

Il diritto fallimentare e delle società commerciali

RIVISTA DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Già diretta da

ITALO DE PICCOLI (1924-1940)

RENZO PROVINCIALI (1941-1981)

ANGELO BONSIGNORI (1982-2000)

GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE (1982-2003)

Direzione

Girolamo Bongiorno

Concetto Costa

Massimo Di Lauro

Elena Frascaroli Santi

Bruno Inzitari

Giuseppe Terranova

Gustavo Visentini

 edicolaprofessionale.com/DFSC



Wolters Kluwer

IVAN LIBERO NOCERA

Assegnista di ricerca in Diritto Privato presso l'Università di Brescia e Avvocato in Torino

LA CONVENZIONE DI MORATORIA NELLA CRISI D'IMPRESA: ESTENSIONE DELL'EFFICACIA E ABUSO DELL'OPPOSIZIONE

Abstract: Il saggio analizza il nuovo istituto della “convenzione di moratoria” con intermediari finanziari disciplinato dall'art. 182-*septies* legge fallim. quale strumento di gestione della crisi d'impresa. In particolare, dopo aver analizzato il possibile contenuto della “convenzione” ed evidenziato la rilevanza dei flussi informativi, si concentra l'attenzione sul meccanismo di propagazione degli effetti ai creditori non aderenti, fornendo una lettura innovativa della deroga agli artt. 1372 e 1411 cod. civ. contenuta nella nuova norma. Quindi, sottolineando i profili di tutela del creditore non aderente, l'Autore si sofferma sul giudizio del tribunale in sede di giudizio opposizione, quale valutazione sul carattere abusivo del rifiuto del creditore terzo, riflettendo in particolare sull'interpretazione del requisito della soddisfazione “in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili”.

SOMMARIO: 1. La *ratio* di un nuovo strumento di regolazione della crisi. - 2. Il contenuto della moratoria. - 3. La rilevanza dei flussi informativi. - 4. Il meccanismo di propagazione degli effetti ai creditori non aderenti. - 5. La “asserita” deroga agli artt. 1372 e 1411 cod. civ. - 6. La tutela del creditore non aderente. - 7. Il giudizio del tribunale come valutazione sul carattere abusivo del rifiuto del creditore terzo. - 8. L'interpretazione del requisito della “soddisfazione” in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili. - 9. Brevi osservazioni conclusive.

1. *La ratio di un nuovo strumento di regolazione della crisi.*

La recente riforma di cui al D.L. 27 giugno 2015, n. 83 (convertito con modificazioni nella L. 6 agosto 2015, n. 132) ha arricchito la legge fallimentare con l'art. 182-*septies* legge fallim. rubricato “Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria”⁽¹⁾, am-

(1) In generale sul nuovo art. 182-*septies* legge fallim. cfr. 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 questa Rivista, 2015, I, p. 517; L. 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.it*, 2015; L. VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria (Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare - II parte)*, in *IlCaso.it*, 2015; N. NISIVOCIA, *Il nuovo art. 182 septies l. fall.*:

pliando così lo spettro degli strumenti del c.d. diritto negoziale alla crisi d'impresa (2).

Prendendo a paradigma la *sauvegarde financière accélérée* francese (3) e la *Section 895 del Companies Act* inglese del 2006 (*company restructuring - schemes of arrangement*) (4), tale norma disciplina la tipologia particolare di

quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?, in *Fallimento*, 2015, p. 1181; C.L. APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in *IlCaso.it*, 2015; D. VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in questa *Rivista*, 2015; R. RANALLI, *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari*, in *IlFallimentarista*, 2015; A. BOMBARDELLI, *sub art. 182 septies, Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale. Commento operativo sul d.l. 83/2015 conv. in l. 132/2015*, Torino, 2015, p. 304; D. VATTERMOLI, *Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, in *Dir. Banc.*, 2015, p. 72; S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016, p. 124; L. BALESTRA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 455; G. FAUCEGLIA, *L'accordo di ristrutturazione dell'indebitamento bancario tra specialità negoziale e regole concorsuali*, in questa *Rivista*, 2016, I, p. 712.

(2) Tale locuzione è suggerita da F. DI MARZIO, *Diritto negoziale e crisi della grande impresa*, in *IlFallimentarista.it*, secondo il quale «l'aggettivo "negoziale" descrive uno specifico settore del diritto rilevante: discriminato non solo in positivo (per l'aggregazione dei fattori negoziali costituiti da accordi e concordati), ma anche in negativo (per esservi estranea la procedura di fallimento)». Più diffusamente, cfr. F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011.

(3) La *sauvegarde financière accélérée* francese, introdotta agli artt. 628-1 - 628-7 del *Code de Commerce* dall'ord. n. 2014-326 del 12 marzo 2014, è stata criticata dalla dottrina transalpina con riferimento all'ambito soggettivo ristretto ai creditori bancari e alla mancanza di riservatezza; come infatti afferma Y. CHAPUT, *Le droit français de la sauvegarde des entreprises*, in F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, V, Torino, 2014, V, p. 177: «le législateur a retenu la technique compliquée d'une sauvegarde dont la portée ne concerne que les banquiers! Leur inconvénient majeur tient au fait que la sauvegarde [...] repose sur un jugement qui est rendu publique». In merito al confronto tra tali istituti e l'art. 182-septies legge fallim. si veda la lucida analisi di M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, in *IlCaso.it*, 2016. In generale sull'istituto francese si rinvia al contributo di G. CARMELLINO, *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, in *Fallimento*, 2015, p. 1093.

(4) Su tale istituto, il quale prevede che la maggioranza dei tre quarti di una classe di creditori possa vincolare gli altri creditori non aderenti all'accordo, che sarà cogente anche per i privilegiati, si veda - oltre a F. IODICE, *Scheme of arrangement tra raccomandazione della commissione e riforma del regolamento sulle procedure di insolvenza*, in *Fallimento*, 2015, p. 1093 - l'analisi di da P. BURBIDGE, *Insolvency procedures in the United Kingdom*, in F. VASSALLI-F.P. LUISO-E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, V, Torino, 2014, p. 293: «The advantages of a scheme of arrangements over a CVA is that the latter will not bind secured creditors, whereas a s.895 scheme can be applied to say a single class of secured creditors and once the requisite 75% majority is reached the minority secured creditors within the class will also be bound».

accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari nel caso in cui l'imprenditore abbia «debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo» e la convenzione di «moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari».

Nella presente analisi si concentrerà in particolare l'attenzione sul quinto comma dell'art. 182-*septies* legge fallim. il quale ha introdotto il nuovo istituto della convenzione di moratoria, regolando l'ipotesi in cui oggetto di un accordo tra debitore e intermediari finanziari (intesi quali istituti di credito iscritti nell'albo di cui all'art. 13 T.U.B. o intermediari finanziari autorizzati ai sensi dell'art. 106 dello stesso T.U.B. ⁽⁵⁾) sia una convenzione finalizzata a regolare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti.

La novella è diretta a disciplinare - in maniera poco invasiva - con un nuovo negozio tipico una prassi sovente già diffusa presso le imprese debitorie che, pur prive di sufficiente liquidità, ritengono di vantare ancora risultati economici positivi. Invero, prima di proporre un piano attestato, un accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis* legge fallim. o un concordato preventivo - ostentando con tali due ultimi strumenti la situazione di crisi - spesso il debitore, con un c.d. accordo di *standstill*, tenta di ottenere dai creditori finanziari una dilazione nella scadenza dei crediti. In tal modo tenta di guadagnare un lasso temporale sufficiente a permettergli - in caso di esiti economici favorevoli - la salvaguardia della continuità aziendale e/o di assumere le informazioni necessarie per una compiuta e strutturata proposta di ristrutturazione della crisi ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ La rubrica dell'art. 182-*septies* legge fallim. menziona solo gli «intermediari finanziari» mentre nella norma si riferisce a «banche e intermediari finanziari» sebbene le banche siano comprese nell'ambito dei intermediari finanziari, essendo questi i soggetti di cui agli artt. 106-107 del T.U.B. ai quali rinvia l'art. 18 del T.U.F. per i soggetti abilitati ai servizi di investimento. In tal senso cfr. L.M. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in *IlDirittodegliAffari.it*, 2015 e R. RANALLI, *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, cit.

⁽⁶⁾ Giova ricordare che già dal 20 ottobre 1999 con il Codice di autodisciplina ABI, in caso di indebitamento superiore ai 30 milioni di lire, gli istituti di credito si sono impegnati a tenere comportamenti in buona fede sin dall'apertura del tavolo di consultazione, nonché «a non utilizzare la notizia della riunione [di avvio delle negoziazioni] al fine di modificare la propria situazione di fatto in termini di affidamenti, acquisizione o realizzo di garanzie verso l'impresa o il gruppo, dal momento in cui è pervenuta la notizia e sino alla comunicazione delle proprie decisioni». Tuttavia, in ipotesi di violazione di tale convenzione non è prevista alcuna conseguenza sanzionatoria.

La convenzione di moratoria configura quindi un ulteriore strumento di composizione negoziale della crisi d'impresa che può anche essere prodromico ad un altro strumento di soluzione della crisi, senza però costituire parte integrante, come invece accade per l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari che rappresenta una *species* degli accordi di cui all'art. 182-*bis* legge fallim. In particolare, la moratoria potrebbe essere usata come utile preludio al perfezionamento di un piano attestato di risanamento il quale non è tutelato da alcun preventivo "ombrello protettivo" dalle azioni creditorie. Tuttavia, occorre sottolineare come la stipula del negozio introdotto dalla riforma non comporti mai un vincolo per una successiva regolazione della crisi, potendo anche essere fine a sé stesso (7).

Atteso che la precipua finalità della convenzione di moratoria è rintracciabile nell'esigenza di assicurare un completo allineamento tra le banche, di talché nessuna possa avvantaggiarsi rispetto alle restanti lanciandosi in iniziative individuali, nonché nella creazione di un lasso temporale utile a selezionare la tipologia di soluzione negoziale della crisi più adeguata e a presentare quindi una proposta o un piano ponderato, si potrebbe ritenere che le stesse esigenze possano essere soddisfatte dal concordato "con riserva" (8). L'art. 161, comma 6, legge fallim. prevede infatti il blocco delle azioni esecutive e cautelari di tutti i creditori per un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni, alla scadenza del quale è possibile presentare sia una proposta di concordato sia una domanda di accordo di ristrutturazione (9).

(7) È infatti sovente apposta la clausola di salvaguardia secondo la quale i creditori finanziari dichiarano che la moratoria e lo *standstill* oggetto dell'accordo non costituiscono in alcun modo impegno all'eventuale stipula di un accordo di ristrutturazione del debito né all'approvazione di un piano.

(8) In proposito, G. FALCONE, *La nuova disciplina delle «convenzioni di moratoria» e l'intervento del professionista attestatore*, in questa *Rivista*, 2015, p. 568, osserva che «la possibilità di individuare gradualmente lo strumento più adeguato potrebbe essere assicurata dallo stesso «doppio tracciato» assicurato dalla possibilità di «switch» da concordato con riserva ad accordo di ristrutturazione, o da «preaccordo» a concordato preventivo».

(9) Invero, in giurisprudenza si afferma come sia «ben possibile che l'istituto in esame sia fine a sé stesso, in quanto alla scadenza del termine fissato, l'imprenditore non riterrà di poter presentare né una proposta concordataria né domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione ovvero potrà presentare una richiesta di fallimento *ex art. 14*. Come si vede, qualificare la domanda *ex art. 161*, comma 6 per qualcosa di diverso da ciò che in concreto è, può risultare fuorviante quando dalla classificazione si pretenda di desumere principi interpretativi. Si tratta a ben vedere, non di concordato con riserva o con prenotazione, ma di riserva di concordato o prenotazione di concordato, col che si chiarisce che il concordato potrà esserci, come non esserci e non si confonde l'intenzione o la dichiarazione

Tuttavia, rispetto alla convenzione di moratoria, il mero deposito della domanda di “pre-concordato” ex art. 161, comma 6, legge fallim. comporta una serie di effetti non certo vantaggiosi per il debitore: i debiti vengono a scadenza per effetto dell’art. 55 legge fallim. (richiamato dall’art. 169 legge fallim.); gli atti di straordinaria amministrazione possono essere compiuti solo se urgenti e se autorizzati dal tribunale; opera il vincolo di segregazione patrimoniale impresso dall’applicazione della regola di cui all’art. 45 legge fallim., evocata dall’art. 169 legge fallim., con conseguente impossibilità di effettuare pagamenti a beneficio dei creditori pregressi; senza tacere il rischio che in caso di mancato deposito della proposta concordataria all’esito del termine concesso, il P.M. si attivi per la dichiarazione di fallimento, avendo conosciuto lo stato di crisi del ricorrente.

Pertanto, la convenzione di moratoria dimostra un’effettiva utilità in quanto consente - senza comportare vincoli al patrimonio - di usufruire di un periodo di tempo per ponderare la scelta del più efficace strumento di composizione della crisi. Tuttavia, qualora per effetto della sola convenzione sia possibile liberare risorse sufficienti per eseguire con regolarità il pagamento dei creditori estranei, la convenzione si rivelerà idonea a rimuovere lo stato di decozione. Di conseguenza, in quest’ultima ipotesi, se la convenzione di moratoria risulta adempiuta, nel caso in cui venga proposto un ricorso per fallimento, il debitore potrà opporre l’insussistenza dello stato d’insolvenza in forza di tale negozio⁽¹⁰⁾.

