



LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWKI - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)

Capitolo 11

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE CON INTERMEDIARI FINANZIARI E LA CONVENZIONE DI MORATORIA

L'istituto di nuova introduzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti con creditori finanziari costituisce una specie di accordi che presuppone che banche ed intermediari finanziari siano titolari almeno della metà del montecrediti; nel caso in cui siano raggiunti accordi con almeno il 75% di tali creditori, il debitore può chiedere che gli effetti degli accordi siano estesi anche alla minoranza, purché questa sia stata informata della trattativa e posta in grado di parteciparvi in buona fede e a condizione che il trattamento non sia deteriore rispetto a quello delle alternative concretamente praticabili. La convenzione di moratoria è assimilabile ad un pactum de non petendo concluso con il 75% dei creditori finanziari.

Sommario: 1. La nozione di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari - 2. La disciplina speciale - 3. Le categorie e il trattamento dei non aderenti - 4. Il raggiungimento della percentuale delle adesioni - 5. Gli effetti - 6. Regole procedurali - 7. La convenzione di moratoria - 8. Disposizioni penali.

Riferimenti normativi: artt. 182-*septies*, 236 l. fall.; 1372, 1411 c.c.

1. LA NOZIONE DI ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE CON INTERMEDIARI FINANZIARI

Il D.L. 27/06/2015, n. 83¹, convertito con modificazioni in L. 06/08/2015, n. 132² - per quanto qui interessa - ha introdotto nella Legge fallimentare il nuovo art. 182-*septies*, recante la rubrica "Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria"; ha poi modificato la disciplina relativa ai finanziamenti interinali (mediante l'inserimento di un nuovo comma 3 all'art. 182-*quinquies* l. fall.), e infine, a completamento della disciplina del nuovo istituto, ha previsto modifiche all'art. 236, introducendo nuove figure di reati, e all'art. 236-*bis*, estendendo, alle attestazioni rese nella

¹ In G.U., Serie Generale, n. 147 del 27/06/2015.

² In G.U., Serie Generale, n. 192 del 20/08/2015.

nuova figura di accordi di ristrutturazione, le previsioni del falso in attestazioni *ex art. 236-bis l. fall.*

Va subito precisato che gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari³ non sono una nuova⁴ distinta procedura (o, se si ritiene la natura meramente negoziale dell'istituto degli accordi, comunque, una figura diversa dagli accordi *ex art. 182-bis l. fall.*), bensì un *subgenus* degli accordi di ristrutturazione⁵. Ciò si desume sia per interpretazione sistematica sia per interpretazione letterale, e segnatamente dalla previsione (contenuta nel comma 1 dell'art. 182-*septies l. fall.*) secondo cui "la disciplina di cui all'art. 182-*bis...* è integrata dalle disposizioni contenute nei commi secondo, terzo e quarto", ricorrendo le condizioni particolari richieste dalla disposizione⁶.

Il presupposto, quindi, affinché possa farsi applicazione delle norme speciali di cui all'art. 182-*septies l. fall.* è, secondo quanto si desume dalla parte iniziale dello stesso articolo, che il debitore abbia "debiti verso banche ed *intermediari finanziari* in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo"⁷. Si impongono alcune precisazioni.

³ La rubrica si riferisce agli "intermediari finanziari", ma il testo dell'articolo parla di "banche e intermediari finanziari". In dottrina è stato osservato che le banche rientrerebbero nel novero degli intermediari finanziari (così R. Ranalli, *Speciale Decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, in *Il Fallimentarista*, pubb. 23/07/2015, p. 1. In realtà, gli intermediari finanziari costituiscono una categoria di operatori distinta rispetto alle banche: cfr. il sito *online* di Banca d'Italia, che contiene la seguente definizione: "Gli intermediari finanziari sono soggetti, diversi dalle banche, ...".

⁴ Per una disamina di istituti di altri ordinamenti in cui erano già vigenti tipi di accordi di ristrutturazione paragonabili (ed esattamente la "*sauvegarde financière accélérée*", di diritto francese, e lo "*scheme of arrangement*" di diritto inglese), cfr. L. M. Quattrocchio, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in *Il diritto degli affari.it*, pubb. 18/10/2015, p. 1.

⁵ B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in *Fallimenti e Società.it*, pubb. 28/10/2015, p. 3, parla di "una disciplina che integra quella generale dell'art. 182-*bis*".

⁶ È peraltro interessante notare che nello schema di disegno di legge delega della Commissione Rordorf (art. 4.1) si legge che sia i piani attestati di risanamento, sia gli accordi di ristrutturazione dei debiti sia infine le convenzioni di moratoria "vanno incentivati" - tra l'altro - (lettera a) consentendo al debitore, nell'ambito di soluzioni non esclusivamente liquidatorie, di stipulare accordi di ristrutturazione e convenzioni di moratoria "con creditori, anche diversi da banche e intermediari finanziari, rappresentanti almeno il settantacinque per cento dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee, di estenderne gli effetti ai creditori della medesima categoria non aderente ..."; insomma, la tendenza sembra essere quella di estendere la forma speciale degli accordi *ex art. 182-septies l. fall.*, e della convenzione di moratoria, anche a tutti i creditori.

⁷ L. M. Quattrocchio, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 1, critica il testo normativo del D.L. n. 83/2015 perché, nello stesso si parlava di "prevalente indebitamento verso intermediari finanziari", mentre, poco appresso, si chiariva che con ciò s'intendeva che l'ammontare delle esposizioni verso banche ed intermediari finanziari non doveva essere inferiore alla metà. Ma, assai felicemente, in sede di conversione, il bisticcio aritmetico-linguistico è stato risolto, espungendo ogni riferimento alla prevalenza dell'indebitamento, con grande sollievo degli interpreti.

Dal punto di vista soggettivo, occorre, dunque, che l'indebitamento complessivo verso banche ed intermediari finanziari sia almeno pari alla metà del totale dei crediti. Ovviamente, le parole non sono impiegate a caso, ma hanno una precisa accezione giuridica: sono banche⁸ gli istituti, autorizzati all'esercizio dell'attività bancaria, i quali sono iscritti nell'apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia (art. 13 TUB); sono intermediari finanziari i soggetti, parimenti, iscritti nell'apposito albo, tenuto dalla Banca d'Italia, di cui all'art. 106 TUB⁹.

Va considerato che l'attività bancaria e, ancor più, l'attività di intermediazione finanziaria possono, di fatto, essere esercitate anche da soggetti non autorizzati (si parla, in tal caso, di banche di fatto¹⁰, ovvero di intermediari finanziari non autorizzati).

Deve chiedersi se, ricorrendo tale particolare qualità, si possa ritenere applicabile la speciale disciplina dell'art. 182-*septies* l. fall.

La risposta non può che essere negativa: il richiamo alle figure della banca e degli intermediari finanziari non può che riferirsi a quei soggetti che hanno diritto a tale titolo in senso proprio, per essere autorizzati all'esercizio dell'attività bancaria¹¹ e d'intermediazione finanziaria; del resto, anche la stessa disciplina speciale sembra richiedere una particolare qualità dei creditori in parola, come si desume dal richiamo alla buona fede nelle trattative e come del resto può inferirsi dalla considerazione che non avrebbe sostanzialmente senso distinguere fra creditori finanziari e creditori non finanziari se, tra i primi, dovessero essere ricompresi anche operatori non aventi caratteristiche di ufficialità e di regolarità.

Piuttosto, sembra legittimo, sotto il profilo oggettivo, chiedersi se la speciale disciplina abbia per presupposto la natura bancaria o finanziaria dei crediti degli appartenenti al ceto finanziario; se, cioè, le norme speciali trovino applicazione anche nel caso in cui tali soggetti siano titolari di crediti in

⁸ Cfr. art. 1 TUB, recante la rubrica "Definizioni": "Nel presente Decreto legislativo l'espressione: ... b) "banca" indica l'impresa autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria". La definizione è dichiaratamente formulata a fini definitivi nell'ambito del t.u., ma non vi è motivo per non ritenere che, in difetto di espressa diversa definizione normativa, s'intenda riferita ad ogni altro testo normativo.

