *bis*, di provvedere a notificare il ricorso e la documentazione di cui al primo comma dell'art. 182 *bis* alle sole banche ed intermediari finanziari ai quali intende estendere gli effetti dell'accordo per mettere queste nella

© "Fallimenti e Società" 2015 | Autore: Bruno Inzitari | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

condizione di proporre sulla base di una informazione ricevuta in condizioni più agevoli l'opposizione prevista dal quarto comma dell'art. 182 *bis*. Coerentemente con l'esigenza di assicurare le condizioni di un corretto contraddittorio, il termine per proporre l'opposizione di cui al primo coma dell'art. 182 *bis* decorre dalla data di notificazione del ricorso.

Al tribunale spetta il compito di accertare che siano stati rispettati i presupposti richiesti per l'estensione degli effetti dell'accordo ai non aderenti. Nel procedimento di omologazione il tribunale dovrà accertare, ricorrendo ove occorra anche alla nomina di un ausiliario che svolga le verifiche del caso, che le trattative si siano svolte in buona fede; che le banche gli intermediari finanziari ai quali debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo abbiano posizione giuridica interessi economici omogenei rispetto a quelli delle altre banche aderenti che fanno parte della stessa categoria; che le banche dissenzienti alle quali verranno estesi gli effetti dell'accordo abbiano ricevuto complete aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale economiche finanziarie del debitore nonché sull'accordo e sugli effetti; ed infine, condizione questa di grande rilevanza, che le prospettive di soddisfazione che questi creditori potranno ottenere con l'accordo possano risultare non inferiori rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Si tratta di una valutazione quindi che investe non soltanto la correttezza del procedimento di formazione delle categorie, ma anche la trasparenza e l'effettiva contendibilità da parte di tutti i creditori delle scelte relative all'accordo.

Al tribunale, coerentemente con la disciplina introdotta con lo strumento degli accordi di ristrutturazione o con il nuovo procedimento di concordato preventivo, non spetta valutare in astratto la convenienza dell'accordo, ma piuttosto, applicando il metodo del *cram down* in questo caso alle banche dissenzienti, valutare in concreto se queste possano subire con l'estensione degli effetti dell'accordo un trattamento deteriore rispetto alle prospettive di soddisfazione che avrebbero potuto altrimenti conseguire.

© "Fallimenti e Società" 2015 | Autore: Bruno Inzitari | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

V. IPOTECHE GIUDIZIALI ISCRITTE NEI 90 GIORNI ANTECEDENTI ALLA DATA DI PUBBLICAZIONE DEL RICORSO NEL REGISTRO DELLE IMPRESE.

Di non agevole lettura ed interpretazione appare poi la disposizione di cui al terzo comma, il quale stabilisce che ai fini di cui al precedente comma, vale a dire nel caso in cui il debitore abbia richiesto che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti, *non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei 90 giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.*

Pur prevedendo quale presupposto la stessa fattispecie concreta - *ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni che precedono…* - la regola stabilita nell'articolo in esame appare diversa rispetto a quella contenuta all'articolo 168 terzo comma l. fall.. Infatti nel concordato viene prevista, in via generale, l'inefficacia rispetto ai creditori anteriori al concordato secondo un criterio di retrodatazione degli effetti della presentazione del ricorso di concordato coerente con quanto disposto dall'articolo 168 l.fall., mentre nell'accordo di ristrutturazione, non essendo neanche configurabile una distinzione tra creditori anteriori o successivi alla presentazione dell'accordo di ristrutturazione, la norma si limita a stabilire che, nel caso in cui il debitore intenda estendere l'accordo di ristrutturazione alle banche dissenzienti non si deve tenere conto delle ipoteche giudiziarie iscritte dalle stesse banche – sia che esse siano aderenti sia che siano dissenzienti – nei 90 giorni precedenti alla data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle imprese.