2. Il contenuto della convenzione.

Il nuovo schema contrattuale è sostanzialmente finalizzato a mantenere lo *status quo* per un determinato arco temporale, disciplinando termini e modalità del mantenimento dell’operatività delle linee di credito, sì da concentrare le risorse disponibili sui terzi.

di volontà in ordine ad un fatto col fatto stesso» (così Trib. Pistoia, 30 ottobre 2012, in *DeJure.it*; analogamente Trib. Pistoia, 29 ottobre 2015, in *ILCaso.it*).

⁽¹⁰⁾ In caso di successivo fallimento, l’eventuale clausola risolutiva espressa apposta alla convenzione di moratoria se fa dipendere lo scioglimento della stessa convenzione dalla dichiarazione d’insolvenza sarà *tamquam non esset* ai sensi dell’art. 72 legge fallim., mentre se fa dipendere lo scioglimento dalla presentazione della domanda di concordato sarà neutralizzata ai sensi dell’art. 186-*bis* legge fallim. se il piano prevede la continuità aziendale. Qualora invece la dichiarazione di fallimento e/o il ricorso per concordato siano eventi dedotti in una condizione risolutiva apposta alla convenzione di moratoria, tale condizione impedirà l’efficacia della convenzione al verificarsi dei suddetti eventi futuri e incerti.

Si tratta di una figura genericamente riconducibile al tradizionale *pactum de non petendo*, da cui si distingue però per il carattere necessariamente temporaneo (a differenza dell'istituto di origine romanistica che poteva anche essere *in perpetuum*) e per la latitudine più ampia, in quanto non circoscritta solo alla provvisoria inesigibilità dei crediti dei partecipanti ma comprensiva anche della regolazione dell'accesso al finanziamento bancario⁽¹¹⁾.

Come più volte affermato dalla giurisprudenza, il puro *pactum de non petendo* preclude la dichiarazione di fallimento se in concreto risulti accertato che esso non concede al debitore solo una temporanea moratoria, ma è piuttosto idoneo ad escludere l'incapacità di adempiere puntualmente alle sue obbligazioni, anche con riguardo alle posizioni debitorie rimaste estranee al patto stesso⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ In proposito, P. PASTORE-L. JEANTET-L. BASSO-A. VAROLI, *La ristrutturazione. Linee guida e strumenti di composizione delle crisi d'impresa*, Milano, 2015, p. 128, osservano che il profilo relativo alla regolazione delle linee di credito «imponesse, da parte dei creditori finanziari, un'attenta valutazione, che veda bilanciata la necessità di future contestazioni per concessione abusiva del credito e l'opportunità di mantenere in vita l'azienda, giacché la sua perdurante attività costituisce lo strumento di ripagamento del debito. Di qui, l'accorgimento normalmente impiegato di accompagnare l'accordo di moratoria che preveda la messa a disposizione parziale di linee con una serie di documenti (*cash flow* previsionali, certificati che attestino l'assenza di procedure esecutive e concorsuali, *comfort letter* dell'organo di controllo o di revisione) tali da consentire d'affermare e, simultaneamente, dichiarare che l'impresa, per effetto dell'accordo di moratoria, si trova in una situazione di continuità aziendale, non dovendo dunque essere posta in liquidazione o, peggio, accedere a una procedura concorsuale».

⁽¹²⁾ Infatti, secondo Cass., 12 dicembre 2005, n. 27386, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 12, «l'efficacia del *pactum de non petendo*, seppur non sia condizionata all'adesione di tutti i creditori, è però correlata alla sua idoneità, che deve essere valutata alla luce della complessiva condizione debitoria dell'impresa, e dunque anche avendo riguardo alla scadenza delle obbligazioni escluse dal patto medesimo, ad escludere lo stato d'insolvenza del debitore, se ed in quanto esso testimoni la condizione di credito e di fiducia di cui gode il debitore nel ceto creditorio considerato nel suo complesso. L'efficacia di siffatto accordo, la cui negoziazione è rimessa alla disponibilità delle parti siccome rappresenta espressione dell'autonomia negoziale, realizza in sostanza una rinuncia temporanea del singolo creditore alla soddisfazione del suo credito, e deve essere perciò valutata nella prospettiva della sua attitudine ad incidere sull'inadempimento come sintomo di rimozione di uno stato di crisi, che è solo reversibile perché il debitore è, nel contempo, in condizione di assolvere, in prospettiva, con puntualità e mezzi normali, al complesso delle obbligazioni residue alle scadenze convenute, estinguendole mediante le fonti di liquidità disponibili». Cfr. le osservazioni di M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, cit., p. 141; A. DIMUNDO, *Pactum de non petendo e insolvenza*, cit., p. 905; P. OLIVA, *La privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, cit., p. 829, e più recentemente di T.M. UBERTAZZI, *Gli accordi per i risanamenti delle imprese in crisi. Profili civilistici*, Napoli, 2014, p. 50. Secondo G. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 404, tuttavia gli «accordi di

La novella parla espressamente di «convenzione diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti».

Da tale inciso è possibile dedurre innanzitutto il carattere intrinsecamente convenzionale e dunque contrattuale dell'istituto.

Inoltre, emerge anche la sua causa, in quanto la convenzione deve essere idonea a regolare provvisoriamente gli effetti della crisi. Il carattere essenzialmente provvisorio della convenzione comporta quindi l'impossibilità di utilizzare tale istituto per estinguere il debito verso gli aderenti, esaurendo così il soddisfacimento dei creditori vincolati.

Il legislatore specifica che la convenzione deve avere necessariamente un effetto provvisorio senza tuttavia puntualizzare il *quando debeat*, come invece accade con riferimento agli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis*, comma 7, legge fallim. e al concordato "con riserva" *ex art. 161*, comma 6, legge fallim. in cui la durata del divieto di iniziare e proseguire le azioni cautelari o esecutive è predeterminata dal tribunale (non oltre sessanta giorni per l'accordo di ristrutturazione e tra sessanta e centoventi giorni prorogabile di non oltre sessanta giorni per il concordato). Di conseguenza, in mancanza di un termine esatto occorrerà comunque confrontarsi con le locuzioni «in via provvisoria» e «moratoria temporanea» che dovranno tuttavia essere ponderate dall'interprete con riferimento alle caratteristiche della concreta crisi, dovendosi in ogni caso escludere che dalla convenzione possano prodursi effetti irreversibili in seguito alla maturazione di decadenze o prescrizioni. Pertanto, una durata manifestamente sproporzionata potrebbe essere motivo di vittoriosa opposizione da parte del creditore non aderente⁽¹³⁾.

Dal tenore letterale della norma risulta in aggiunta il contenuto della convenzione, giacché si precisa che gli effetti della crisi devono esser disciplinati «attraverso una moratoria temporanea dei crediti», utilizzando il termine "moratoria" nel senso di sospensione della scadenza delle obbligazioni⁽¹⁴⁾.

moratoria" sarebbero autonomi rispetto al tradizionale *pactum de non petendo* in quanto, a differenza di questo, differiscono il termine della prestazione modificando così il rapporto obbligatorio.

⁽¹³⁾ Nell'ipotesi in cui sopravvenga una domanda di concordato preventivo, la convenzione di moratoria, alla stregua di qualsiasi altro contratto pendente ai sensi dell'art. 169-*bis* legge fallim., sarà soggetta alla facoltà del debitore di chiederne la sospensione o lo scioglimento, con l'autorizzazione del giudice delegato.

⁽¹⁴⁾ È singolare che il legislatore recuperi il termine presente nel Codice di Commercio del 1865 il quale prevedeva l'istituto della "moratoria" (artt. 819-829) il quale permetteva al

La moratoria potrà quindi concretizzarsi in una modifica dei termini di adempimento ovvero nella rinuncia temporanea ad agire esecutivamente per la riscossione del credito, cui può aggiungersi l'impegno delle banche aderenti a fare utilizzare le linee di credito disponibili (tipicamente le linee cc.dd. autoliquidanti) e a non fare valere, per un certo periodo, la futura violazione di *covenant* finanziari. Inoltre, come si può inferire *a contrario* dalla limitazione precisata dal comma 7 dell'art. 182-*septies* legge fallim., esclusivamente in capo ai creditori aderenti la convenzione può prevedere «l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti».

In concreto, potranno contemplarsi clausole con cui la banca si impegna per un determinato periodo: a non intraprendere qualsiasi azione volta al recupero dei propri crediti, oltre a non richiedere il pagamento di qualsiasi importo dovuto, anche scaduto (eventualmente sospendendo financo altresì il versamento degli interessi); a non cedere in tutto o in parte i propri diritti derivanti dai contratti di finanziamento originari; a permettere la normale operatività dei fidi commerciali per autoliquidante e a mantenere operative le linee di credito derivanti dai contratti originari di finanziamento; a non richiedere il pagamento o dichiarare la decadenza dal beneficio del termine di qualsiasi somma dovuta nei contratti originari di finanziamento. Per contro, l'imprenditore in crisi si può obbligare, in via esemplificativa: a non contrarre né concedere ulteriori finanziamenti; a non costituire o concedere garanzie reali a favore di qualsiasi creditore (c.d. *negative pledge*); a non cedere i marchi e brevetti dell'impresa; a trasmettere ai creditori finanziari un'informativa aggiornata, a continuare a corrispondere regolarmente gli interessi avendo ottenuto il “congelamento” della quota di capitale⁽¹⁵⁾.

commerciantе anche non ancora fallito in grado di dimostrare che la cessazione dei pagamenti fosse stata dovuta ad avvenimenti straordinari ed imprevedibili o scusabili, ed inoltre che l'attivo del suo patrimonio superasse il passivo, di ottenere dall'autorità giudiziaria, in accordo con i propri creditori, una dilazione del fallimento o la sospensione dell'esecuzione della sentenza di fallimento per un periodo massimo di sei mesi. Nell'applicazione pratica di tale istituto emergevano «gli abusi più spudorati e le frodi più raffinate» secondo M. VITALEVI, *La moratoria nel nuovo codice di commercio in relazione ai codici olandese e belga*, Torino, 1884, p. 21.

⁽¹⁵⁾ Per un approfondito elenco di clausole standard si veda M. FABIANI, *Gli accordi di moratoria del debito nei processi di regolazione della crisi*, in *Fallimento*, 2014, p. 969 e altresì M. AIELLO, *L'accordo di risanamento fondato sul piano attestato: la fattispecie e le prassi negoziali*, in questa *Rivista*, 2014, I, p. 321.

L'autonomia privata nella determinazione del contenuto della convenzione di moratoria è tuttavia limitata nella previsione degli effetti a carico dei creditori non aderenti. È infatti espressamente vietato dal comma 7 dell'art. 182-*septies* legge fallim. imporre agli intermediari finanziari che non stipulano la convenzione di: eseguire nuove prestazioni, erogare nuovi finanziamenti e concedere nuovi affidamenti, mantenere la possibilità di utilizzare affidamenti esistenti sostenendo così il debitore con la concessione di nuovo credito. L'intermediario finanziario non aderente, pertanto, potrà - ove i propri rapporti con il debitore lo permettano - revocare le linee di credito già concesse.

Tale divieto soffre l'unica eccezione costituita esplicitamente dai contratti di locazione finanziaria, per cui il debitore potrà continuare a godere del bene concessogli in *leasing* malgrado il "blocco" dei canoni.

3. La rilevanza dei flussi informativi.

Nella fase embrionale che precede la regolazione della crisi d'impresa e in cui assume rilevanza lo strumento della convenzione di moratoria convivono da un lato l'interesse del debitore a che le linee di credito restino aperte e che vi siano solo flussi di rientro correlati a operazioni cc.dd. autoliquidanti o a lungo termine; dall'altro l'interesse dei creditori finanziari a disciplinare i rapporti tra loro - finora regolati unicamente dalle regole di comportamento adottate dall'A.B.I. nel codice di autodisciplina degli istituti aderenti⁽¹⁶⁾ - al fine di evitare che un creditore consegua opportunisticamente posizioni di vantaggio sugli altri, grazie ad esempio ad asimmetrie informative⁽¹⁷⁾.

L'esigenza del debitore di mantenere operative le linee di credito deve essere adeguatamente soppesata dagli istituti bancari, sia in modo da scongiurare di essere in seguito eventualmente esposti a contestazioni per concessione abusiva del credito sia per evitare l'incontrollato incremento dell'esposizione con conseguente aggravamento della situazione debitoria dell'impresa in crisi e ovvie negative ripercussioni sulla capacità di rimborso dell'indebitamento pregresso.

⁽¹⁶⁾ Disponibile al sito promem.it/ris/documenti/risanamento/00RIS_ABI_CodiceComportamentoCrisi.pdf.

⁽¹⁷⁾ Occorre osservare, tuttavia, che, come opportunamente osservato da M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., p. 1269, «l'efficacia dell'accordo secondo il modello legale impone che una delle parti sia il debitore il che significa che un accordo "interno" fra i creditori finanziari non può produrre gli effetti di cui all'art. 182 *septies* l.fall.».

A tal proposito, si è riscontrata la tendenza delle banche a limitare l'operatività delle linee di credito a quanto utilizzato alla data di riferimento dell'accordo di *standstill*, considerando l'eccedenza tra affidato ed utilizzato quale nuova finanza da concedersi - proporzionalmente fra le varie banche - sulla base degli utilizzi alla medesima data.