⁹ Così recita l'art. 106, comma 1, TUB: "L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma è riservato agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti in apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia".

¹⁰ È stata riconosciuta la qualità imprenditoriale, sempre che ricorrano i requisiti della professionalità e dell'organizzazione, all'attività consistente nell'interposizione tra i risparmiatori e coloro che ricorrono al credito (c.d. banca di fatto), con conseguente assoggettabilità alla dichiarazione di fallimento (Cass. 26/05/1967, n. 1160, in *Foro it.*, 1967, I, p. 1139; Cass. 01/07/1969, n. 2410, in *Dir. fall.*, 1970, II, p. 26; Cass. 06/08/1979, n. 4558, in *Giust. civ.*, 1980, II, p. 2256; App. Milano 25/02/1986, in *Fall.*, 1986, p. 689; Trib. Torino 07/01/1988, in *Fall.*, 1988, p. 509; Trib. Roma 20/02/1992, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, II, p. 69; Trib. Milano 10/01/1994, s.m., in *Fall.*, 1994, p. 773).

¹¹ Come nella sopra richiamata definizione di "banca" contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. b), TUB.

origine derivanti da attività diverse da quella bancaria e finanziaria in senso proprio (si pensi a crediti derivanti da operazioni di vendita d'immobili). Ebbene, il disposto è chiaro nel riferirsi all'esistenza di "debiti verso banche", senza che sia possibile da tale qualificazione soggettiva far discendere diversità di regime a seconda che il titolo del credito abbia o meno natura bancaria o finanziaria. Né si vede perché, se una banca abbia crediti di origine diversa verso un determinato creditore, e parte di questi non derivino da operazioni bancarie o finanziarie, per quei crediti si dovrebbe applicare un diverso regime.

La disciplina speciale ha dunque una connotazione soggettiva, indipendente dalla fonte dei crediti di cui trattasi; così come, ad esempio, l'esenzione dalla revocatoria fallimentare nei confronti dell'istituto di emissione (la Banca d'Italia) è interpretata in senso strettamente soggettivo e cioè quale che sia il titolo del credito¹².

Sempre quanto all'aspetto oggettivo, si ripropongono le questioni relative all'individuazione dell'indebitamento complessivo: se vadano, cioè, considerati tutti i crediti, quale ne sia la fonte, se debba tenersi conto dei crediti eventuali, se dei crediti contestati, etc.

In linea di principio, non vi è ragione per deviare dall'interpretazione pressoché unanimemente accolta¹³, secondo cui, negli accordi di ristrutturazione dei debiti, il totale su cui si calcolano le percentuali (degli aderenti, dei non aderenti e, ora, anche dei creditori finanziari in generale e dei creditori finanziari aderenti, in particolare) vada determinato sommando tutti, indistintamente, i crediti¹⁴: quindi, senza distinguere fra privilegiati e chirografari¹⁵, tra scaduti e non ancora scaduti, tra attuali ed eventuali; andranno così considerati anche i crediti contestati, a meno che la contestazione non appaia *prima facie* fondata e la pretesa del tutto inconsistente.

Piuttosto, il dubbio potrebbe porsi in conseguenza dell'impiego da parte del legislatore del termine "impresa", nelle prime parole del comma 1 dell'art. 182-*septies* l. fall. ("quando un'impresa ha debiti..."). L'impiego del

¹² G. Tarzia, *L'azione revocatoria fallimentare*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghia, C. Piccinini e F. Severini, Il vol., Torino, 2010, p. 291. *Contra* G. Corsi, in *Gli effetti del fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso ed E. Gabrielli, vol. III, Torino, 2014, p. 630.

¹³ Cfr. Trib. Ancona 20/03/2014, in *Unijuris*, pubb. 10/07/2014; L. Abete, *La predisposizione del piano attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2014, p. 1017; G.B. Nardecchia, commento ad art. 182-bis, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, II ed., IV vol., Torino, 2014, p. 492; M. Renzulli, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di A. Caiafa, S. Romeo, tomo III, Padova, 2014, p. 180.

¹⁴ Per una trattazione della questione in termini generali, rimandiamo alla parte II, capitolo 3, § 3.

¹⁵ B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, cit., p. 3; L. M. Quattrocchio, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 8.

termine "impresa" in luogo di "imprenditore" potrebbe forse legittimare la tesi per cui i debiti di cui si tratta sono soltanto quelli sorti a seguito dell'esercizio dell'attività d'impresa e che, quindi, in caso d'imprenditore individuale, non si possano considerare, nel monte dei crediti, i debiti di natura personale, se pure nei confronti di banche o intermediari finanziari (ad esempio, il mutuo per l'acquisto della casa di abitazione). Va osservato, al riguardo, che alquanto contraddittoriamente, nel prosieguo dell'articolo, il legislatore adopera il termine "debitore" per ben cinque volte. E, passando a disciplinare la convenzione di moratoria, il legislatore ritorna ad adoperare il termine "impresa", con la qualificazione espressa di "debitrice".

Va ricordato come, all'introduzione nell'ordinamento dell'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti, la disposizione originaria indicasse, quale legittimato a chiedere l'omologazione degli accordi, genericamente il "debitore"¹⁶ (termine successivamente sostituito, con il Decreto correttivo, da quello d'"imprenditore"); e, con tutto ciò, la dottrina non dubitò che il termine fosse impreciso e che agli accordi potessero accedere soltanto gli imprenditori¹⁷. Egualmente, deve ritenersi che l'impiego dei termini "impresa" e "debitore" sia affatto generico; o, per meglio dire, che dallo stesso non sia lecito desumere alcun particolare significato: certamente l'imprenditore che ricorre alla procedura degli accordi è un debitore; e certamente può avere debiti di varia natura ed origine; non ha senso, invocando la parola "impresa", pensare che si debbano - o anche solo si possano - considerare soltanto i debiti di natura non personale (così come, ai fini della dichiarazione di fallimento, e per ciò che riguarda in particolare il superamento dei parametri, si calcolano, nell'indebitamento complessivo, certamente anche i debiti personali e non solo quelli imprenditoriali¹⁸ - ovvero, secondo altra definizione, è indifferente che i debiti siano civili o commerciali)¹⁹.

Né il pur ripetuto impiego del termine "debitore" nell'art. 182-*septies* l. fall. può legittimare la tesi secondo cui agli accordi con creditori finanziari potrebbe ricorrere qualsiasi debitore, indipendentemente dalla sua qualità imprenditoriale: a tale riguardo basti considerare che, se gli accordi ex art. 182-*septies* l. fall. sono un *subgenus* degli accordi di ristrutturazione dei debiti, i presupposti, anche soggettivi, degli stessi non possono essere diversi da quelli prescritti per l'istituto generale: se solo gli imprenditori (legittimati

¹⁶ Rimandiamo, sul punto, alla parte II, capitolo 4, § 1, parte iniziale.

¹⁷ Per tale questione, rimandiamo al capitolo 4, § 1.

¹⁸ Cfr. App. Torino 07/10/2010, in *Il Caso.it*, pubb. 11/07/2011, decisione con la quale è stato rigettato il reclamo avverso sentenza dichiarativa di fallimento, proposto allegando che un certo debito di garanzia verso una banca doveva considerarsi personale, in quanto assunto quale fideiussore di una società di capitali di cui il debitore era stato liquidatore, e dunque relativo ad attività precedente a quella svolta nell'attualità.

¹⁹ Cass. 04/06/2012, n. 8930, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, p. 729.

al concordato preventivo) possono accedere agli accordi di ristrutturazione dei debiti, solo questi stessi imprenditori possono avvalersi degli accordi di ristrutturazione con creditori finanziari.