Il non tenere conto delle ipoteche giudiziali iscritte sembra voglia dire che la circostanza che i crediti siano assistiti da ipoteca giudiziale iscritta nei predetti 90 giorni non costituisce idonea ragione per inserire il creditore bancario e finanziario che a tale iscrizione abbia proceduto nel predetto termine in un'autonoma categoria che consideri quale posizione omogenea quella relativa a crediti bancari garantiti dall'ipoteca giudiziale[3]. Conseguentemente il creditore che ha iscritto ipoteca giudiziale nei 90 giorni antecedenti

[3] In questo senso LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la mini riforma del D.L. 83/2015*, in "Il civilista", 2015, p. 70.

© "Fallimenti e Società" 2015 | Autore: Bruno Inzitari | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

potrà essere inserito in una categoria di creditori chirografari senza appunto tenere conto della ipoteca iscritta e, nel caso in cui il 75% dei creditori presenti nella categoria aderisca all'accordo, subirà il trattamento riservato dall'accordo a quella categoria dei chirografari senza poter far valere la garanzia della ipoteca giudiziale. Resta ferma la possibilità per il creditore che ha iscritto ipoteca nei 90 giorni di dissentire dall'accordo e nel caso in cui nella categoria di appartenenza non venga raggiunto il 75% degli aderenti, di ottenere il trattamento di creditore estraneo che ha diritto alla soddisfazione integrale, come pure alla conservazione della garanzia ipotecaria giudiziale acquisita nei tre mesi anteriori alla presentazione del ricorso per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

La maggiore rilevanza della norma risiede nel rendere possibile alle banche chirografarie aderenti di inserire anche le banche che hanno iscritto ipoteca nei 90 giorni precedenti alla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese nella stessa categoria di banche chirografarie in considerazione della facoltà riconosciuta di non tenere conto della ipoteca iscritta nei 90 giorni precedenti alla data di pubblicazione nel registro delle imprese. Ne consegue quindi la possibilità di assegnare ad esse lo stesso trattamento chirografario, inserendo anche esse nella categoria delle banche chirografarie. Pertanto, se le banche chirografarie assenzienti all'accordo che fanno parte della categoria esprimono il 75% delle adesioni, gli effetti dell'accordo potranno essere estesi anche alle banche titolari di ipoteca giudiziale, le quali avranno così lo stesso trattamento previsto dall'accordo per le banche chirografarie, con il duplice vantaggio di estendere il trattamento previsto dall'accordo anche ai loro crediti e di esonerare il patrimonio disponibile per i creditori dall'onere delle ipoteche, migliorando sia la capacità di adempimento del debitore, sia le complessive aspettative di soddisfazione dei creditori.

Va considerato, infine, che un eventuale reclamo che fosse basato sulla possibilità di ricevere altrimenti una soddisfazione più favorevole dovrebbe tenere conto del fatto che le ipoteche degli ultimi 90 giorni sono inefficaci nel concordato e revocabili nel fallimento, con la conseguenza che la prova della migliore soddisfazione non potrebbe essere fondata

© "Fallimenti e Società" 2015 | Autore: Bruno Inzitari | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

sulla qualità prelatizia ipotecaria del credito, bensì solo sulla prova, assai più ardua, di migliori possibilità di soddisfazione per i chirografari della stessa categoria.

VI. LA CONVENZIONE DI MORATORIA.

Il quinto comma dell'articolo in parola prevede che l'oggetto dell'accordo, piuttosto che riguardare la ristrutturazione del debito, possa consistere in un accordo che preveda la sola dilazione del debito con i creditori che a tale accordo aderiscano. La diversità rispetto alla ben più ampia e articolata portata dell'accordo di ristrutturazione è resa evidente dalla utilizzazione della espressione *convenzione di moratoria* scelta per scandirne la diversità e la minore portata.

Nell'accordo di ristrutturazione sono sicuramente contenute clausole che prevedono la dilazione dei diversi crediti in via generale o per gruppi di creditori o tipologia di crediti. La dilazione della scadenza dei crediti costituisce infatti la più frequente e diffusa misura volta a stabilire uno spazio temporale idoneo per la conservazione di valori aziendali e la salvaguardia della continuità aziendale, ma tali misure si inseriscono in una complessiva articolazione volta a consentire al debitore di soddisfare i creditori aderenti nelle forme e modalità negoziate e i creditori estranei integralmente.

La convenzione di moratoria non assolve a quest'ultimo obiettivo, in quanto non contiene misure concordate volte alla ristrutturazione del debito ma piuttosto è diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria appunto temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche.