La complessità della determinazione degli istituti di credito a stipulare tali intese preliminari volte alla provvisoria regolazione della crisi esige un flusso informativo adeguato da un punto di vista tecnico e operativo, funzionale a favorire la formazione in capo ai creditori di un consenso consapevole⁽¹⁸⁾.

In tale fase, l'imprenditore potrebbe avvalersi di strumenti di allerta che, attraverso la previsione di misure premiali, inducano a far emergere la crisi in uno stadio ancora precoce⁽¹⁹⁾. L'esperienza empirica dimostra

⁽¹⁸⁾ Come opportunamente osserva M. SCIUTO, *I doveri informativi del debitore nella proposta concordataria e di ristrutturazione del debito*, in questa *Rivista*, 2015, p. 545, negli strumenti di composizione negoziale della crisi d'impresa, il "bene" primario che si intende assicurare è «proprio quello dell'informazione: della corretta e completa informazione del debitore ai creditori, e in certa misura al mercato in generale. Lo dimostra il fatto che anche a prescindere dalla meritevolezza del debitore o di qualsiasi apprezzamento morale sulla sua condotta, e anche prescindere, soprattutto, della obbiettiva convenienza della sua proposta, ogni rilevante vizio che affetti l'attendibilità dell'informazione su cui la proposta si basa - svelandola come incompleta o decettiva - è destinato a provocare l'interruzione della procedura. Ed anzi, persino in sede postuma, a omologazione oramai concessa, l'effetto di quest'ultima rischia di venire travolto per via dell'annullamento». Il valore dell'informazione come presupposto per l'esercizio del diritto di voto dei creditori è sottolineato da M. FABIANI, *Dalla votazione al voto nel concordato fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 571.

⁽¹⁹⁾ Cfr. art. 4 dello Schema di disegno di legge recante "Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza" (che ricalca le conclusioni della Commissione Rordorf) presentato dal Governo alla Stampa l'11 febbraio 2016, in *Fallimento*, 2016, p. 253, con commento di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, e di G. LO CASCIO, *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, ivi, 2016, p. 385; tradotto nel d.d.l. n. 3671 presentato l'11 marzo 2016 e disponibile al sito *Camera.it*. L'attivazione di iniziative volte a costruire un sistema di regole che induca l'imprenditore a far emergere tempestivamente la crisi è stato sollecitato sia dalla Raccomandazione n. 135 della Commissione europea del 12 marzo 2014 sia dal recente Regolamento n. 848/2015 (di modifica del Regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure transfrontaliere di insolvenza) il quale prescrive l'istituzione di procedure che «garantiscono ad imprese sane in difficoltà finanziaria l'accesso ad un quadro nazionale in materia d'insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza». Il modello di riferimento è la *procedure d'alerte* francese introdotta con la legge di riforma delle procedure concorsuali del 26 luglio 2005. Secondo lo schema di disegno di legge, la procedura si attiva in seguito alla segnalazione di «fatti di natura tale da compromettere la continuità aziendale», in presenza dei quali una pluralità di soggetti (i sindacati della società, i delegati sindacali del personale, gli azionisti di minoranza) possono segnalare la circostanza al Presidente del tribunale competente. Con la segnalazione, il Giudice e gli amministratori interagiscono tra loro tentando di individuare possibili solu-

infatti che nella maggior parte dei casi il fenomeno della crisi è affrontato quando già risulta che i segnali e gli indici che potevano essere assunti per l'individuazione dell'origine della decozione siano stati trascurati o sottovalutati. Ciò in quanto le piccole-medie imprese italiane sono incapaci di promuovere autonomamente processi di ristrutturazione precoce sia per fattori che ne limitano la competitività sia per lo "stigma" che ancora oggi nella classe imprenditoriale accompagna il ricorso alle procedure concorsuali anche minori.

È invece lapalissiano che la capacità del debitore e dei creditori di anticipare la soglia di emersione della crisi consentirebbe di ricorrere a strumenti di composizione negoziale della crisi con assente o comunque limitata ingerenza giudiziale, quali i piani attestati di risanamento o gli accordi di ristrutturazione, scongiurando che la difficoltà in cui versa l'impresa possa comportare ineluttabilmente l'inizio di una procedura concorsuale⁽²⁰⁾.

In ogni caso sarebbe opportuno che il debitore prima delle negoziazioni invii ai creditori - tarando su ciascun creditore la "forma" e la "sostanza" delle informazioni - una generica lettera d'intenti con la quale

zioni; quindi, spesso su richiesta degli stessi amministratori, il tribunale nomina un mandatario di giustizia con la delega di analizzare i problemi, individuare i rimedi e negoziare, sotto il controllo del tribunale, con i creditori/fornitori dell'impresa. Nella previsione dello schema del disegno di legge elaborato dalla Commissione Rordorf, lo sforzo di dare emersione tempestiva alla crisi si concretizzerebbe nell'attribuzione di specifica competenza non già al tribunale ma ad una apposita sezione specializzata degli organismi di composizione della crisi, previsti dalla L. 27 gennaio 2012, n. 3 (legge sul sovraindebitamento) e dal D.m. 24 settembre 2014, n. 202 (regolamento recante i requisiti di iscrizione nel registro degli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento). In tal modo si eviterebbe - oltre che di sovraccaricare i Tribunali - anche il rischio "psicologico" in capo all'imprenditore che potrebbe percepire l'intervento giudiziale come preludio ad una esecrata procedura concorsuale. L'intervento del giudice sarà quindi necessario esclusivamente qualora il debitore richieda misure protettive, al fine di impedire o paralizzare eventuali aggressioni dei creditori ai beni dell'impresa nell'arco temporale necessario per l'espletamento della procedura. L'esito naturale della procedura di allerta saranno pertanto le misure di riorganizzazione dell'impresa idonee a facilitare il superamento della situazione di crisi oppure il tempestivo ricorso agli strumenti di composizione negoziale della crisi (piani attestati, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo) già contemplati dalla legge fallimentare. Per un commento aggiornato alla luce dei lavori parlamentari cfr. M. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in *Fallimento*, 2016, p. 1032.

⁽²⁰⁾ Si veda in merito G. FAUCEGLIA, *L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future*, in *Fallimento*, 2009, p. 14. Si osserva del resto che nell'ordinamento francese, dove la procedura di *alerte* è strumentale a incoraggiare le parti a stipulare un *accord amiable*, l'impulso può anche essere officioso ai sensi dell'art. 611-2 *Cod. comm.* Si veda sul punto M. GUERNELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in questa *Rivista*, 2008, p. 256.

li convochi per poi esporre loro l'operazione di ristrutturazione che intende realizzare.

Tali informazioni, che dovrebbero costituire il contenuto della futura convenzione, sono generalmente racchiuse in un documento, definito *informemorandum* o *termsheet*, che esplicita i flussi di cassa previsionali del periodo e illustra le maggiori ragioni della crisi, l'esposizione debitoria, la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, le prospettive dell'impresa, le modalità con le quali l'imprenditore intende continuare l'attività fino alla scadenza della moratoria⁽²¹⁾.

4. *Il meccanismo di propagazione degli effetti ai creditori non aderenti.*

La ricorrente prassi, diffusa nell'ambito dei processi di ristrutturazione, di stipulare con le banche intese interinali idonee ad ottenere una "tregua" volta ad evitare il peggioramento della situazione di squilibrio imponeva all'imprenditore il grave onere di ottenere il consenso di tutti i creditori finanziari interessati. Sovente infatti le banche creditrici di importi minori si dichiaravano contrarie, impedendo così il successo dell'operazione.

Perciò, prima della novella del 2015, tali accordi hanno spesso scontato tempi di gestazione troppo lunghi, in quanto il debitore e i creditori finanziari erano alla mercé dei c.d. *free riders* data l'efficacia *inter partes* dell'accordo di *standstill*; sicché era necessario o l'unanimità dei creditori o che i creditori aderenti si facessero carico anche delle posizioni dei non aderenti.

Allo scopo di ridurre il rischio che nell'ambito di tali accordi di moratoria raggiunti con gli intermediari finanziari più esposti, uno o più creditori, pur avendo posizioni creditorie analoghe agli aderenti, non acconsentiva *tout court* alla moratoria o sia disposto ad aderire ma a condizioni diverse rispetto ad altri creditori omogenei, l'art. 182-*septies* legge fallim. prevede che la convenzione di moratoria temporanea dei crediti, se stipulata con la maggioranza del settantacinque per cento dell'ammontare del passivo riferibile a banche ed intermediari, possa produrre effetti anche nei confronti dei creditori non aderenti aventi posizione giuridica e interessi economici omogenei⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ Sul punto cfr. M. ARATO, *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, cit., p. 1237, e M. GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Risanare l'impresa*, Santarcangelo di Romagna, 2011, p. 62.

⁽²²⁾ Come affermato dal Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *IlCaso.it*, non si devono computare nell'indebitamento complessivo i crediti contestati.

Al pari di quanto stabilito per gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari - con cui condivide il presupposto soggettivo di applicazione -, anche nella convenzione di moratoria la propalazione degli effetti nei confronti dei creditori non aderenti avviene «in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile» ed è subordinata alla contemporanea sussistenza dei seguenti requisiti: che i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria individuata sulla base dell'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici; che i creditori non aderenti siano stati informati dell'inizio delle trattative e messi in condizione di parteciparvi in buona fede; che un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), legge fallim. attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati dalla moratoria⁽²³⁾. Giova sottolineare come non sia richiesto che il professionista attesti il raggiungimento della percentuale del settantacinque per cento, tanto meno che esprima un giudizio sulla "convenienza" dell'accordo rispetto ai creditori estranei.

Dato che il comma 5 dell'art. 182-*septies* legge fallim. fa rinvio solo al comma 2 della stessa norma, ai fini del raggiungimento della maggioranza, a differenza di quanto stabilito per gli accordi di ristrutturazione, la convenzione di moratoria non esige una soglia minima di indebitamento finanziario e pertanto potrà essere stipulata con creditori finanziari a prescindere dall'incidenza delle loro pretese sul complessivo ammontare dell'indebitamento dell'impresa.

La produzione degli effetti della convenzione di moratoria si realizza tra le parti con lo scambio dei consensi al momento della sottoscrizione (a meno che gli stessi stipulanti subordinino pattiziamente l'efficacia *inter partes* alla verifica dei presupposti per l'assoggettamento dei terzi al vincolo contrattuale), mentre verso i creditori finanziari non aderenti nel momento in cui il documento negoziale, accompagnato dalla relazione del professionista, viene loro comunicato nelle forme della dichiarazione re-

⁽²³⁾ In proposito, R. RANALLI, *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari. Alcune considerazioni critiche*, cit., critica la limitazione della moratoria ai creditori aventi posizione giuridica e interessi economici omogenei, in quanto - oltre a costringere l'attestatore ad adottare ogni cautela per evitare il rischio di contestazioni da parte delle banche - «la temporaneità della moratoria rende superflua la suddivisione dei creditori in categorie e ben potrebbe applicarsi a tutti i creditori "bancari" indistintamente, in particolare se venisse previsto *ex lege* un termine massimo della moratoria. Forse sarebbe stato più opportuno riferirsi semplicemente al 75% di tutti i creditori bancari, espungendo ogni riferimento alle classi».

cettizia, alternativamente mediante lettera raccomandata oppure posta certificata.

Stupisce come, a differenza di quanto previsto dal comma 4 dello stesso art. 182-*septies* legge fallim. per la comunicazione ai creditori non aderenti negli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, qui il diritto di proporre opposizione ad un contratto i cui effetti possono propalarsi ai terzi non aderenti non è tutelato dall'imposizione al debitore dell'onere di notifica ai creditori, ritenendosi sufficiente l'invio di una mera lettera raccomandata o posta elettronica certificata. Dato che il creditore non aderente deve poter verificare la sussistenza dei presupposti che rendono la convenzione efficace nei suoi confronti, occorre che gli sia altresì comunicato l'elenco di tutti i creditori finanziari e di coloro che hanno aderito nonché fornita la prova dell'avvio delle trattative con tutti gli intermediari finanziari.

La natura provvisoria della convenzione giustifica che il *dies a quo* ai fini della produzione degli effetti nei confronti dei terzi sia individuato con la menzionata comunicazione ai creditori finanziari non aderenti. Tuttavia, ciascuno di questi può proporre opposizione al tribunale entro trenta giorni dalla comunicazione chiedendo in via cautelare, la sospensione dell'efficacia dell'accordo nei propri confronti⁽²⁴⁾. All'esito del giudizio di opposizione - governato dal rito camerale di cui agli artt. 737 e ss. c.p.c. data la forma del provvedimento -, il tribunale decide con decreto motivato, contro il quale è esperibile reclamo dinanzi alla corte d'appello ex art. 183 legge fallim. entro quindici giorni dalla comunicazione del provvedimento⁽²⁵⁾. La pronuncia di seconde cure è ricorribile per Cassazione ai sensi dell'art. 360, ultimo comma, c.p.c. attesa la sua idoneità a incidere con efficacia di giudicato sui diritti soggettivi di credito degli intermediari finanziari non aderenti⁽²⁶⁾.