Dal punto di vista della struttura negoziale e della formalizzazione delle intese con i creditori finanziari, non può eludersi la questione se gli accordi ex art. 182-*septies* l. fall. si caratterizzano per l'unicità del contratto ovvero se, conformemente a quella che è l'interpretazione prevalente per gli accordi di ristrutturazione ordinari, sia ben possibile la **stipulazione di più accordi**, separati, con singoli creditori o gruppi di creditori (sul punto, per l'istituto in generale, cfr. parte II, capitolo 1, § 3).

La questione merita di essere esaminata perché non è mancato, in dottrina, chi ha sostenuto che, a differenza di quanto si ammette nell'accordo di ristrutturazione generale, per l'istituto di cui all'art. 182-*septies* l. fall. "è necessario che l'imprenditore raggiunga con i creditori un solo ed unico accordo"²⁰. La tesi si basa sull'affermazione per cui, ove fosse consentito al debitore stipulare accordi diversi, su base personale, l'estensione degli effetti ai creditori estranei, e pure vincolati dall'accordo, sarebbe del tutto arbitraria.

Si può convenire sul punto che, certamente, non è in facoltà del debitore di decidere se estendere, ai creditori non aderenti, arbitrariamente, questo o quell'accordo, separato e diverso. Detto questo, non si vede perché, in presenza di più categorie di creditori, non sia possibile - fermo comunque l'obbligo di trattative avviate e svolte in buona fede - stipulare accordi separati con i creditori delle varie categorie; e, nel caso in cui vengano presi accordi diversi con i creditori aderenti (appartenenti o meno alla stessa categoria), è ben possibile considerare l'estensione degli effetti dell'accordo più favorevole ai creditori aventi le stesse caratteristiche.

Deve infine tenersi per fermo che l'accesso all'accordo di ristrutturazione con i creditori finanziari è una facoltà che l'ordinamento riconosce all'imprenditore²¹; in altri termini, non ogni qualvolta vi siano accordi di ristrutturazione in cui il totale dei crediti di banche e di intermediari finanziari rappresenti almeno il 50% del totale complessivo, si dovranno necessariamente applicare le norme di cui all'art. 182-*septies* l. fall.; il debitore può, ricorrendone i presupposti

²⁰ L. Varotti, *Articolo 182-septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in *Il Caso.it*, pubb. 18/08/2015, p. 7.

²¹ E la *ratio* dell'istituto va certamente individuata nella volontà di far sì che vengano superate le resistenze di quei creditori (spesso minori) che, approfittando del fatto di poter condizionare la realizzazione degli accordi presi dagli altri, costringono il debitore (e talora gli stessi altri creditori) all'adempimento integrale (c.d. *free riders*); in tal senso cfr. L. M. Quattrocchio, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 5; A. Bombardelli, commento all'art. 182-*septies*, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, Torino, 2015, p. 305.

e le condizioni, dar corso al procedimento speciale; ma è una sua facoltà²², non un effetto legale delle caratteristiche della composizione del monte dei crediti: che egli possa - e non debba - avvalersi dell'istituto speciale si ricava, innanzi tutto, dal tenore letterale della disposizione, secondo cui "... con il ricorso di cui al comma 1..., il debitore può chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti..."; e, ulteriormente, dalla considerazione, sistematica, per cui non sempre, e non necessariamente, il debitore dovrebbe volere e potere accedere a un accordo con creditori finanziari. Il debitore potrebbe non volerlo, per non mettere a conoscenza di notizie riservate indifferentemente tutti i creditori finanziari, ma soltanto alcuni; oppure potrebbe non voler accedere ad accordi *ex art. 182-septies l. fall.* essendo, ad esempio, il trattamento riservato ai creditori non aderenti deteriore rispetto a quello delle alternative concretamente praticabili, nel qual caso, il debitore rischierebbe, assai seriamente, di non poter ottenere l'omologazione degli accordi; infine, egli potrebbe voler evitare vizi procedurali, quali l'irregolare formazione delle categorie o il mancato rispetto delle norme in tema di trattative.

2. LA DISCIPLINA SPECIALE

Gli accordi con creditori finanziari presentano, oltre alle già richiamate particolarità in termini di presupposti, una disciplina particolare per ciò che riguarda il trattamento riservato agli stessi creditori finanziari, in presenza di determinate condizioni.

Tale specialità degli effetti è strettamente connessa alla peculiarità degli aspetti procedurali; essa può riassumersi, fondamentalmente, nell'affermazione per cui il raggiungimento di accordi con almeno il 75% dei creditori finanziari comporta l'estensione degli effetti anche ai creditori finanziari non aderenti²³. Mette conto precisare, esplicitamente, che la facoltà di estendere gli effetti degli accordi raggiunti con la percentuale qualificata dei creditori finanziari

²² Cui egli può ricorrere per vincere la resistenza di creditori finanziari che intendano approfittare del possibile effetto interdittivo derivante dalla mancata adesione (è il noto problema dei c.d. *free riders*). La norma è stata salutata con favore dal dott. Luciano Panzani, Presidente della Corte d'Appello di Roma, nel corso dell'audizione svoltasi il 06/07/2015, avanti la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati nell'ambito della indagine conoscitiva relativa all'esame del disegno di legge C.3201, di conversione in legge del D.L. n. 83/2015 (poi convertito in L. 06/08/2015, n. 132). Per il resoconto stenografico: http://www.camera.it/leg17/1079?idLegislatura=17&tipologia=indag&sottotipologia=c02_fallimentare&anno=2015&mese=07&giorno=06&idCommissione=02&numero=0001&file=indice_stenografico.

²³ Nella previsione del testo originario del D.L. n. 83/2015, l'adesione della speciale percentuale dei creditori finanziari comportava, altresì, che l'intero totale dei crediti facenti capo a banche e intermediari finanziari dovesse considerarsi aderente all'accordo, e ciò al fine del raggiungimento della percentuale del 60% degli aderenti. La disposizione è stata espunta in sede di conversione, essendo apparsa immotivata la regola per cui dovevano considerarsi aderenti anche coloro che aderenti non erano.

aderenti riguarda esclusivamente i creditori bancari e finanziari in genere, non tutti gli altri creditori²⁴, ai quali continua ad applicarsi la regola generale degli accordi, che distingue i creditori tra aderenti e non aderenti; per quest'ultimi, le intese raggiunte dagli altri creditori costituiscono *res inter alios acta*.

Va sottolineato che gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari presentano una peculiarità assoluta: essi sono vincolanti, a condizione del raggiungimento di adesioni da parte della percentuale qualificata prevista, anche nei confronti dei creditori finanziari non aderenti; si tratta di un'evidente deroga alla previsione dell'art. 1372 c.c.²⁵, al punto che lo stesso legislatore si è ritenuto in dovere di espressamente dichiarare che gli effetti degli accordi si producono anche nei confronti dei terzi "in deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c."; e cioè deviando, innanzi tutto, rispetto alla regola per cui, se il contratto "ha forza di legge tra le parti", ciò, a contrario, significa che esso non può produrre alcun effetto nei confronti dei terzi, per il principio tanto evidente quanto indiscutibile che nessuno può disporre dei diritti degli altri²⁶.

Quanto al richiamo all'art. 1411 c.c., esso pare meno persuasivo: è vero che nel contratto a favore di terzi gli effetti di questo si producono in capo al terzo già per effetto della stipulazione; ma è altresì vero che il terzo può dichiarare di non volerne profittare, ed, in tal caso, non si produce effetto veruno²⁷; e, di più, è palese che si tratta di una vicenda diversa: nel contratto a favore di terzi, "il terzo acquista il diritto contro il promittente"; per effetto degli accordi di ristrutturazione, i terzi, di solito, non acquistano diritti, bensì, di regola, vi rinunziano, in tutto o in parte²⁸; forse, il riferimento all'art. 1411 c.c. può

²⁴ A. Bombardelli, commento all'art. 182-septies, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, cit., p. 305.