Il quinto comma dell'articolo in esame concerne, coerentemente con il complessivo contenuto della norma, l'ipotesi in cui la convenzione di moratoria che può intercorrere tra il debitore, le banche gli intermediari finanziari venga estesa anche nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari non aderenti. Tale effetto si può verificare allorquando questi ultimi siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi

© "Fallimenti e Società" 2015 | Autore: Bruno Inzitari | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

in condizione di parteciparvi in buona fede ed un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67 terzo comma lettera d), abbia attestato l'omogeneità della posizioni giuridiche e degli interessi economici dei creditori interessati dalla moratoria.

La convenzione, che già è efficace nei confronti degli aderenti, potrà poi acquistare efficacia nei confronti dei non aderenti qualora venga ad essa comunicata nelle forme della dichiarazione recettizia, alternativamente mediante lettera raccomandata oppure posta certificata. La banca non aderente che ha ricevuto la comunicazione dell'avvenuta convenzione, al fine di non subire gli effetti dell'estensione della convenzione di moratoria, deve nel termine di 30 giorni dal ricevimento della dichiarazione recettizia, proporre opposizione, chiedendo che la convenzione non produca effetti nei suoi confronti. Il tribunale decide con decreto, verificando anche in questo caso la sussistenza delle condizioni di cui al quarto comma terzo periodo dell'articolo 182-*septies*. Il decreto del tribunale è reclamabile in Corte d'appello ai sensi dell'articolo 183 l. fall. nel termine di 15 giorni.

L'ultimo comma dell'articolo 182-*septies* prevede che la relazione dell'ausiliario deve essere trasmessa al pubblico ministero, mentre non è previsto che essa debba essere pubblicata nel Registro delle imprese.

VII. L'INTEGRAZIONE DELLA DISCIPLINA PENALISTICA.

In relazione agli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari e alla convenzione di moratoria il legislatore ha ritenuto di integrare le norme penali *(i)* dell'articolo 236, la cui disciplina comprende ora non solo il concordato preventivo, ma anche l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria; *(ii)* dell'articolo 236-bis l.fall. relativo al falso in attestazioni e relazioni. La applicazione della disciplina penale trova la sua ragione nella considerazione che l'accordo di ristrutturazione in questo caso può avere effetti in deroga al principio dell'art 1372 di

© "Fallimenti e Società" 2015 | Autore: Bruno Inzitari | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it

relatività del contratto anche verso terzi, quali, appunto, le banche non aderenti. Sembra potersi ritenere, quindi, che attraverso con la disciplina penale introdotta si sia voluto salvaguardare e garantire lo svolgimento corretto del procedimento da parte del debitore, prevedendo l'applicazione di specifiche fattispecie di reato consistenti nell'attribuzione dell'attività inesistenti o di simulazione di crediti in tutto in parte inesistenti, come pure da parte del professionista chiamato a rilasciare attestazioni e relazioni, prevedendo la applicazione dei reati relativi alla esposizione di informazione false o all'omissione nel riferire informazioni rilevanti allorquando ha rilasciato l'attestazione in materia di omogeneità di posizione giuridica e gli interessi dei creditori finanziari[4]. Anche quindi con riferimento all'accordo di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari alla convenzione di moratoria troveranno applicazione le disposizioni di cui al secondo comma, nn. 1, 2 e 4, vale a dire articolo 223 sulla bancarotta fraudolenta, l'articolo 224 sulla bancarotta semplice, l'articolo 227 sulla bancarotta fraudolenta, l'articolo 232 sulla simulazione di crediti e distrazioni e, infine, l'art. 233 sul mercato di voto, che potranno essere applicati rispettivamente agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società (articolo 223 e 224), agli institori (articolo 227) ed ai creditori (art. 200 e 233).

[4] Cfr LAMANNA, *op. cit.* , p. 75.

© "Fallimenti e Società" 2015 | Autore: Bruno Inzitari | Direttore Resp.: Andrea Favaro
ISSN 2284-3086 – Reg. N. 2809 Tribunale di Vicenza – www.fallimentiesocieta.it