L'accoglimento dell'opposizione produce effetti esclusivamente in relazione all'opponente, non essendo idoneo ad inficiare la posizione degli

(24) Nel silenzio della norma in ordine al foro competente, si ritiene di dover applicare l'art. 20 c.p.c. e dunque di devolvere il giudizio di opposizione alla cognizione del tribunale del luogo in cui ha sede uno degli stipulanti o in cui è sorta l'obbligazione o in cui la stessa deve essere eseguita, senza dover temere pronunce di giudici diversi con esiti contrastanti, in quanto l'oggetto dell'opposizione è l'estensione degli effetti della convenzione ad un singolo creditore e non già la convenzione.

(25) Ritiene invece che si debba applicare il rito ordinario L. VAROTTI, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria (Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare - II parte)*, cit.

(26) Cfr. M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., p. 1280.

intermediari aderenti, a meno che questi non abbiano pattiziamente subordinato l'efficacia della propria partecipazione all'estensione degli effetti della convenzione a determinate banche non aderenti reputate omogenee.

Al fine di integrare il requisito che i terzi «siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede» occorre che l'imprenditore abbia coinvolto tutti i creditori bancari nella fase embrionale delle negoziazioni. Inoltre, il debitore deve aver reso edotti tutti i propri interlocutori delle informazioni relative alla propria situazione patrimoniale, economica e finanziaria nonché dello stato delle trattative in essere con gli altri creditori, in modo da permettere all'intermediario finanziario di assumere una consapevole scelta in ordine alla proposta e alle eventuali scelte difensive (opposizione) da adottare⁽²⁷⁾.

A differenza dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari, nella convenzione di moratoria la norma non fa menzione della suddivisione in categorie (assimilabili alle classi concordatarie, sebbene nell'ambito dell'art. 182-*septies* legge fallim. l'articolazione dei creditori in categorie è frutto delle trattative con i creditori medesimi e non rimessa al solo debitore). Tuttavia, considerando la previsione di una necessaria attestazione relativa all'omogeneità di posizione giuridica e di interessi economici nonché la mancanza di ragioni ostative alla creazione di categorie, deve ammettersi la facoltà del debitore di suddividere i creditori in *cluster* omogenei con modalità di dilazione diversificate. Del resto, attesa l'autonomia privata che informa la fattispecie, qualificata esplicitamente come una "convenzione" e dunque quale negozio di diritto privato, l'imprenditore in crisi potrà strutturare i creditori bancari in categorie. Pertanto, il debitore potrà stipulare più convenzioni di moratorie o una convenzione con più categorie creditorie o con una sola categoria, formulando in quest'ultimo caso un'unica proposta per tutti i creditori. Ovviamente, in tali ipotesi, in ciascuna categoria dovrà osservarsi il requisito quantitativo dei creditori aderenti in rappresentanza del settantacinque per cento dei crediti.

In caso di previsione di categorie, al fine di propalare gli effetti ai creditori non aderenti, il debitore avrà l'onere di costruire le categorie in maniera omogenea - facendo riferimento all'esperienza maturata nell'ambito delle classi concordatarie⁽²⁸⁾ - ma altresì di articolare conseguen-

(27) Pur in tema di accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari cfr. in proposito, Trib. Milano, 11 febbraio 2016, in *IlCaso.it*.

(28) Per posizione giuridica può farsi riferimento, innanzi tutto, al rango di protezione del credito distinguendo secondo il grado del privilegio e quindi anche dell'aspettativa

temente la convenzione di moratoria in modo tale da poter assegnare a ciascuna categoria un “trattamento di contenuto omogeneo”, compatibile con tutti i creditori appartenenti ad essa; ciò sebbene il legislatore, all’opposto di quanto previsto in ambito concordatario, non abbia specificato che un trattamento differenziato possa essere previsto esclusivamente fra creditori che appartengono a classi diverse⁽²⁹⁾.

È quindi evidente il rischio di “eterogenesi dei fini” in quanto, dovendo congegnare le categorie in maniera omogenea e proporre effetti pari-

economica (cfr. Trib. Pavia 8 ottobre 2008, in *IlCaso.it*; Trib. Mantova 30 ottobre 2008, in questa *Rivista*, 2009, II, p. 66), ma altresì può operarsi una distinzione a seconda che i crediti siano accertati in forza di un provvedimento giudiziale definitivo ovvero muniti di titolo esecutivo, riconosciuti, illiquidi, eventuali o condizionali, contestati, ovvero ancora distinguere rispetto alla tipologia di creditore in relazione al rapporto pendente (se ad es. cessionario di credito o concedente di beni in *leasing* o garante). Quanto agli interessi economici, l’omogeneità degli stessi può avere riguardo all’esistenza o meno di aspettative di soddisfazione in forza di garanzie di terzi (Trib. Milano, 4 dicembre 2008, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 332), ovvero distinguendo a seconda dell’interesse alla prosecuzione dei rapporti ovvero alla liquidazione dei beni, o all’entità del credito, ovvero alla qualità dei creditori o all’antichità o meno del credito, all’oggetto della prestazione resa (si veda in proposito per tutte tali ulteriori ipotesi, cfr. G. BOZZA, *La facoltatività della formazione delle classi*, nota a Trib. Milano 4 dicembre 2008, in *Fallimento*, 2009, p. 426). Secondo una delle poche pronunce di legittimità in materia - Cass., 26 luglio 2012, n. 13284, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 7-8, p. 970 (richiamata da App. Roma, 15 dicembre 2014, in *IlFallimentarista.it*) - il canone dell’omogeneità delle posizioni giuridiche «consente la articolazione dei livelli, delle modalità e dei tempi di soddisfo in ragione della qualità delle pretese creditorie, chirografarie; privilegiate - quest’ultime eventualmente distinte in ragione della specifica causa di prelazione, correlata ai beni presenti nella massa attiva del concordato e dunque conformate al principio della parità di trattamento in relazione alla possibilità di realizzo dei beni soggetti a prelazione; pretese creditorie contestate, nella misura o nella qualità; pretese assistite da garanzie esterne alla massa attiva; pretese sostenute da titolo esecutivo provvisorio, ecc.; criterio volto a garantire sul piano formale le posizioni più o meno avanzate delle aspettative di soddisfo»; mentre il canone della omogeneità degli interessi economici, fa riferimento «alla fonte e alla tipologia socio-economica del credito (banche, fornitori, lavoratori dipendenti, ecc.), criterio volto a garantire sul piano sostanziale la *par condicio*».

⁽²⁹⁾ Come è stato opportunamente osservato da R. RANALLI, *La convenzione di moratoria di cui all’art. 182-septies*, in *Fallimento*, 2016, p. 892: «la banca poco esposta nei confronti del debitore, che fino a ieri si opponeva in fase negoziale, costringendo talvolta il debitore a strutturare *cluster* diversi tra creditori bancari dopo aver inutilmente tentato una negoziazione allargata a tutto il ceto bancario, da oggi potrebbe invocare il fatto di essere stata collocata in una categoria troppo penalizzante; il che le consentirebbe di opporsi *ex post* con conseguenze ancora più devastanti rispetto ad una mera dilatazione temporale del *closing*. Basti pensare al fatto che, per vanificare ogni sforzo è sufficiente che, in seguito all’accoglimento dell’opposizione di talune banche, la tregua concessa dalla moratoria non consenta di mitigare il fabbisogno finanziario in misura adeguata ad assicurarne la copertura. In questo caso la varietà delle posizioni soggettive potrebbe aprire prospettive di opposizione pressoché infinite, con esiti che dipenderanno dagli argomenti difensivi del debitore, dal contesto specifico e dall’orientamento del tribunale. Il tutto con conseguente incertezza operativa e diffidenza indotta verso lo strumento»

menti “omogenei” sui crediti, capaci di raccogliere l’elevata percentuale del settantacinque per cento di adesioni, il debitore sarà costretto ad un “compromesso al ribasso”, ossia a calibrare la propria proposta per l’intera categoria sul livello dei creditori meno disponibili a concedere ristrutturazioni per i propri crediti.

Se infatti, ad esempio, nell’ambito di una stessa categoria, una banca sia disposta ad accettare una dilazione di quindici mesi e un’altra di soli sei mesi, il debitore si vedrà costretto a rinunciare alla dilazione più lunga per proporre quella di sei mesi in quanto questa rappresenta il “minimo comune denominatore” per quella determinata categoria: è invero inammissibile una categoria *ad hoc* per il creditore “più indulgente”, in quanto altrimenti vi sarebbero categorie diverse con creditori aventi posizioni e interessi omogenei.

Il tratto di maggior momento della convenzione di moratoria risiede proprio nella sua efficacia che, in presenza dei menzionati requisiti e espressamente «in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile», viene estesa anche ai soggetti terzi in forza del mero incontro delle volontà dei paciscenti.

L’esplicito riferimento a tali norme sul contratto in generale avvalorava la natura essenzialmente negoziale dell’istituto⁽³⁰⁾.

Nell’ambito del diritto negoziale della crisi d’impresa già nella tipologia generale di accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis* legge fallim. questo comporta effetti nei confronti dei creditori terzi: l’improcedibilità per sessanta giorni dalla pubblicazione dell’accordo delle azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore e il divieto di acquisire titoli di prelazione se non concordati; l’inesigibilità per centoventi giorni (dall’omologa o dalla scadenza) del pagamento dei creditori estranei; la sottrazione all’azione revocatoria fallimentare di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione dell’accordo; la prededuzione nell’eventuale successivo fallimento dei finanziamenti erogati in esecuzione e/o in funzione dell’accordo omologato ai sensi degli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* legge fallim.⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ In proposito, M. FABIANI, *L’ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *IlCaso.it*, p. 20, sebbene evidenzi che l’idoneità a produrre effetti sui creditori terzi possa costituire un argomento a favore della natura concorsuale della convenzione di moratoria, reputa comunque di escludere tale soluzione in considerazione del mancato spossessamento del debitore, della mancanza di un provvedimento di apertura del procedimento, della possibilità di un trattamento differenziato per i creditori aderenti, dell’assenza di un organo che vigili sul procedimento e di una «regola parallela a quella dell’art. 184 legge fallim.».

⁽³¹⁾ In proposito cfr. C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d’impresa e ruolo del giudice*, in *Fallimento*, 2006, p. 193; D. MANENTE, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione*

Nondimeno, mentre nell'accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis* legge fallim. la fonte degli effetti che subiscono i terzi è esclusivamente legale, nella convenzione di moratoria (e nell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari *ex art. 182-septies* legge fallim.) ai non aderenti viene esteso il vincolo contrattuale cui sono assoggettate le parti: si prevede infatti in capo al debitore la facoltà di chiedere la propagazione dell'efficacia ai creditori non aderenti - e dunque terzi - di quanto stabilito nel negozio.

Pertanto, per l'accordo di ristrutturazione "generale" *ex art. 182-bis* legge fallim. non si pone alcun problema di *vulnus* del principio *ex art. 1372* cod. civ. per cui il contratto ha effetto solo *inter partes* e tanto meno potrebbe in tal caso ravvisarsi un contratto a favore di terzi, dato che, come detto, i terzi sono destinatari di effetti legali e non negoziali⁽³²⁾.

Nella convenzione di moratoria e negli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari di cui all'art. 182-septies legge fallim. invece la chiara fonte convenzionale degli effetti verso i creditori terzi impone di interrogarsi sul rispetto nella fattispecie del principio di relatività del negozio.

Diversamente dall'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari, affinché si realizzi il meccanismo di propagazione degli effetti ai terzi, la convenzione di moratoria non richiede un *imprimatur* giudiziale, in quanto l'intervento del tribunale è subordinato all'eventuale esperimento di opposizioni da parte degli intermediari finanziari non aderenti.

5. La "asserita" deroga agli artt. 1372 e 1411 cod. civ.

Se si sofferma l'attenzione sulla riferita «deroga agli artt. 1372 e 1411 cod. civ.», è possibile dedurre come in realtà la disciplina di cui all'art.

di fallimento del debitore, in questa *Rivista*, 2008, p. 306; F. FERRO-LUZZI, *Prolegomeni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti dell'imprenditore in stato di crisi: del paradosso del terzo creditore "estraneo... ma non troppo"*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 825; A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in questa *Rivista*, 2009, I, p. 633; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 339; G. SICCHIERO, *Efficacia erga omnes degli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis l. fall.)*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 9; M.P. PIGNALOSA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e creditori non aderenti*, in questa *Rivista*, 2015, I, p. 283.

⁽³²⁾ La Cass., 12 maggio 2014, n. 10272, in *DeJure.it*, ha infatti osservato che la figura del contratto a favore di terzo «non ricorre né allorché il diritto attribuito al terzo sorga per legge, né ove il terzo sia destinatario degli effetti economici vantaggiosi della prestazione ma non acquisti il diritto a pretenderla, salvo il diverso diritto, eventualmente desumibile dal contratto, a che la prestazione ove effettuata sia eseguita in maniera diligente al fine di evitarli un danno (nel qual caso è corretta, piuttosto, la configurazione di contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo)».

182-*septies* legge fallim. non rappresenti affatto una deroga alle norme generali che segnano i limiti di efficacia soggettiva del contratto.

Infatti, nella fattispecie si realizza la produzione di effetti che riverberano nella sfera giuridica di creditori che non hanno partecipato al contratto, integrando uno di quei «casi previsti dalla legge» che il legislatore, all'art. 1372, comma 2, cod. civ. pone come eccezione al principio *alteri stipulari nemo potest* ⁽³³⁾.