²⁵ B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, cit., pp. 5-6, parla di "eterodeterminazione della volontà negoziale", richiamando la disciplina degli artt. 1419, 1420 e 1339 c.c. in tema d'inserzione automatica di clausole, salvo osservare, poi, che il fenomeno è diverso perché qui non è la volontà delle parti che viene normativamente piegata; piuttosto, la parte subisce gli effetti di un contratto ch'essa non ha voluto.

²⁶ *Contra* L. Varotti, *Articolo 182-septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 3, secondo cui non si sarebbe in presenza di una deroga all'art. 1372 c.c., quanto dell'applicazione del principio di maggioranza. In realtà, non può negarsi che la norma si spieghi sulla base del principio che la volontà della comunità involontaria dei creditori finanziari si forma "a maggioranza", così come a maggioranza si forma la volontà delle assemblee delle società e dei condomini; ciò non di meno, se gli accordi hanno natura negoziale, pare difficile contestare che si sia in presenza di negozi i cui effetti si producono anche nei confronti di terzi ed anche contro la loro volontà.

²⁷ In base al broccardo *nemo invitus locupletari potest*: cfr. Cass. 11/07/2013, n. 17200, in *Guida dir.*, 2013, 36, p. 96 (s.m.).

²⁸ In tal senso N. Nisivocchia, in R. Marinoni, N. Nisivocchia e C. Santoriello, *Decreto giustizia: le novità in materia fallimentare*, e-book, 2015, Wolters Kluwer, pp. 48-49, il quale osserva che il riferimento all'art. 1411 c.c. pare meno pertinente (rispetto a quello all'art. 1372 c.c.), perché gli accordi i cui effetti si chiede siano estesi agli estranei sono piuttosto "a svantaggio dei terzi, anziché a loro favore".

intendersi se si pone mente agli impegni (di adempimento, di concessione di garanzie, etc.) che il debitore prende nei confronti dei creditori finanziari in genere, e, quindi, anche nei confronti dei non aderenti.

S'impongono alcune precisazioni.

In primo luogo, affinché si possano estendere gli effetti dell'accordo raggiunto con almeno il 75% dei creditori finanziari anche a coloro che non abbiano aderito, è necessario che sia assolta una triplice condizione: innanzi tutto, che i creditori, cui l'accordo si estende, abbiano posizione giuridica ed interessi economici omogenei; in secondo luogo, che tutti i creditori finanziari siano stati informati dell'avvio delle trattative e che siano stati posti in condizione di parteciparvi "in buona fede"; in terzo luogo, che il trattamento riservato ai creditori finanziari non aderenti, cui si chiede che vengano estesi gli effetti dell'accordo, non sia deteriore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Quindi, non è sufficiente che l'imprenditore si accordi con la percentuale qualificata dei creditori finanziari per poter chiedere che gli effetti degli accordi presi si estendano anche agli altri: è necessario che gli estranei siano in una posizione giuridica ed abbiano interessi economici non differenti, che l'imprenditore abbia informato tutti i creditori finanziari e, infine, che abbia consentito a loro, tutti, di partecipare in buona fede alle trattative.

Tutte e tre tali condizioni debbono essere puntualmente rispettate, considerato che l'accordo, in tal caso, produce effetti anche nei confronti dei non aderenti, in dichiarata ed esplicita deroga dell'art. 1372 c.c. (e dell'art. 1411 c.c.): il legislatore ha quindi preteso che i creditori che potenzialmente sono destinati a subire gli effetti di un accordo preso da altri siano almeno stati resi partecipi dell'iniziativa, siano stati muniti del corredo informativo necessario e, infine, siano stati posti in condizione di partecipare alle trattative.

La sanzione, nel caso in cui non sia stata data - a tutti i creditori finanziari - adeguata informazione circa le trattative e consentito di parteciparvi pienamente, è il rifiuto dell'omologazione ad opera del Tribunale²⁹.

Un approfondimento si palesa necessario.

Innanzitutto, che tutti i creditori debbano essere informati dell'avvio dell'*iter* negoziale, che debbano essere invitati a parteciparvi, e che, infine, debba essere loro consentito di poter interloquire e trattare in buona fede, non significa, come una dottrina ha sostenuto, che debba intendersi che tutto ciò debba svolgersi e il risultato raggiungersi "nell'ambito di una riunione o adunanza, semplificata e priva di qualsiasi controllo giurisdizionale, che

²⁹ In tal 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 *Il Fallimentarista*, pubb. 29/06/2015, p. 7.

deve aver luogo tra creditori della classe e debitore³⁰. La legge non prescrive che debba convocarsi alcuna adunanza, di alcuna forma; la legge prescrive che i creditori finanziari siano adeguatamente informati; che essi debbano poter interloquire e trattare; che tutto ciò debba svolgersi con chiarezza ed in buona fede; ma non sta scritto in alcuna disposizione che tutto ciò debba svolgersi attraverso riunioni o comunque nell'ambito e all'esito di riunioni; certo, possono essere convocate e saranno normalmente convocate riunioni; ma le intese, soprattutto nel caso di debitori con un numero ristrettissimo di creditori finanziari, ben potranno svolgersi attraverso colloqui individuali ovvero mediante scambi di corrispondenza, fermo restando che dev'essere assicurata la trasparenza e la correttezza³¹.

In secondo luogo, per ciò che riguarda la **"buona fede"** richiamata dalla norma: secondo il tenore letterale, la stessa sembrerebbe richiesta ai creditori finanziari; ma è evidente che la buona fede non può essere pretesa unilateralmente da loro, ma che la buona fede (il cui richiamo è stato letto in dottrina come non particolarmente chiaro)³² è un requisito della conduzione delle trattative, il cui difetto comporta, anche secondo l'ordinamento generale, conseguenze in capo a chi venga meno a tale obbligo³³; così, in particolare, l'interruzione delle trattative senza giustificato motivo comporta responsabilità di natura precontrattuale³⁴. Verosimilmente, la buona fede qui richiesta³⁵ è quella che si esige dalle parti appunto nelle trattative e che impone di fornire, se richiesti, tutte le informazioni necessarie e di non tacere circostanze rilevanti ai fini della conclusione dell'accordo o della sua esecuzione³⁶.

³⁰ Così L. Varotti, *Articolo 182-septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 7. Adesivamente A. Bombardelli, commento all'art. 182-septies, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, Torino, 2015, p. 307.

³¹ Adesivamente A. Bombardelli, commento all'art. 182-septies, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, Torino, 2015, p. 307.

³² In tal 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"*, cit., p. 6, parla di "oscura fraseologia", osservando che il legislatore verosimilmente intende che il debitore debba, ove i creditori dimostrino interesse concreto, porre gli stessi nella condizione di poter effettivamente e fattivamente partecipare alle trattative volte al raggiungimento degli accordi.

³³ L'obbligo di comportarsi secondo (correttezza e) buona fede nelle trattative comporta la responsabilità c.d. precontrattuale, ex art. 1337 c.c., anche in capo alla PA (cfr., tra le più recenti, Cons. Stato 18/03/2014, n. 1334, in *Foro amm.*, 2014, p. 833 (s.m.).

³⁴ Cass. 26/02/2013, n. 4802, in *Guida dir.*, 2013, 16, p. 50 (s.m.); Cass. 29/03/2007, n. 7768, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 694; Cass. 07/02/2006, n. 2525, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 318.

³⁵ A. Bombardelli, commento all'art. 182-septies, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, cit., p. 306, nota 5 afferma che "al termine "buona fede" sembrerebbe attribuirsi un significato oggettivo, nel senso che le parti devono modellare il proprio comportamento alle regole di lealtà, onestà e correttezza ..."

³⁶ Cfr. Cass. 08/10/2008, n. 24795, in *Giust. civ.*, 2010, p. 149;

Altro requisito preteso dalla legge per l'omologazione è che i creditori non aderenti, affinché gli effetti dell'accordo siano loro estesi, "abbiano posizione giuridica" omogenea con quella degli altri creditori, aderenti, e che abbiano interessi economici omogenei, sempre rispetto agli aderenti.