Giova invero rammentare come il codice civile abbia mitigato il rigore di tale principio - messo in dubbio già dai naturalisti olandesi ⁽³⁴⁾ benché sia stato riprodotto nella sua assolutezza fino all'ABGB del 1811 ⁽³⁵⁾ - prevedendo sia eccezioni alla relatività del contratto sia la stipulazione in favore del terzo ⁽³⁶⁾.

Tuttavia, si osserva come la convenzione di moratoria, pur derogando al principio di relatività del contratto, al contrario di altre eccezioni a tale principio, parrebbe *prima facie* produrre effetti sfavorevoli rispetto ai creditori non aderenti (es. differimento dell'esigibilità dei crediti, rinuncia temporanea ad azioni esecutive) ⁽³⁷⁾: si potrebbero comprendere quindi

⁽³³⁾ Si vedano in proposito le approfondite riflessioni di L. BALESTRA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, cit., p. 455, secondo il quale «l'art. 1372 c.c. già prevede una deroga all'efficacia relativa del contratto, sicché il richiamo nel contesto dell'art. 182-*septies* l.fall. appare del tutto inutile e fuoriero di ambiguità».

⁽³⁴⁾ Invero, Ugo Grozio aveva affermato la conformità al diritto naturale del contratto a favore di terzo: «*Si mihi facta est promissio, omissa inspectione an mea privatim intersit, quam introduxit jus Romanum, naturaliter videtur mihi acceptanti jus dari efficeindi, ut ad alterum jus perveniat, si et acceptet: ita ut medio tempore a promissore promissio revocari non possit; sed evo, cui facta est promissio, eam possim remittere. Nam is sensus juri naturae non repugnat, et verbis talis promissoris maxime congruit; neque nihil mea interest si per me alter beneficium acquirat*» (cfr. H. GROTIJ, *De jure belli ac pacis libri tres*, Amsterdam, 1701, p. 360 (lib. II, cap. 11, § 18, n. 1).

⁽³⁵⁾ Il § 881 del codice civile austriaco del 1811 nella traduzione per il Lombardo-Veneto statuiva che «Eccettuati i casi determinati dalla legge, niuno può fare od accettare per altri una promessa. Se però alcuno ha promesso di adoperarsi presso un terzo, od ha persino garantito la riuscita, dovrà soddisfare all'obbligazione a misura della sua promessa». In tale codice, i «casi determinati dalla legge» erano circoscritti unicamente alla rappresentanza e all'assicurazione sulla vita.

⁽³⁶⁾ È di particolare momento quanto affermato da A. GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto ai terzi*, in L. VACCA (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, IV Congresso Internazionale ARISTEC, Roma 13-16 settembre 1999, Torino, 2001, p. 340: «il principio della relatività degli effetti del contratto, inteso nel senso rigoroso in cui è stato codificato dal legislatore napoleonico, è stretto da questa contraddizione: da un lato non può evitare di soffrire eccezioni, pena la paralisi del traffico giuridico, ma dall'altro non offre alcun appiglio per ordinare in forma ragionevolmente coerente le eccezioni di cui è contornato».

⁽³⁷⁾ In proposito, attenta dottrina ha proposto di qualificare tale negozio come con-

l'espressa deroga prevista nell'art. 182-*septies* legge fallim. all'art. 1411 cod. civ. sul contratto a favore di terzi, nonché i dubbi di legittimità costituzionale della novella, là dove questa collegherebbe al contratto effetti svantaggiosi per i terzi⁽³⁸⁾.

In proposito, valga rammentare come la disciplina codicistica ammetta la produzione di effetti sui terzi subordinatamente alla presenza di due requisiti: che la stipulazione sia a favore del terzo e che sussista un interesse dello stipulante alla contrattazione.

Nella convenzione di moratoria l'eterodeterminazione del contratto con la propagazione dell'efficacia sui terzi è volta ad evitare che il creditore non aderente pregiudichi ostruzionisticamente, e dunque senza ragionevole e reale motivazione, il tentativo del debitore di regolare la crisi d'impresa negoziando una "tregua" con il ceto bancario.

Certamente il meccanismo *ex art. 182-septies* legge fallim. che permette l'estensione degli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti rappresenta sì una limitazione all'autonomia privata, la quale tuttavia è comunque sostanzialmente circoscritta⁽³⁹⁾ e subordinata al rispetto di determinati requisiti: che i destinatari dell'estensione degli effetti del patto abbiano posizione giuridica e interessi economici omogenei rispetto a quelli degli aderenti, come da attestazione di un professionista *ex art. 67*, comma 3, lett. d), legge fallim.; che siano stati informati dell'avvio delle trattative e messi in condizione di parteciparvi in buona fede.

Inoltre, con il rimedio dell'opposizione entro trenta giorni dalla comunicazione, il creditore non aderente potrà chiedere che la convenzione

tratto, più che a "sfavore di" con "prestazione al" terzo, «dato che i creditori non sono veri terzi (in quanto estranei all'accordo di ristrutturazione dei debiti, ma non al rapporto obbligatorio) e che secondo la Cassazione la fattispecie di cui all'art. 1411 c.c. non ricorre qualora il diritto attribuito al terzo sorga per legge» (così M. SPIOTTA, *Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1022).

⁽³⁸⁾ Cfr. M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., p. 1275, il quale osserva che «se è vero che l'art. 182-*septies* l.fall. è norma "pari-ordinata" rispetto all'art. 1372 c.c., tuttavia va considerato che il principio espresso dall'art. 1372 c.c. esprime una chiara declinazione del principio di autonomia negoziale e se si fa un passo in avanti si coglie che questo principio rinvia a quello di autonomia privata e, dunque, ad una sua rilevanza costituzionale. In questa cornice e nella prospettiva di accantonare il tema del rischio di illegittimità costituzionale della disposizione, a me pare che diventi importante verificare che effettivamente la convenzione di moratoria sia idonea a tutelare anche gli interessi dei non aderenti».

⁽³⁹⁾ Si ricorda infatti che l'art. 182-*septies*, comma 7, legge fallim. esclude 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.

di moratoria non produca effetti nei suoi confronti dimostrando che non sussiste il presupposto di omogeneità di posizione giuridica e interessi economici, di non aver ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e di non essere stati messi in condizione di partecipare alle trattative, di non potere essere soddisfatti in misura non deteriore rispetto alle concrete alternative⁽⁴⁰⁾.

Pertanto, se gli effetti estesi ai creditori non aderenti - informati adeguatamente e messi in condizione di partecipare alle trattative, con i quali il debitore ha svolto trattative in buona fede e aventi posizione giuridica e interesse economici omogenei ai creditori aderenti - esprimono una soluzione non inferiore alle alternative concretamente praticabili, non possono certo qualificarsi come sfavorevoli⁽⁴¹⁾.

Invero, dato che per superare il giudizio del tribunale in caso di opposizione, la convenzione di moratoria deve prevedere per i non aderenti un trattamento uguale o peggiore a quello concretamente conseguibile in assenza di moratoria, questa potrebbe essere assimilabile al contratto a favore di terzi ai sensi dell'art. 1411 cod. civ., il quale rappresenta la norma che esplicitamente prevede la possibilità di incidere la sfera giuridica altrui.

Si ravvisano infatti gli elementi essenziali e indefettibili di tale *figura iuris*, ossia il vantaggio economico indiretto in capo al terzo derivante dal contratto intervenuto tra altri soggetti e l'interesse ad attribuire direttamente al terzo tale vantaggio⁽⁴²⁾.

Lo stesso art. 1411 cod. civ. consente infatti espressamente di derogare alle previsioni di cui ai commi 2 e 3, rispettivamente in tema di acquisto

⁽⁴⁰⁾ È singolare osservare come il legislatore - con un *drafting* normativo di dubbia qualità - subordini l'estensione degli effetti ai terzi ai requisiti descritti al comma 5 dell'art. 182-*septies* legge fallim., precisando tuttavia che nell'eventuale giudizio di opposizione il tribunale dovrà verificare la sussistenza delle condizioni di cui al comma 4, terzo periodo, della stessa norma.

⁽⁴¹⁾ Si prescinde totalmente in tal caso dalla dimostrata compatibilità dello schema del contratto a favore di terzi con la produzione di effetti giuridici sfavorevoli in capo al beneficiario, qual è, ad esempio, un onere di comportamento, su cui cfr. A. MANIACI, *Il contratto a favore di terzi può comportare effetti sfavorevoli per il terzo?*, in *Contratti*, 2006, p. 1151.

⁽⁴²⁾ Sul punto, Cass., 19 agosto 1997, n. 7693, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1445, sostiene infatti che «per la configurabilità di un contratto a favore di terzi non è sufficiente che il terzo riceva un vantaggio economico indiretto dal contratto intervenuto tra altri soggetti, ma è necessario che questi ultimi abbiano inteso direttamente attribuirglielo, nel senso che i soggetti stessi, nella qualità di contraenti, abbiano previsto e voluto una prestazione a favore di un terzo estraneo al contratto, come elemento del sinallagma (Cass. 4.10.1994 n. 1188; 11.6.1983 n. 4012)».

del diritto da parte del terzo e revoca della stipulazione o rifiuto del terzo. Invero, il contratto a favore di terzo non configura una fattispecie tipica, dotata di propria autonomia causale, ma rappresenta uno schema plasmabile dall'autonomia privata, giacché costituisce una clausola accessoria ad un contratto principale grazie alla quale le parti prevedono la produzione di effetti negoziali a favore di un terzo⁽⁴³⁾.

Nella convenzione di moratoria è rintracciabile lo stesso schema del contratto a favore di terzi atteso che il promittente, ossia il soggetto dal quale il terzo acquista il diritto, è l'imprenditore in crisi, e lo stipulante è il creditore aderente.

Nella fattispecie l'intermediario finanziario che stipula la convenzione ha un ovvio interesse a che il creditore non aderente sia destinatario degli effetti contrattuali in quanto dal buon esito dell'operazione di ristrutturazione cui la moratoria è funzionale il creditore aderente potrà ottenere l'adempimento della propria prestazione.

Pertanto, è possibile configurare la convenzione *ex art. 182-septies* legge fallim. alla stregua di un contratto ai sensi dell'art. 1411 cod. civ. in quanto l'interesse dello stipulante - locuzione definita "sibillina"⁽⁴⁴⁾ - è espressione generica che non v'è ragione di interpretare restrittivamente

⁽⁴³⁾ Come infatti ha affermato G. GORLA, *Contratto a favore di terzo e nudo patto*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 589, il contratto a favore del terzo ha la causa del contratto c.d. principale cui accede, in quanto «non è una figura a sé, un tipo di contratto che si giustifichi di per sé agli occhi della legge; ma non è altro che un contratto, uno dei soliti contratti, in cui la prestazione, in tutto o in parte, è stipulata a favore del terzo», quindi «affinché dal contratto a favore di terzo nasca un diritto per il terzo questo contratto deve essere anzitutto un contratto (valido) tra le parti». Sulla stessa scia, utilizzando la distinzione tra fattispecie e contratto tipico, è stata ribadita la non configurabilità del contratto a favore di terzo quale contratto tipico osservandosi che «il contratto a favore di terzo è una fattispecie tipica, proprio in quanto esso è esplicitamente regolato dal diritto; altrettanto sicuro è però che la figura in esame non può essere considerata un contratto autonomo e diverso rispetto a quello cui accede il patto tendente a deviare gli effetti contrattuali a favore del terzo. Quest'ultimo patto è, infatti, inidoneo ad alterare la funzione tipica del negozio in cui è inserito, essendo la sua finalità quella di individuare il soggetto che dovrà beneficiare della prestazione. Il contratto a favore di terzo si caratterizza quindi, in quanto nel contenuto del negozio viene dalle parti inserita una clausola accessoria, diretta a deviare gli effetti negoziali a favore di un soggetto che non è parte» (così O.T. SCOZZAFAVA, voce «*Contratto a favore di terzi*», in *Enc. giur.*, III, ed. *Enc. it.*, 1988, p. 1). Secondo A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato Cicu - Messineo*, XXII, Milano, 1956, p. 56, la causa del contratto a favore altrui «si esaurisce nell'attribuzione del diritto al terzo». Per ulteriori riferimenti cfr. il recente studio di M. GIORGIANNI, *La partecipazione del terzo al rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, p. 1080.

⁽⁴⁴⁾ Così R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto a favore di terzo*, in *Tratt. Rescigno*, X, *Obbligazioni e contratti*, 2, Torino, 1995, p. 456.

intendendola come limitata all'interesse di far acquisire al terzo una prestazione⁽⁴⁵⁾.

Il tenore letterale dell'art. 1411, comma 1, cod. civ., invero, non induce a ritenere che l'interesse dello stipulante debba costituire la ragione sostanziale o la giustificazione causale dell'attribuzione del diritto al terzo, ma si dissolve esclusivamente nella volontà di trasferire il diritto al terzo. In proposito, infatti, la Suprema Corte ha precisato come l'esistenza di un interesse dello stipulante sia dimostrata dal mero fatto della stipulazione, essendo ultronea ogni indagine finalizzata a rintracciare un più specifico interesse⁽⁴⁶⁾.

Nella convenzione di moratoria l'interesse dello stipulante deve ritenersi quindi realizzato dallo scambio del consenso direttamente attributivo del diritto al terzo.

Posto che, come anticipato, la stipulazione a favore del terzo costituisce generalmente una determinazione accessoria, inidonea a incidere sulla causa del contratto cui accede, nella fattispecie della convenzione di moratoria l'elemento causale del contratto tra debitore e creditori rimane invariato e la propalazione al terzo degli effetti trova la propria giustificazione al di fuori della struttura dell'accordo dotato di una propria causa autonoma, che non viene inficiata dal meccanismo di deviazione degli effetti contrattuali verso i terzi.

Infine, la circostanza che al momento della stipula della convenzione tra il debitore e uno o più creditori bancari non siano ancora individuati i creditori non aderenti destinatari degli effetti non impedisce la configurazione della convenzione di moratoria come contratto a favore di terzi. Invero, affinché un contratto ai sensi dell'art. 1411 cod. civ. sia valido non occorre che al momento del suo perfezionamento i terzi siano già

⁽⁴⁵⁾ L'interpretazione della disposizione è stata dibattuta in dottrina, a fronte tuttavia di un utilizzo quasi esclusivamente declamatorio della formula da parte della giurisprudenza. Come è stato opportunamente osservato da L. BOZZI, *Del contratto a favore di terzi*, in E. NAVARRETTA-A. ORISTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, artt. 1387-1424, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, 2012, p. 310, «non si intende negare che (la volontà del)l'attribuzione al terzo deve essere giustificata e che l'operazione negoziale nel suo complesso deve corrispondere ad un criterio di razionalità, ma solo dubitare dell'«efficienza» dell'interesse dello stipulante - che si identifica, in ultima analisi, con la volontà stessa di stipulare in favore del terzo - a costituire (unico o principale) strumento in tal senso».

⁽⁴⁶⁾ Così, Cass., 9 aprile 2014, n. 8272, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 978. Nello stesso senso cfr. le osservazioni su tale profilo di F. ANGELONI, *Contratto a favore di terzo*, nel *Commentario Scialoja-Branca, Zanichelli-Foro it.*, 2004, *sub* art. 1411 cod. civ., p. 86; O.T. SCOZZAFAVA, voce «*Contratto a favore di terzi*», cit., p. 6.

determinati, essendo sufficiente che siano determinabili, individuando quanto meno il criterio per identificarli allorché l'obbligazione dovrà essere adempiuta⁽⁴⁷⁾. In questa ipotesi, si configura una fattispecie di contratto ad obbligazioni alternative, caratterizzata dal fatto che l'alternatività non riguarda le prestazioni sulle quali poi effettuare la scelta, ma i soggetti⁽⁴⁸⁾.

6. *La tutela del creditore non aderente.*

La disciplina della convenzione di moratoria è effettivamente idonea a tutelare anche gli interessi dei non aderenti: l'autonomia contrattuale del creditore che sceglie di non aderire alla convenzione di moratoria non è quindi pregiudicata a vantaggio dell'interesse generale al buon esito dell'operazione di ristrutturazione⁽⁴⁹⁾.

Il meccanismo di tutela del creditore terzo cui viene estesa l'efficacia del negozio consente dunque di salvaguardare la legittimità costituzionale dell'istituto, senza alcuna subvalenza degli interessi del creditore che subisce gli effetti della convenzione a quelli della collettività dei creditori coinvolti nell'operazione di regolazione della crisi.

Il creditore non aderente può invero evitare di essere destinatario degli effetti della convenzione mediante opposizione al tribunale, "rifiutando" così di profittare del contratto in ossequio al principio *invito beneficium non datur*⁽⁵⁰⁾.

Mentre infatti la convenzione di moratoria è perfetta ed efficace tra gli stipulanti al momento dello scambio dei consensi, l'estensione degli effetti ai non aderenti è subordinata alla ricorrenza degli specifici requisiti sopra

(47) Ne costituisce un esempio l'assicurazione per conto di chi spetta, contemplata dall'art. 1891 cod. civ. in cui il beneficiario è indeterminato al momento della stipula della polizza. Del resto, la giurisprudenza ha espressamente riconosciuto che nel nostro ordinamento «è pienamente ammissibile il contratto a favore di terzo nel quale il beneficiario non sia ancora venuto ad esistenza, come soggetto giuridico, al momento della stipulazione» (così, Cass., 17 dicembre 1975, n. 4143, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, p. 967; e in senso analogo Cass., 21 novembre 2008, n. 27624, in *Corr. trib.*, 2009, p. 337).

(48) Si vedano, in tal senso, le osservazioni di P. CALICETI, *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*, Padova, 1994, p. 69, e M. TAMPONI, *Il contratto a favore di terzo*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, Torino, 2000, p. 371.

(49) Come invece ritenuto, tra gli altri, da N. NISIVOCIA, *Il nuovo art. 182 septies l. fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?*, cit., p. 1184. In termini non dissimili si esprime L. FOLLIERI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti ed efficacia giuridica*, in *Contratti*, 2015, p. 1171.

(50) In tal senso cfr. U. MAJELLO, voce *Contratto a favore di terzo*, p. 241; M. TAMPONI, *Il contratto a favore di terzo*, cit., p. 382.

enunciati: adesione alla moratoria di intermediari finanziari che rappresentino almeno i tre quarti dei crediti finanziari oggetto del processo di ristrutturazione; informazione ai non aderenti in relazione all'avvio delle trattative e invito a tutte le banche a partecipare in maniera informata e consapevole; attestazione dell'omogeneità di posizione giuridica e di interessi economici tra i creditori interessati, in modo da propagare gli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti appartenenti alla stessa categoria omogenea.

Inoltre, come anticipato, in caso di opposizione il tribunale dovrà verificare la sussistenza dei presupposti per l'omologazione dell'accordo con intermediari finanziari (omogeneità dei soggetti coinvolti, completezza delle informazioni, correttezza delle trattative, raggiungimento della maggioranza qualificata) tra le quali assume particolare momento l'accertamento di una "soddisfazione", in base alla convenzione, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Dunque, la posizione del creditore terzo non è per nulla trascurata, in quanto deve necessariamente essere reso partecipe dell'operazione di regolazione della crisi, contemplandosi esplicitamente un diritto di partecipazione informata alle trattative, alla cui salvaguardia è poi improntato l'eventuale successivo controllo del tribunale.

In capo al debitore, perciò, non si può configurare un diritto potestativo, nel senso di ritenerlo titolare del potere di modificare unilateralmente il rapporto giuridico con alcuni propri creditori. Infatti, ciò imporrebbe - nell'ambito del c.d. rapporto giuridico potestativo⁽⁵¹⁾ - di reputare specularmente in posizione di soggezione i creditori non aderenti cui vengono estesi gli effetti. È noto che quest'ultima situazione giuridica è propria di chi subisce la modificazione della propria sfera giuridica ad opera dell'atto unilaterale di un altro soggetto, senza poter agire perché tali effetti si producano né per evitare che si realizzino. Nella convenzione di moratoria, invece, non è riscontrabile una posizione di mera inerzia in quanto i creditori terzi saranno destinatari degli effetti di quanto previsto dalle parti negoziali - fatto salvo il divieto di imporre nuove prestazioni ai sensi dell'art. 182-*septies*, comma 7, legge fallim. - solo se adeguatamente informati e coinvolti nelle trattative e qualora un professionista abbia

(51) Vale a dire la relazione giuridica specifica che intercorre tra un soggetto titolare del potere e un altro destinato a subire gli effetti del suo esercizio. In proposito, si vedano L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, 1967, p. 71; A. LENER, *Potere (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 629.

attestato l'omogeneità di posizione giuridica e interessi economici tra tutti i creditori⁽⁵²⁾.

A differenza degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari in cui è prevista la fase giudiziale dell'omologa, la convenzione di moratoria vede il controllo del tribunale attivabile solo in via eventuale e su impulso di uno dei soggetti destinatari degli effetti del negozio. Si spiega così la necessità dell'attestazione di un professionista quale funzione di garanzia sull'omogeneità delle categorie, non richiesta invece nell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari in cui la ricorrenza dello stesso requisito deve essere accertata nel giudizio di omologa del tribunale⁽⁵³⁾.

Il terzo può quindi ben rifiutare di subire gli effetti della convenzione, ma tale rifiuto è sottoposto ad uno scrutinio da parte del giudice volto ad appurarne l'eventuale carattere abusivo⁽⁵⁴⁾.

L'esercizio del diritto dei creditori terzi di profittare dell'accordo stipulato in loro favore non può dunque sfociare in abuso del diritto, il quale costituisce peculiare esplicitazione del principio di buona fede⁽⁵⁵⁾.

(52) Non vi è dunque alcun «obbligo di rinegoziazione o di adesione coatta/forzosa dei creditori bancari recalcitranti» come invece affermato da M. SPIOTTA, *Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, cit., p. 1025.

(53) Il perimetro valutativo dell'attestatore deve intendersi strettamente limitato al tema dell'omogeneità, non concordandosi, dato il silenzio del legislatore, con l'autorevole opinione (R. RANALLI, *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182-septies*, cit., p. 899) che ritiene l'ambito dell'attestazione esteso anche alla verifica di affidabilità dei dati contabili delle posizioni debitorie, alla completezza informativa fornita ai creditori bancari, nonché alla sussistenza della buona fede nelle trattative e alla convenienza (per le quali si reputa che l'attestatore debba esprimersi in termini di *negative assurance*). Invero, oltre a richiamare il tratteggio adagio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, giova osservare come i menzionati elementi, benché connessi al requisito dell'omogeneità delle posizioni giuridiche e degli interessi economici dei creditori, non siano pregiudiziali ad esso.

(54) Giova peraltro rammentare come secondo C.M. BIANCA, *Eccezione di inadempimento e buona fede*, in *Realtà sociale ed effettività della norma*, I, Milano, 2002, p. 905, ciascuna parte sia tenuta a tollerare quelle modifiche del programma contrattuale che meglio realizzino l'interesse della controparte senza pregiudicare il proprio e ad esercitare i suoi poteri discrezionali «in modo da salvaguardare l'utilità della medesima controparte, compatibilmente con il proprio interesse o con l'interesse a tutela del quale il potere è stato conferito».

(55) Per una diversa ricostruzione dei rapporti tra divieto di abuso e canone della buona fede, cfr. G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 646; Id., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 11, secondo il quale mentre il divieto di abuso esprimerebbe un sindacato causale sull'esercizio del diritto (verificando il perseguimento dello scopo oggettivo dell'attribuzione), invece la buona fede consentirebbe un controllo sulle modalità di esercizio del diritto.

Ovviamente, non si pretende dal creditore una condotta tesa a tutelare gli interessi del debitore al buon esito dell'operazione di ristrutturazione, con un'adesione cieca e incondizionata all'accordo, potendo e dovendo egli pur sempre salvaguardare il proprio diritto di credito con mezzi legittimi e perciò anche con il rifiuto di una proposta di ristrutturazione. Tuttavia, il creditore non potrà esercitare la propria facoltà di rifiuto in maniera arbitraria, cagionando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio in capo al debitore e agli altri creditori aderenti.

In ogni caso, giova osservare come l'art. 182-*septies* legge fallim. consenta l'estensione ai creditori finanziari non aderenti degli effetti della convenzione ma non impedisce che vi siano iniziative giudiziarie da altri creditori, con i quali, specialmente i fornitori, è assai arduo stipulare un accordo di *standstill*, a meno che l'impresa non abbia fornitori strategici e di rilevante forza economica.

7. Il giudizio del tribunale come valutazione sul carattere abusivo del rifiuto del creditore terzo.

Si è rimarcato come il creditore non aderente cui vengono estesi gli effetti della convenzione non sia privo di tutela. Invero, il creditore in piena autonomia effettua una propria valutazione d'opportunità economica e quindi può manifestare il proprio rifiuto di voler profittare degli effetti della convenzione di moratoria esercitando il rimedio dell'opposizione. Tuttavia tale rifiuto tracima in abuso qualora non risponda a criteri di ragionevolezza valutabili alla luce della correttezza delle trattative, della richiesta omogeneità di posizione giuridica e interesse economico con gli altri creditori della stessa categoria e dell'assenza di concrete alternative poziori.

Pertanto, in sede di opposizione, il tribunale applicando la "lente" della buona fede, è chiamato a verificare l'abusività o meno del rifiuto del terzo ad essere destinatario degli effetti della convenzione⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁶⁾ Il fondamento normativo dell'abuso del diritto è largamente ricondotto dalla giurisprudenza alla buona fede oggettiva, osservandosi che quest'ultima comporta «quale ineludibile corollario, il divieto per ciascun contraente, di esercitare verso l'altro i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati» (così Cass., 31 maggio 2010, n. 13208 in *Giur. it.*, 2011, p. 794). Su tale premessa, la stessa Cassazione, anche richiamando il principio di ragionevolezza, ha osservato che «l'assenza nel nostro codice di una norma che sanziona, in via generale, l'abuso del diritto - che costituisce il vero punto critico delle risposte giudiziarie di volta in volta sollecitate sul punto - non ha impedito, a una giurisprudenza attenta alle posizioni soggettive in sofferenza, di sanzionare con l'illegittimità la cosiddetta interruzione brutale del credito, e

La valutazione del rifiuto di contrarre quale possibile fattispecie di abuso del diritto non costituisce un *unicum* nel nostro ordinamento.

Nel primo libro del codice è infatti disciplinata dall'art. 181 cod. civ. l'ipotesi del "rifiuto del consenso" di uno dei coniugi alla stipulazione di un atto di straordinaria amministrazione, in cui il giudice è tenuto a valutare la corrispondenza della conclusione dell'atto all'interesse della famiglia o dell'azienda e, in caso di vaglio positivo, ad autorizzare la stipula. In aggiunta, ai sensi dell'art. 395 cod. civ., qualora un minore emancipato intenda compiere un atto di straordinaria amministrazione, il rifiuto del consenso del curatore, se reputato ingiustificato dal giudice tutelare, può essere superato con la nomina di un curatore speciale⁽⁵⁷⁾.