I concetti di omogeneità di "posizione giuridica" e di "interessi economici", se pure oggetto di approfondimento sia dottrinale che giurisprudenziale nell'ambito del concordato preventivo, non sono di facile e piana applicazione³⁷. Per **posizione giuridica** può farsi riferimento, innanzi tutto, al rango del credito³⁸, ma altresì alla sua condizione: non hanno la medesima posizione giuridica i crediti accertati in forza di un provvedimento giudiziale definitivo, i crediti muniti di titolo esecutivo³⁹, i crediti riconosciuti, i crediti illiquidi, i crediti eventuali o condizionali, i crediti contestati. Così, è perfettamente plausibile distinguere tra crediti nei cui confronti non sono sollevate questioni di sorta circa il loro rango ed il loro ammontare ed i crediti di cui, ad esempio, si contesti il privilegio, ovvero l'ammontare ovvero la stessa esistenza o, infine, la revocabilità del titolo (e quindi del credito stesso) nel caso di successivo fallimento (per l'ipotesi d'insuccesso della soluzione concordataria proposta). Quanto agli **interessi economici**, l'omogeneità degli stessi si riferisce, da un lato, all'esistenza o meno di aspettative di soddisfazione in forza di garanzie di terzi⁴⁰; ovvero alla prospettiva di prosecuzione dei rapporti⁴¹ (in particolare, nell'ipotesi di concordato con continuità); ovvero, avuto riguardo all'entità del credito⁴² (crediti di importo minuto ovvero di importo ingente); ovvero infine

³⁷ B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, cit., p. 7, per discriminare tra i vari crediti, si richiama all'esistenza o meno di garanzie reali o personali ovvero alla natura causale del credito (e cioè alla forma tecnica: apertura di credito, anticipazione, etc.). L. M. Quattrocchio, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 10 ipotizza diverse possibili "classi", quali quella dei creditori assistiti da identici titoli di prelazione; ipotecari con lo stesso grado; chirografari con "fonti causalmente simili (ad esempio, ... da apertura di credito ...)".

³⁸ Ovvero il "grado di protezione del credito" (G. Jachia, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, III vol., Torino, 2009, p. 1605). È ben chiaro che non vi è identità di posizione giuridica tra i creditori privilegiati, considerati sotto questo profilo come un'unica categoria, ma che occorre distinguere secondo il grado del privilegio e quindi anche tenendo conto dell'aspettativa economica: cfr. Trib. Pavia 08/10/2008, in *Il Caso.it*, pubb. 27/10/2008 e Trib. Mantova 30/10/2008, in *Dir. fall.*, 2009, II, p. 66.

³⁹ G. Jachia, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, cit., p. 1605.

⁴⁰ Trib. Milano 04/12/2008, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 332; in *Fall.*, 2009, p. 423 e in *Il Caso.it*, pubb. 10/11/2009, secondo cui i crediti assistiti da garanzie di terzi dovrebbero necessariamente essere collocati in una classe distinta rispetto agli altri crediti chirografari.

⁴¹ P. Catalozzi, *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, in *Fall.*, 2009, p. 583 giustamente osserva che tali creditori saranno disponibili ad accettare ristrutturazione dei propri crediti a fronte di un mantenimento dei rapporti contrattuali con l'impresa debitrice, costituente "un valore in sé".

⁴² G. Jachia, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, cit., p. 1605.

alla qualità dei creditori (banche, finanziatori, fornitori, amministratori⁴³, etc.); è infine possibile discriminare tra i creditori avuto riguardo ad altri criteri ancora, quali l'antichità o meno del credito, l'oggetto della prestazione resa (di merce o di servizi), la natura nazionale o estera del creditore⁴⁴.

Va condivisa l'opinione secondo cui l'omogeneità deve riguardare tanto la posizione giuridica quanto gli interessi economici; occorre cioè, per potersi affermare l'omogeneità ed ammettere quindi la collocazione nella stessa classe (nel concordato preventivo) ovvero nella stessa categoria (negli accordi con intermediari finanziari) che i creditori condividano tanto l'una che gli altri⁴⁵.

Com'è ben comprensibile, l'identità (o almeno l'omogeneità) della posizione giuridica e degli interessi economici andrà considerata in concreto ed è evidente che, d'ordinario, i creditori finanziari, collettivamente, avranno diversità di posizioni giuridiche e di interessi economici. Questo spiega la previsione della costituzione di categorie di creditori; sul punto, rimandiamo al paragrafo che segue.

Parimenti, la questione della condizione per cui i creditori non aderenti non potranno essere trattati in condizione deteriore rispetto alle alternative concretamente praticabili sarà trattata nel successivo § 4.

Quanto alla questione delle **alternative concretamente praticabili**, deve porsi il quesito se l'alternativa vada valutata mettendo a confronto la proposta concordataria con tutte le soluzioni astrattamente possibili (ipotesi concordatarie; esecuzioni individuali; fallimento)⁴⁶ o se debba farsi riferimento soltanto alle alternative cui sia possibile fare ricorso immediatamente, in concreto⁴⁷ (ad esempio, essendo già pendente un'esecuzione individuale). La soluzione più ampia sembra la preferibile: in tanto è ammissibile che i creditori che non hanno aderito all'accordo ne subiscano gli effetti in quanto la coartazione del loro diritto - e la stessa, astrattamente possibile, violazione del principio della *par condicio creditorum* - siano temperati dalla preservazione della loro aspettativa di soddisfazione, che non dovrà essere inferiore a quella

⁴³ Per la legittimità di un concordato che prevede la distinzione dei creditori chirografari in due classi, di cui la prima composta da fornitori di merci e servizi, comprese le banche, e la seconda dagli amministratori, cfr. Trib. Messina 29/12/2005, in *Fall.*, 2006, p. 678.

⁴⁴ Per tutte tali ulteriori ipotesi, cfr. G. Bozza, *La facoltatività della formazione delle classi*, (nota a Trib. Milano 04/12/2008), in *Fall.*, 2009, p. 426, secondo cui ogni caratteristica razionale distintiva potrebbe legittimamente fondare la formazione di un'apposita classe, escludendosi soltanto i criteri assolutamente irrazionali e capricciosi.

⁴⁵ L. Abete, *Tipicità delle cause di prelazione e strumenti di formazione dei privilegi fattuali*, in *Fall.*, 2008, p. 1007, che osserva che la congiunzione "e" impone tale lettura.

⁴⁶ A. Bombardelli, commento all'art. 182-septies, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, cit., p. 316 sembra inclinare in tal senso; L. M. Quattrocchio, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 14 parla di "altre soluzioni, siano esse concorsuali o meno".

⁴⁷ In questo senso interpreta il termine "concretamente" F. Lamanna, *Il c.d. Decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, pp. 7-8.

che, ragionevolmente, essi avrebbero potuto comunque attendersi in forza di qualsiasi altra soluzione.

Ovviamente, la comparazione tra alternative impone di vagliare compiutamente, in altri termini facendo una previsione che tenga conto della diversità tra le varie soluzioni; in tal guisa, se, ad esempio, si valuta l'alternativa fallimentare, si devono considerare gli esiti delle eventuali azioni della massa (ma, al contempo, del possibile effetto finanziario della dilatazione dei tempi di realizzo), simulando in via prognostica l'esito dei riparti⁴⁸.

Deve escludersi che nella relazione dell'attestatore debba prendersi posizione in ordine al presupposto della soddisfazione in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili⁴⁹. Nessuna disposizione espressa lo prevede, e, in difetto, non sembra che possano ritenersi applicabili se non le disposizioni generali dell'art. 182-*bis* l. fall.

3. LE CATEGORIE E IL TRATTAMENTO DEI NON ADERENTI

L'art. 182-*septies* l. fall. prevede, testualmente, che "l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis* può individuare una o più categorie tra i creditori di cui al comma 1 che abbiano posizione giuridica ed interessi economici omogenei".