Numerose sono inoltre le ipotesi in materia di diritto dell'impresa.

Invero, la legge sulla subfornitura all'art. 9 della L. n. 192/1998 è esplicita nell'affermare al comma 2 che «l'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare»⁽⁵⁸⁾. In tale disciplina

cioè il recesso di una banca da un rapporto di apertura di credito tutte le volte in cui, benché pattiziamente consentito, esso assuma connotati di arbitrarità (cfr. Cass., 21.2.2003, n. 2642; Cass., 16.10.2003, n. 15482); ovvero di colpire con l'invalidità la delibera assembleare affetta da eccesso di potere della maggioranza, in quanto adottata ad esclusivo beneficio della stesa ed in danno dei soci di minoranza (cfr. Cass. 11.6.2003, n. 27387), spingendosi al punto da prefigurare, in ambito contrattuale, in nome del dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., un sindacato - anche in senso modificativo o integrativo - dello statuto negoziale (cfr. Cass., S.U., 15.11.2007 n. 23726; Cass., 20.4.1994, n. 3775; Cass., 24.9.1999, n. 10511; Cass., S.U., 13.9.2005, n. 18128) nonché un controllo di ragionevolezza di singole clausole, in funzione di contemperamento degli opposti interessi dei paciscenti (cfr. Cass. civ., 18.9.2009 n. 20106)».

⁽⁵⁷⁾ Fuori dai casi di rifiuto a contrarre, inoltre, nell'adozione di persone maggiorenni (art. 297 cod. civ.), il tribunale è chiamato a valutare se il rifiuto del coniuge o dei genitori sia «ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando» pronunciando, in tali ipotesi, ugualmente l'adozione.

⁽⁵⁸⁾ Il c.d. "rifiuto di contrarre" o "di contrattare" (in inglese, "*refusal to deal*" o "*refusal to supply*") rientra tra le fattispecie sia di abuso di dipendenza economica che di posizione dominante. Nella giurisprudenza nazionale, si osserva che «la valutazione della sussistenza della dipendenza economica comporta l'esame dell'esistenza di alternative di mercato all'impresa dominante (art. 9, comma 1°, ultimo periodo). Pur non costituendo il parametro esclusivo, l'esistenza di alternative di mercato assume notevolissima rilevanza per valutare la dipendenza economica, in quanto tale condizione appare immodificabile se l'impresa dipendente non ha una concreta possibilità di emanciparsi instaurando diversi rapporti commerciali. Le forme attraverso le quali può realizzarsi l'abuso della dipendenza economica sono quelle del rifiuto di contrarre (di vendita o acquisto, precedute o meno da pregressi rapporti contrattuali tra le parti) e dell'imposizione di clausole negoziali ingiustificatamente gravose o discriminatorie (art. 9, comma 2). Tali comportamenti si sostanziano in forme specifiche di responsabilità precontrattuale (rifiuto di contrarre) o di imposizione di clausole contrattuale, entrambe riferibili all'obbligo di buona fede gravante sulle parti contrattuali in tutte le fasi di svolgimento della relazione contrattuale, dalle trattative (art. 1337 c.c.), alla esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.)» (così, Trib. Torre Annunziata, 30

si prevede un giudizio comparativo, giacché la dipendenza economica è apprezzata tenendo conto anche «della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti» (art. 9, comma 1), al pari della valutazione cui è chiamato nella convenzione di moratoria il tribunale in sede di opposizione, là dove deve indagare che il soddisfacimento del terzo che si è rifiutato di aderire «non sia inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili».

Inoltre, secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale, il rifiuto di contrarre integra uno sfruttamento abusivo di posizione dominante sanzionato ai sensi dell'art. 102 TFUE nonché *ex art.* 3 della L. n. 287/1990. In particolare, la giurisprudenza comunitaria sulle c.d. *essential facilities* prevede una sorta di obbligo di contrarre in capo alle imprese che godono di una posizione dominante garantita dalla possibilità di utilizzare determinate infrastrutture o diritti di privativa, censurando il rifiuto abusivo di contrarre⁽⁵⁹⁾.

marzo 2007, in *Giur. mer.*, 2007, 11, p. 2900). In dottrina, cfr. S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. e dir. priv.*, fasc. 2, 2011, p. 365; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra la disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, p. 121 e L. ALBERTINI, *Antitrust, rifiuto di contrarre ed esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre*, in *Giust. civ.*, fasc. 2, 1998, p. 521, il quale in particolare afferma la possibilità di ottenere l'attuazione forzata dell'obbligo di contrarre secondo l'art. 2932 cod. civ.

⁽⁵⁹⁾ La giurisprudenza della Corte di Giustizia fin dai casi Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Commissione delle Comunità Europee, sentenza 6 marzo 1974, cause riunite 6-7/73, in *Racc.*, 1974, p. 223, ha ritenuto che «il detentore di una posizione dominante sul mercato delle materie prime che, nell'intento di riservare tali materie prime alla propria produzione di prodotti finiti, rifiuta di rifornire un proprio cliente, anche esso fabbricante di prodotti finiti, con il rischio di eliminare del tutto dal mercato il cliente e concorrente, ai sensi dell'art. 86 [ora 102, n.d.a.] sfrutta in modo abusivo la propria posizione dominante». Analogamente, nella decisione della Commissione, 18 luglio 1988, Napier Brown/British Sugar, caso IV/30178 par. 64, in G.U. L 284 del 19 ottobre 1988, p. 41, quest'ultima società è stata sanzionata per aver «abusato della propria posizione dominante rifiutando di fornire lo zucchero industriale a N.B. [Napier Brown, n.d.a.] senza necessità obiettiva, con l'intento o la conseguenza prevedibile di accelerare il ritiro di N.B. dal mercato britannico dello zucchero destinato al dettaglio, riducendo in tal modo la concorrenza su tale mercato». In senso analogo, cfr. Corte di Giustizia, sentenza 5 ottobre 1988, causa 238/87, in *Foro it.*, Rep. 1989, voce *Comunità europee*, n. 340; Corte di Giustizia, sentenza 6 aprile 1995, causa 241/91, in *Riv. dir. ind.*, 1996, II, p. 115; Corte di Giustizia, sentenza 26 novembre 1998, causa 7/97, in *Racc.*, 1998, I-7791; Corte di Giustizia, sentenza 29 aprile 2004, causa 418/01, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, p. 455. Per l'esperienza italiana in materia di *essential facilities* cfr. il provvedimento dell'AGCM, 25 febbraio 1999, A 221 - Snam/Tariffe di vettoriamento, in *Boll.* n. 8, 1999. In senso analogo cfr. AGCM, 4 marzo 1992, 3C *Communications*, in *Boll.*, 1992, p. 5; AGCM, 11 febbraio 1994, A.I.S. / A.T.I. / Italkali, in *Boll.*, 1994., p. 6; AGCM, 27 aprile 1995, *Sign / Stet - Sip*, in *Boll.*, 1995, p. 17; AGCM, 11 aprile 1996, *Compagnia portuale di Brindisi*, in *Boll.*, 1996, p. 28. In dottrina si vedano inoltre le riflessioni di V. MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003, p. 79; C. OSTI, *L'obbligo a*

A differenza dell'obbligo del monopolista legale di cui all'art. 2597 cod. civ., tali particolari obblighi di contrarre si riferiscono a fattispecie in cui l'accesso al servizio non avviene in modo automatico, in quanto la gestione delle c.d. *essential facilities* presenta un ambito di discrezionalità all'interno del quale è legittimo il rifiuto di contrarre. Al fine di commercializzare determinati servizi o beni anche immateriali e preservare il regime di concorrenza si sanziona in tal caso proprio il rifiuto di contrarre qualora sia espressione di abuso di posizione dominante.

In aggiunta, giova rammentare la posizione, sebbene isolata, che applica la teoria del c.d. "monopolio riflesso" definito come quello che «non è effetto diretto di una previsione normativa *ad hoc* ma è conseguenza del concorrere di leggi o provvedimenti amministrativi rivolti a finalità diverse (rispetto all'istituzione del monopolio) che però in concreto determinano la situazione di privativa»⁽⁶⁰⁾. Si adotta in tal modo «una lettura estensiva della nozione di monopolio legale offerta dall'art. 2597 cod. civ., così da ricomprendervi anche il monopolio riflesso», sanzionando «il rifiuto di contrarre, da ricomprendere nella lett. b) dell'art. 3 della legge n. 287/1990» ossia nell'abuso di posizione dominante⁽⁶¹⁾.

In tutte le menzionate fattispecie si assiste indubbiamente ad una limitazione dell'autonomia privata che richiede un'attenta ponderazione, precipuamente finalizzata ad instaurare un mercato il più possibile razionale.

Allo stesso modo, nell'art. 182-*septies* legge fallim. non è previsto uno specifico obbligo di contrarre, ma si sanziona l'abuso del rifiuto di contrarre da parte del creditore finanziario coinvolto in una convenzione di moratoria, al ricorrere di determinati presupposti precisati dal comma 4 della stessa norma: analogamente alle fattispecie sopra enunciate anche in tale sede il tribunale deve stabilire quale condotta occorre osservare in concreto, in base ad un parametro che abbraccia tipicità sociale ed equilibrata tutela degli opposti interessi.

Di conseguenza, dovrà ritenersi abusiva la condotta del creditore il quale, dopo aver ricevuto corrette informazioni ed essere stato messo in condizione di partecipare alle trattative svolte in buona fede, decida comunque di non aderire all'accordo benché questo preveda a suo favore un

contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica, in *Contratto e antitrust*, a cura di A. ZOPPINI-G. OLIVIERI, Roma-Bari, 2008, p. 26; ID., *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004.

⁽⁶⁰⁾ Così Trib. Catania, sez. dist. di Mascalucia, 14 marzo 2002, in *Diritto.it*.

⁽⁶¹⁾ *Ivi*.

vantaggio uguale o superiore alle alternative concretamente praticabili, e sebbene sia stato accettato da creditori aventi posizione giuridica e interessi economici omogenei rappresentanti il settantacinque per cento dei crediti. Pertanto, il tribunale è tenuto ad appurare la convenienza dell'accordo rispetto al creditore che si è rifiutato di aderire, riscontrando che il sacrificio provvisorio derivante dall'estensione dell'efficacia del vincolo a tale creditore terzo sia almeno compensato dalle maggiori utilità che possono scaturirgli proprio dall'esecuzione dell'accordo.

Occorre dunque applicare il parametro di rilevanza costituzionale della ragionevolezza, che presiede la valutazione di abusività delle azioni, anche di quelle astrattamente legittimate dalla titolarità di una situazione di vantaggio⁽⁶²⁾.

Tale principio - affine alla buona fede *in executivis*⁽⁶³⁾ - è espressamente richiamato in alcune disposizioni codicistiche⁽⁶⁴⁾ quale metro di valutazione dei comportamenti sotto il profilo della adeguatezza e dell'opportunità degli stessi, in modo da verificare se, date le circostanze concrete, la condotta posta in essere dalle parti sia adeguata al soddisfacimento dell'interesse della controparte e conforme alla *ratio* dell'obbligo stesso⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶²⁾ Si veda in proposito l'interessante saggio di S. TROIANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, p. 497, e sul principio di ragionevolezza come parametro costituzionale cfr. L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, p. 899.

⁽⁶³⁾ In tal senso, cfr. L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars interpretandi - Annuario di ermeneutica giuridica*, 2002, p. 373. Sulla ragionevolezza si veda l'approfondito lavoro di S. ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati - Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Milano, 2008; E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010.

⁽⁶⁴⁾ Nel codice civile il richiamo alla ragionevolezza è presente in numerose norme: in materia di assenza l'art. 49 cod. civ., si attribuisce la legittimazione a domandare la dichiarazione di assenza a chiunque «ragionevolmente creda di avere sui beni dello scomparso diritti dipendenti dalla morte di lui»; tra le regole che presidono all'ermeneutica contrattuale l'art. 1365 cod. civ. prevede che «quando in un contratto si è espresso un caso al fine di spiegare un patto, non si presumono esclusi i casi non espressi, ai quali, secondo ragione, può estendersi lo stesso patto»; nella disciplina del mandato l'art. 1711 cod. civ. riconosce al mandatario la possibilità di discostarsi dalle istruzioni ricevute dal mandante, «qualora circostanze ignote al mandante, e tali che non possano essere comunicate in tempo, facciano ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione»; infine nel contratto di deposito in albergo l'art. 1783 cod. civ., la ragionevolezza è assunta quale criterio di determinazione dell'arco temporale all'interno del quale l'albergatore e i suoi familiari sono responsabili per il deterioramento, la perdita o la sottrazione delle cose portate dal cliente.

⁽⁶⁵⁾ La ragionevolezza oltre che come criterio di valutazione di una condotta può inoltre assumere il significato di tecnica di decisione che impone un bilanciamento tra interessi tendenzialmente equiordinati, sancendo la prevalenza dell'uno o dell'altro dopo

Il giudizio di abusività si innesta dunque sul terreno dei criteri di ragionevolezza desunti dalla realtà dei traffici nel senso di verificare la razionalità minima del rifiuto⁽⁶⁶⁾, misurando la coerenza dell'esercizio del diritto con le finalità oggettive del diritto della crisi d'impresa⁽⁶⁷⁾.