Innanzitutto, la nozione di "categoria", per quanto di nuova introduzione, non lascia spazio a dubbi sostanziali: essa va assimilata a quella di classe⁵⁰ e alla elaborazione giurisprudenziale e dottrinale formatasi nell'ambito del concordato preventivo può senz'altro farsi riferimento quanto meno per i principi generali e le regole applicative principali, nei limiti della compatibilità⁵¹.

⁴⁸ A. Bombardelli, commento all'art. 182-*septies*, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, cit., p. 316.

⁴⁹ In termini dubitativi, L. M. Quattrocchio, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 15.

⁵⁰ Per L. Varotti, *Articolo 182-septies. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, cit., p. 6, il termine "categoria" "corrisponde esattamente alla classe del concordato preventivo". B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, cit., p. 7, parla di "costruzione simile"; secondo F. Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il Decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento*, cit., p. 3, nell'istituto il legislatore avrebbe fatto "ricorso al sistema delle classi, anche se... le ha questa volta chiamate - aristotelicamente - 'categorie'"; L. M. Quattrocchio, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 9 e *passim*, impiega il termine "categorie" accompagnandolo dalla precisazione "(rectius classi)"; A. Bombardelli, commento all'art. 182-*septies*, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, Torino, 2015, p. 305, nota 3, afferma che "non si comprende perché il Legislatore abbia optato per l'utilizzo del termine "categoria" ovviamente equiparabile a quello di "classe".

⁵¹ Nei limiti di compatibilità, perché è evidente che certe regole dettate (o elaborate) in tema di classi del concordato preventivo non possono trovare applicazione negli accordi di ristrutturazione; così, ad esempio, la regola per cui "o esistono classi per tutti oppure non esistono per alcun creditore" (M. Ferro,

Va detto che il testo letterale dell'articolo non è dei più felici: così come formulato⁵², sembrerebbe che la previsione di possibili categorie di creditori sia una figura cui il debitore può ricorrere indifferentemente in tutte le ipotesi di accordi di ristrutturazione dei debiti (il richiamo all'art. 182-*bis* l. fall. potrebbe fornire un argomento, pur debole, per una tale lettura).

In senso contrario, la possibilità di costituire categorie connotate da omogeneità di posizione giuridica e di interessi economici, in tanto ha un senso, in quanto tutti i creditori che appartengano alla stessa categoria abbiano un trattamento differenziato rispetto a quello riservato agli appartenenti delle altre categorie e, tale diverso trattamento applicato, si estenda anche ai non aderenti. Se questa è la regola, si vede bene che essa può trovare applicazione solo nell'accordo con creditori finanziari: è solo nell'accordo *ex art. 182-septies* l. fall. che è possibile, mediante la creazione di più categorie, assegnare a creditori non aderenti il medesimo trattamento riservato a creditori aderenti. Nell'ordinario accordo *ex art. 182-bis* l. fall., non ha senso sostanziale prevedere categorie (se non a scopo meramente informativo dei creditori con cui si tratta, per illustrare loro i termini del possibile accordo), posto che, anche nel caso di stipulazione di una pluralità di accordi, si è comunque in presenza di negozi stipulati dal debitore con ciascun creditore aderente.

Ma gli errori di tecnica legislativa non si arrestano qui: la disposizione si riferisce alla possibilità d'individuare "una o più categorie".

Ora, non si capisce bene (anzi, non si capisce affatto) che senso abbia formare una categoria unica per tutti i creditori finanziari. Se, seguendo la costruzione teorica operata in tema di classi, si ritiene che per categoria debba intendersi un raggruppamento di creditori che abbiano omogeneità di posizione giuridica e di interessi economici, e se, secondo l'interpretazione preferibile, la creazione di tali categorie si giustifica per l'attribuzione, ai componenti delle diverse categorie, di trattamenti diversi⁵³, allora si vede bene che la

sub voce Classe dei creditori, in Le insinuazioni al passivo, a cura di M. Ferro, Padova, 2010, pp. 177-180) non si applica negli accordi, a meno che non ci si riferisca esclusivamente ai creditori finanziari.

⁵² Art. 182-*septies*, comma 2: "L'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis* può indicare una o più categorie ...".

⁵³ Trib. Latina 30/07/2012, in *Il Caso.it*, pubb. 03/09/2012. *Contra* Trib. Bergamo 29/11/2012, in *Il Fallimentarista* e in *Il Caso.it*, pubb. 11/02/2013, sulla base della motivazione che le distinte classi corrisponderebbero a diversi interessi e posizioni giuridiche. Ma non è questo il punto: la diversità di posizioni giuridiche e interessi economici costituisce il titolo giustificativo della diversità di trattamento, non viceversa. In dottrina, parimenti *contra* M. Fabiani, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fall.*, 2009, p. 441; G.B. Nardecchia, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, (nota a Corte cost. 12/03/2010, n. 98), in *Giur. comm.*, 2011, p. 89; A. Penta, *Obbligatorietà o facoltatività nel "classamento" dei creditori e carattere autonomo o dipendente della transazione fiscale*, (nota a Trib. Roma 27/01/2009), in *Fall.*, 2010, p. 235; G. Bozza, *La facoltatività della formazione delle classi*, cit., p. 425; R. Sacchi, *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra*

creazione di un'unica categoria è priva di qualsiasi giustificazione logica: a che fine costituire un'unica categoria se, per definizione, gli appartenenti alla stessa categoria non possono avere trattamenti diversi?

Vi è una sorta di coazione a ripetere, di *conventional wisdom*, che, come una sorta di fantasma di Banquo, sistematicamente emerge nelle riflessioni della dottrina allorquando ci si imbatte nella nozione di classe ovvero (posto che la differenza è soltanto terminologica)⁵⁴ di categoria. E tale convinzione inestirpabile (sulla cui origine molto vi sarebbe da considerare) è che le classi, così come le categorie, siano necessarie.

È noto il dibattito che lungamente si è sviluppato in materia di concordato preventivo sulla necessità di formazione di classi, dibattito che si è protratto, con contributi di grandissimi studiosi⁵⁵ a favore della tesi della necessità, sino a quando la Corte Costituzionale non è intervenuta per affermare che la formazione di classi era una facoltà⁵⁶, e non un obbligo⁵⁷, e che, pertanto, era il debitore a dover decidere se suddividere i creditori in classi.

creditori e sindacato dell'Autorità giudiziaria, in *Fall.*, 2009, allegato 1, p. 30. Gli ultimi due Autori invocano l'argomento testuale che l'art. 160, comma 1, lett. c) e d) prevede - in termini di facoltatività - tanto la formazione di classi quanto "trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse"; quindi, sarebbe possibile formare classi distinte ed attribuire ai creditori delle classi diverse lo stesso trattamento. In senso contrario, andrà osservato, da un lato, che il dato testuale, non pare dirimente (non sarebbe la prima volta che i termini letterali risultano ingannevoli); e, soprattutto, che il fondamento dell'istituto delle classi è proprio quello di agevolare il raggiungimento delle maggioranze assicurando trattamenti differenziati, proprio perché questo rende meno onerosa, per il debitore, la soluzione concordataria; non si vede lo scopo della formazione di classi diverse, se il trattamento è eguale.

⁵⁴ Richiamiamo quanto affermato all'inizio di questo § 3 e alla prima nota dello stesso.

⁵⁵ M. Fabiani, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, cit., p. 437, *passim*. A favore dell'obbligatorietà della formazione delle classi anche R. Sacchi, *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'Autorità giudiziaria*, cit., p. 34. Trib. Biella 23/04/2009, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 332, in *Giur. mer.*, 2009, p. 1888; in *Fall.*, 2010, p. 43 (*sub data* 27/04/2009) e in *Il Caso.it*, pubb. 25/02/2010.

⁵⁶ Corte cost. 12/03/2010, n. 98, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 78.

⁵⁷ Per tale tesi, cfr. Cass. 10/02/2011, n. 3274, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 276, e in *Il Caso.it*, pubb. 26/04/2011; App. Torino 21/05/2013, in *Unijuris.it*, pubb. 02/07/2013; Trib. Monza 07/04/2009, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 332 e in *Il Caso.it*, pubb. 09/03/2010 (in cui il Tribunale ha invitato il proponente a formare un'apposita classe di erogatori di credito). La facoltatività della formazione delle classi è stata affermata nella quasi immediatezza della riforma da L. Stanghellini, *Creditori "forti" e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2006, p. 386. Sul punto, vedi anche S. Ambrosini, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Dir. fall.*, 2010, I, p. 563, e, almeno nel caso in cui i creditori versino in condizioni disomogenee quanto alla loro posizione giuridica ovvero ad interessi economici, ritenendo in siffatto caso ricorrere una condotta abusiva del debitore sanzionabile dal Tribunale mediante la valutazione di correttezza circa la formazione delle classi, P. Catalozzi, *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, cit., p. 589. In senso contrario, basti osservare che, se si condivide l'affermazione che la formazione di classi è un istituto introdotto a beneficio del debitore, per agevolare il raggiungimento delle maggioranze nelle procedure concordatarie, appare contraddittorio affermarne l'obbligatorietà ed interpretarlo come a tutela dei creditori.

Sconfitta sul campo di battaglia del concordato preventivo, la tesi secondo cui "il classamento dei creditori interessati" sarebbe obbligatorio⁵⁸ costituirebbe l'"unica opzione ammissibile"⁵⁹, rispunta in tema di accordi di ristrutturazione con creditori finanziari.

Da che cosa si desuma che la formazione di categorie sia l'"unica opzione ammissibile", non è chiaro.

Certamente, non dalla Raccomandazione della Commissione Europea del 12/03/2014, che, per gli accordi di ristrutturazione, invita gli Stati membri a consentirne l'adozione anche solo da parte di "determinati tipi o classi di creditori, a condizione che gli altri creditori non siano coinvolti"⁶⁰: è evidente che si tratta di un invito a consentire l'esercizio di una facoltà, non a prefigurare come obbligatoria la costituzione di classi.

Né ha rilievo sostanziale il riferimento alle norme che impongono al Tribunale di verificare che le banche e gli intermediari finanziari cui il debitore chiede siano estesi gli effetti dell'accordo abbiano omogeneità di posizione giuridica e di interessi economici rispetto a quello delle banche aderenti⁶¹: infatti, il rispetto dei criteri circa la formazione delle categorie in tanto assume rilievo in quanto le categorie siano state formate.

In conclusione, sul punto, dovrebbe valere il principio che la suddivisione dei creditori in classi ovvero in categorie è una facoltà che viene accordata al debitore, per consentirgli la soluzione della crisi ad un costo inferiore - tendenzialmente - rispetto a quello che dovrebbe assumersi se non fosse possibile suddividere i creditori mediante regolazione differente del trattamento loro riservato.

Dedurre da quella che, letteralmente, è una facoltà accordata al debitore (lo ricordiamo: "... può individuare... categorie tra i creditori...") un vero e proprio obbligo è non solo contrario alla lettera della legge, ma alla sua stessa *ratio*, che è quella di agevolare gli accordi e di consentirne l'omologazione, ciò che - non necessariamente - passa attraverso la formazione di più categorie di creditori (perché ciò può esporre il debitore a dubbi di regolarità della procedura e quindi riverberarsi in rischi in sede di omologazione, dubbi e

⁵⁸ A. Bombardelli, commento all'art. 182-septies, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, cit., p. 314 dà per scontata "l'obbligatorietà delle classi"; L. M. Quattrocchio, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 9; B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, cit., p. 8.

⁵⁹ R. Ranalli, *Speciale Decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, cit., p. 2.

⁶⁰ Argomento citato da R. Ranalli, *Speciale Decreto "Contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, cit., p. 2.

⁶¹ L. M. Quattrocchio, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 9.

rischi che l'imprenditore può, semplicemente, evitare attraverso la mancata formazione di categorie distinte).

Né ha pregio l'argomento per cui, in presenza di posizioni diseguali, la formazione di categorie s'imporrebbe come necessaria, giacché; diversamente, si assisterebbe ad una violazione del principio di eguaglianza, per cui, a posizioni giuridiche diverse corrisponderebbero trattamenti diversi⁶². Il ragionamento è il seguente: se a tutte le banche non aderenti si estende il trattamento delle banche aderenti, senza utilizzare lo strumento delle categorie, si potrebbe verificare che posizioni differenziate possano finire per subire trattamenti eguali, con evidente violazione del principio di eguaglianza. Ma qui, con il dovuto rispetto per l'illustre Autore, il principio di eguaglianza non c'entra in alcun modo. Ed anche qui il presupposto (erroneo) da cui muove il ragionamento è che le categorie siano un istituto ideato a vantaggio dei creditori; mentre, come le classi, esso è stato pensato a vantaggio del debitore. Se il principio di eguaglianza dovesse applicarsi come suggerito, si dovrebbe allora dire che, ad esempio, tra creditori privilegiati degradati di gradi diversi non sarebbero ammissibili trattamenti differenziati; lo stesso sistema delle classi, nel concordato preventivo, alla fine, non sarebbe ammissibile, perché il trattamento differenziato di creditori che, di per sé, ex art. 2741 c.c., dovrebbero avere riservato lo stesso trattamento, non sarebbe ammissibile; per non parlare delle deroghe dei pagamenti di creditori anteriori ex art. 182-*quinquies* l. fall. In realtà, ciò che la legge impone sono due requisiti distinti e concomitanti: che il trattamento non sia diverso rispetto a quello degli aderenti; e che tale trattamento non sia deteriore rispetto a quello delle alternative concretamente praticabili.

Passando alla enucleazione della nozione di categorie, va ribadito che tale termine va considerato sostanzialmente analogo a quello di classi nel concordato preventivo, come desumibile dalla stessa previsione secondo cui le categorie - come le classi - vanno formate collocando nel medesimo segmento creditori che "abbiano posizione giuridica ed interessi economici omogenei", locuzione che si presenta identica a quella prevista per le classi del concordato preventivo.

Valgono, quindi, le elaborazioni della giurisprudenza e della dottrina formatesi in tema di concordato preventivo; l'osservazione secondo cui le banche costituirebbero, già di per sé, una categoria, cosicché la suddivisione ulteriore porterebbe alla formazione di più "sub-categorie"⁶³, sembra trascurare che,

⁶² B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, cit., p. 8.

⁶³ 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"*, cit., p. 3.

da sempre, i crediti bancari sono stati diversamente considerati nei piani e nelle proposte concordatarie, distinguendosi a seconda che siano assistiti da prelazione, ovvero se accompagnati da garanzie di terzi o meno, ovvero, infine, per la stessa tipologia della forma tecnica finanziaria.

Quindi è ben possibile, ed anzi usuale, che vi siano, nel complessivo ammontare dei crediti finanziari, situazioni disomogenee; sia per la presenza di garanzie (del debitore, e cioè reali; ovvero di terzi), sia per la tipologia del credito.

In tal caso, il problema che si pone è quello dell'estensione ai non aderenti degli effetti degli accordi raggiunti con gli aderenti. Infatti, se non si vedono particolari controindicazioni ad estendere a creditori chirografari, privi di garanzie di sorta, gli accordi presi con creditori finanziari ipotecari (la circostanza che il loro trattamento non sia deteriore rispetto a quelli che teoricamente sono più garantiti dovrebbe indurre a non ritenere violata la norma circa il divieto di estensione di effetti a creditori aventi caratteristiche diverse, dal momento che tale norma in tanto ha un senso in quanto il trattamento riservato ai non aderenti sia deteriore rispetto a quello riservato agli aderenti nella categoria con minori prospettive), certamente non vale il contrario: il creditore finanziario non aderente assistito da garanzia reale non potrà certamente vedersi a lui estesi gli effetti previsti per i creditori finanziari privi di garanzie ipotecarie o pignoratorie.

È certo che questo è uno degli aspetti più delicati nell'impostazione della soluzione; l'errore nella formazione delle categorie può essere fatale per il buon fine della procedura. D'altro lato, la formazione delle categorie (come delle classi) può comportare abusi dello strumento (ad esempio, mediante la formazione di categorie artificiose, per collocare in posizione minoritaria certi creditori)⁶⁴.

Non diversamente delle classi nel concordato, anche le categorie negli accordi possono comportare deviazioni rispetto alla regola generale dell'art. 2741 c.c.: creditori aventi gradi diversi possono essere soddisfatti nello stesso modo, se i creditori aderenti optano per una simile soluzione. Gli estranei possono invocare, a loro tutela, la regola per cui, in ogni caso, essi non possono subire un trattamento deteriore rispetto a quello delle soluzioni concretamente praticabili.

Ma negli accordi deve considerarsi financo possibile che sia alterato l'ordine delle cause legittime di prelazione. Se nel concordato ciò è vietato dall'art. 160, comma 2, parte finale, l. fall., norma simile non risulta dettata per gli accordi. È dunque ben possibile (sia pure in linea teorica) che la maggioranza di almeno il 75% dei creditori aderenti accetti un trattamento

⁶⁴ A. Bombardelli, commento all'art. 182-septies, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, cit., 311.

dei creditori, di rango peggiore, peggiore rispetto ad altri creditori, di rango deteriore. Se gli accordi presi sono di tale contenuto, la regola maggioritaria dell'art. 182-*septies* l. fall. comporta che anche i non aderenti debbano subire gli effetti dell'accordo, e subire il trattamento deteriore; sempre fatto salvo il limite per cui il trattamento non deve essere deteriore rispetto a quello delle alternative concretamente praticabili.

4. IL RAGGIUNGIMENTO DELLA PERCENTUALE DELLE ADESIONI

La dottrina ha già acutamente osservato come, negli accordi di ristrutturazione dei debiti, non si debba parlare, a differenza del concordato preventivo, di una maggioranza, quanto di una percentuale minima di creditori⁶⁵: mentre il concordato è raggiunto con l'approvazione dei creditori e, com'è noto, il principio maggioritario fa sì che la decisione della maggioranza vincoli la minoranza, negli accordi non vi è una maggioranza la cui volontà prevale sulla minoranza, quanto, piuttosto, un presupposto processuale costituito dal raggiungimento degli accordi con la percentuale pari al 60% dei creditori, senza che il residuo 40% subisca gli effetti delle intese tra altri raggiunte, *res inter alios acta*.

Se questo è tuttora vero in generale, occorre dire che, negli accordi di ristrutturazione con creditori finanziari, la disciplina generale incontra un'assai rilevante deroga, costituita dal prodursi degli effetti dell'accordo nei confronti anche dei creditori finanziari non aderenti.

All'interno del complesso dei creditori, i creditori finanziari costituiscono una tipologia a sé stante, governata, sostanzialmente, da un principio maggioritario, alla fin fine non diverso da quello concordatario: a condizione che l'accordo sia raggiunto con almeno il 75% dei creditori finanziari, l'effetto di tale accordo può, se così si determina il debitore a richiedere al Tribunale, estendersi agli altri creditori finanziari, pur non aderenti. Si consegue così il medesimo risultato che si produce in un concordato preventivo⁶⁶: l'adesione della maggioranza (in questo caso, qualificata) comporta effetti vincolanti anche nei confronti della minoranza, sempre, s'intende, che siano state rispettate le condizioni previste dalla legge, della corretta formazione delle categorie, della corretta informazione e dell'ammissione alle trattative per gli

⁶⁵ Ovvero, come icasticamente esprimeva il concetto L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, III ed., Torino, 2008, p. 336, l'accordo deve essere raggiunto "con la maggioranza, ma non a maggioranza" (in corsivo nel testo - nota di chi scrive). Cfr. anche G. Presti, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ovvero la sindrome del teleobiettivo*, in S. Ambrosini (a cura di), *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008, p. 561.

⁶⁶ In tal senso non è mancato chi in dottrina ha parlato di "un'evidente contaminazione dell'accordo di ristrutturazione con il modello concordatario" (L. M. Quattrocchio, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 6); di "contaminazione con il concordato" parla anche A. Bombardelli, commento all'art. 182-*septies*, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale*, Torino, 2015, p. 306.

accordi e di un trattamento dei creditori non aderenti che non sia deteriore rispetto a quello delle alternative concretamente praticabili.

A queste condizioni, e con il limite che non possono prodursi effetti che comportino l'erogazione di nuova finanza o la prosecuzione di facilitazioni finanziarie in corso, è ben possibile che anche i creditori finanziari non aderenti subiscano effetti paragonabili a quelli che conseguono all'omologazione di un concordato preventivo; in particolare, è ben possibile che si attui l'esdebitazione, quanto meno parziale, e sicuramente che sia convenuta una dilazione nelle scadenze, una rideterminazione dei tassi d'interesse, etc.

Si tratta di una disposizione normativa il cui significato non può essere chiaramente sminuito: dal novero degli argomenti a favore della tesi per cui gli accordi non sono una procedura concorsuale viene eliminato quello secondo cui non sarebbe possibile, in forza dell'istituto, imporre ai creditori non aderenti effetti derivanti dall'adesione alla proposta ad opera della maggioranza dei creditori⁶⁷⁻⁶⁸.

La riflessione è abbastanza complessa: ribadendosi che non si parla di maggioranze, risulta evidente che siamo in presenza di una procedura in cui l'effetto dell'accordo, per ciò che riguarda i creditori finanziari, si estende anche ai non aderenti, ma solo a loro. In prima approssimazione si potrebbe dire che si è in presenza di un istituto dal carattere misto: da un lato, regolato secondo il principio maggioritario; dall'altro, secondo le regole per cui il creditore aderisce o non aderisce, e in entrambi i casi gli spetta quello cui ha diritto o in forza dell'accordo raggiunto ovvero in base alle regole generali.

5. GLI EFFETTI

Gli accordi con i creditori finanziari costituiscono un *subgenus* del *genus* degli accordi: si producono, quindi, con la pubblicazione della domanda di

⁶⁷ Né varrebbe invocare l'espressa previsione, nell'art. 182-septies l. fall., della deroga al disposto degli artt. 1372 c.c. e 1411 c.c., norme dettate per i contratti: *lex imperat non docet*.

⁶⁸ Una seconda deroga, nel testo originario del Decreto legge, era rappresentata dalla disposizione per cui, una volta che almeno il 75% dei creditori finanziari avesse aderito agli accordi (s'intende a condizione che i crediti bancari-finanziari rappresentassero almeno la metà del totale), anche il residuo 25% non aderente sarebbe stato conteggiato nella percentuale dei creditori che avevano prestato adesione, ai fini del raggiungimento della percentuale minima del 60%. L'effetto matematico di tale norma era il seguente: considerando una procedura di accordi in cui i creditori finanziari rappresentassero il 50% del totale, il 75% del 50% era pari al 37,50% del totale complessivo; in tal caso, se del residuo 50% di creditori non finanziari avesse aderito almeno il 10%, la conclusione sarebbe stata la seguente: i creditori finanziari si consideravano come aderenti, per l'intero, rappresentando cioè il 50% del totale; a tale 50% si poteva aggiungere l'altro 10%, raggiungendo così il 60%; nella realtà fattuale avrebbero aderito agli accordi soltanto il 37,50% (creditori finanziari) e 10% (altri creditori); per un totale del 47,50%. L. M. Quattrocchio, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, cit., p. 7 afferma che detta regola "avrebbe potuto portare ad un'aberrazione" e che opportunamente la legge di conversione l'ha soppressa.



LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWKI - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)