Il divieto di abuso del diritto quale "formalizzazione" della clausola generale di buona fede in funzione valutativa⁽⁶⁸⁾, richiamata ben tre volte nell'art. 182-*septies* legge fallim., impone quindi di valorizzare l'autonomia sostanziale dei contraenti, concretizzata nello specifico programma negoziale, evitando tuttavia ingiustificati e irragionevoli arbitri⁽⁶⁹⁾.

Il tribunale, dunque, deve utilizzare il criterio della buona fede al fine di valutare il negozio stipulato tra le parti, verificando che l'assetto pattuito dall'autonomia dei contraenti risponda ai requisiti legali posti a tutela dei creditori e che non sia irragionevolmente pregiudicato da uno dei creditori non aderenti⁽⁷⁰⁾.

aver soppesato tutte le circostanze del caso. Tale accezione è presente nel diritto *antitrust* e corrisponde alla c.d. *rule of reason* adottata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, a partire dalla sentenza *Standard Oil v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1910), secondo la quale dovrebbero essere proibite solamente le intese dirette a restringere il commercio "irragionevolmente", ponendosi dunque come obiettivo quello di garantire il massimo benessere sociale mediante la valutazione degli effetti benefici della concorrenza.

⁽⁶⁶⁾ Sul punto si rinvia alle lucide osservazioni di C. SCOGNAMIGLIO, *I problemi della causa e del tipo*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto*, II - Regolamento, a cura di G. VETTORI, Milano, 2006, p. 115.

⁽⁶⁷⁾ Sulla connessione tra giudizio di ragionevolezza e abuso del diritto cfr. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 3, 1, p. 231.

⁽⁶⁸⁾ Sulla buona fede come standard valutativo delle condotte si veda l'analisi di A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro attuazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 1.

⁽⁶⁹⁾ Giova sottolineare come nella disciplina statunitense, ritenuta modello ispiratore delle riforme che hanno interessato la legge fallimentare negli ultimi lustri, si rintracciano numerosi richiami alla buona fede dei vari soggetti coinvolti e alla ragionevolezza equitativa delle soluzioni adottate. Infatti, nel *Chapter XI* del *Bankruptcy Code* si prevede che il piano possa essere approvato solo se sia stato proposto in buona fede e possa essere confermato dalla Corte unicamente se regolamenta in modo equo i diritti dei creditori (si veda in particolare § 1129). Analogamente, l'*Insolvenzordnung* tedesco prevede sia il divieto di ostruzionismo delle minoranze in pregiudizio della maggioranza sia la tutela delle minoranze da abusi a loro danno.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, 5, I, p. 1514, secondo la quale «il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi (cfr., in particolare, Cass. nn. 3775/94 e 10511/99), a maggior ragione deve ora riconoscersi che un siffatto originario equilibrio del rapporto obbligatorio, in coerenza a quel principio, debba essere mantenuto fermo in ogni successiva fase, anche giudiziale, dello stesso (cfr. Cass. n. 13345/06) e non possa quindi essere alterato, ad iniziativa del creditore, in danno del debitore». Si veda altresì Cass., Sez. Un., 26 giugno 2009, n. 20106, in *Giur. comm.* 2011, 2, II, p. 286.

In particolar modo, giova rimarcare come nell'ambito della convenzione di moratoria, l'autorità giudiziale sia tenuta a perseguire l'interesse del contraente debole che nella fattispecie non è predeterminato. Invero, a seconda delle circostanze, può essere incarnato dall'imprenditore in crisi che si vede opposto un ingiustificato e opportunistico rifiuto da parte della banca ad accettare la ristrutturazione del credito sebbene non vi siano soluzioni «alternative concretamente praticabili» migliori, o dal creditore finanziario che senza essere stato adeguatamente informato né coinvolto nelle trattative si vedrebbe imporre una modifica del proprio diritto di credito.

Infatti, come è stato autorevolmente osservato, l'abuso del diritto è volto a sindacare l'esercizio di prerogative attribuite dall'ordinamento per evitare che esso «possa essere immorale o irragionevole o anormale o asociale o contrario alla verità»⁽⁷¹⁾.

Pertanto, anche nella convenzione di moratoria *ex art. 182-septies* legge fallim., la clausola generale di buona fede oggettiva - più volte espressamente citata nella norma - si conferma come filtro di giudizio per individuare nel caso concreto la sussistenza di condotte abusive⁽⁷²⁾. Proprio la formula dell'abuso del diritto, che implica un'analisi "prismatica" dell'esercizio della situazione giuridica soggettiva, riemerge quindi con riferimento alla posizione del creditore che è posto di fronte all'alternativa di aderire o meno alla convenzione e che in caso di rifiuto irragionevole *rectius* abusivo sarà, sebbene terzo, destinatario degli effetti del contratto.

8. *L'interpretazione del requisito della "soddisfazione" in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili.*

L'oggetto del sindacato del tribunale investito dell'opposizione giudiziale in sede di omologa ai sensi del quarto comma dell'art. 182-*septies* legge fallim., riguarda soprattutto la verifica della possibilità che i non

(71) Così P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 43.

(72) Per un quadro generale sull'argomento variamente dibattuto in dottrina, si rinvia alle approfondite analisi di U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997. III. L'abuso del diritto*, Padova, 1997, p. 11; F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, p. 171; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., p. 19; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, cit., p. 15; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 297; F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 491; ID., *Abuso contrattuale*, in *Enc. giur.*, 2007, I, p. 1; C. SALVI, *Abuso del diritto*, *I Diritto civile*, in *Enc. Giur.*, vol. I, t. I, Roma, 1988, p. 5; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, p. 75.

aderenti possano essere soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili⁽⁷³⁾. Pertanto, è evidente come la cognizione del tribunale contempra innegabilmente il merito dell'accordo, realizzando un giudizio sulla convenienza della proposta formulata dal debitore.

In altre parole, il tribunale è tenuto ad appurare l'utilità dell'accordo proposto sia rispetto al trattamento offerto agli altri creditori affini per interessi economici e posizione giuridica - ossia l'omogeneità della categoria creditoria - sia rispetto alle alternative praticabili, in linea con quanto contenuto nella Raccomandazione della Commissione UE 12 marzo 2014 n. 2014/135/UE⁽⁷⁴⁾.

Una valutazione comparativa nei termini di un "best interest test" non è un'ipotesi isolata nella disciplina fallimentare, essendo prevista anche

⁽⁷³⁾ Riecheggia il modello statunitense là dove il *Bankruptcy Code*, tit. 11, *Chapter XI*, § 1129 (7) prevede che: «*With respect to each impaired class of claims or interests - (A) each holder of a claim or interest of such class - (i) has accepted the plan; or (ii) will receive or retain under the plan on account of such claim or interest property of a value, as of the effective date of the plan, that is not less than the amount that such holder would so receive or retain if the debtor were liquidated under chapter 7 of this title on such date*». Ciò può avvenire se il piano non discrimini ingiustificatamente le classi danneggiate (*unfair discrimination*), e lo stesso sia giusto ed equo (*fair and equitable*). In tal caso si realizza un *individual veto*, secondo il principio coniato nel caso in *Re Case v. Los Angeles Lumber Prods. Co.*, 308 U.S. 106 (1939). Analogamente, nella disciplina tedesca dell'*Insolvenzordnung* (di ispirazione statunitense), nell'ambito della divisione dei creditori in gruppi (§§ 222 e 243), l'*Obstruktionsverbot* consente al tribunale di superare il voto contrario espresso all'interno di un gruppo (il § 244 esige il voto favorevole della maggioranza dei votanti che rappresenti più della metà dei crediti in ogni gruppo) qualora la situazione dei creditori che vi fanno parte, in assenza del piano, non possa essere migliore ed i creditori sono chiamati a partecipare in giusta misura ai vantaggi del piano (§ 245). In particolare, nel § 245 *InsO* si stabilisce che per l'omologazione del concordato è necessario che alle classi dissenzienti sia comunque assicurata una partecipazione al plusvalore complessiva del piano anche attraverso la previsione di un'apposita compensazione del pregiudizio ragionevolmente lamentato dal singolo creditore: «*die Glaubiger dieser Gruppe angemessen an dem wirtschaftlichen Wert beteiligt werden*»; «*Eine angemessene Beteiligung [...] liegt vor wenn nach dem Plan [...] kein Glaubiger, der ohne einen Plan gleichrangig mit den Glaubigern der Gruppe zu befriedigen wäre, besser gestellt wird als diese Glaubiger*». Anche l'opposizione del debitore non preclude l'approvazione del piano nel caso in cui, rispetto alla liquidazione concorsuale, la sua situazione non risulta peggiore (§ 247). I singoli creditori possono comunque proporre opposizione all'omologa del piano qualora questo riservi loro un trattamento peggiore rispetto a quello che loro spetterebbe in assenza del piano (§ 251).

⁽⁷⁴⁾ Cfr. Raccomandazione della Commissione UE 12 marzo 2014 n. 2014/135/UE, la quale al 19° Considerando prevede che il giudice effettui una valutazione di convenienza comparativa in seguito alla quale debba «*respingere il piano di ristrutturazione se è probabile che il tentativo di ristrutturazione limiti i diritti dei creditori dissenzienti in misura superiore rispetto a quanto questi potrebbero ragionevolmente prevedere in assenza di ristrutturazione dell'impresa del debitore*».

dall'art. 160, comma 2, legge fallim. in tema di soddisfazione dei creditori, nonché dall'art. 180, comma 4, legge fallim. in materia di omologa del concordato.

Tuttavia, a differenza della fattispecie concordataria, nel giudizio di opposizione nella convenzione di moratoria l'indagine di merito coinvolge tutti i creditori non aderenti e non solo i creditori privilegiati (art. 160 legge fallim.) o quelli appartenenti alle classi dissenzienti (art. 180 legge fallim.). Tale difformità è giustificata dalla natura contrattuale della convenzione, dove non vige il principio maggioritario: si comprende perciò un controllo di merito in modo da rendere conforme al principio consensualistico *ex* art. 1372 cod. civ. l'esigenza del debitore di reagire al dissenso irragionevole dei creditori che rappresentano fino al venticinque per cento dei crediti di una categoria⁽⁷⁵⁾.

È evidente come si tratti di un giudizio notevolmente complesso, posto che la valutazione comparativa deve considerare svariati fattori, esaminando la documentazione a corredo del ricorso richiesta ai sensi degli artt. 182-*bis* legge fallim. Certamente, occorrerà far riferimento alle alternative per i creditori derivanti da una diversa suddivisione in categorie⁽⁷⁶⁾.

Il legislatore della novella, uniformando con la tecnica del rinvio il perimetro del sindacato del tribunale investito dell'opposizione nella convenzione di moratoria all'oggetto del giudizio di omologa degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, non ha tenuto conto delle differenti finalità dei due istituti.

L'accertamento che i creditori non aderenti «possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili» non è facilmente conciliabile con la convenzione di moratoria la quale è intrinsecamente temporanea e caratterizzata da una finalità non già soddisfattoria ma di gestione provvisoria degli effetti della crisi: la convenzione *ex* art. 182-*septies* legge fallim. incide infatti essenzialmente sul profilo temporale delle prestazioni dedotte nelle obbligazioni e non sul soddisfacimento del credito⁽⁷⁷⁾. Tale istituto è infatti precipuamente finalizzato a consentire al debitore l'elaborazione di un

⁽⁷⁵⁾ Si vedano in proposito le osservazioni di C.L. APPIO, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, cit.

⁽⁷⁶⁾ Analogamente a quanto sostenuto, con riferimento all'art. 177 legge fallim. come introdotto dalla riforma del 2005, da P.G. DEMARCHI, *Sub* art. 177, in S. AMBROSINI-P.G. DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, p. 118.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. sul punto L.M. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la*

piano idoneo ad offrire ai creditori un trattamento migliore di quello cui possono altrimenti conseguire al momento della stipula della stessa convenzione.

Qualora si interpretasse letteralmente il menzionato inciso, il tribunale dovrebbe accogliere l'opposizione formulata da un creditore non aderente qualora questi rivendicasse il diritto ad un pagamento immediato, essendo tale alternativa sicuramente sempre peggiore rispetto all'effetto meramente dilatorio cui tale creditore terzo sarebbe obbligato in forza dell'estensione del vincolo negoziale⁽⁷⁸⁾.

Occorre invece rammentare il principio generale del nostro ordinamento - riconosciuto esplicitamente anche dalla giurisprudenza costituzionale⁽⁷⁹⁾ - che impone di evitare, per quanto possibile, nella lettura di una norma la cd. *interpretatio abrogans*, assegnando alle espressioni linguistiche impiegate dal legislatore un significato utile piuttosto che un significato inutile. Assume dunque rilevanza, in seno al procedimento ermeneutico, l'intento del legislatore.

È necessario dunque interpretare teleologicamente la suddetta norma che impone una valutazione comparativa, al di là del mero dato letterale, considerando la *ratio* di tale presupposto per l'estensione dell'efficacia verso i terzi, rintracciabile nell'esigenza che i creditori non aderenti non siano pregiudicati dalla convenzione più di quanto lo sarebbero qualora si adottassero soluzioni alternative concretamente praticabili in assenza di convenzione⁽⁸⁰⁾.

convenzione di moratoria: la disciplina, cit., p. 17 e G. FALCONE, *La nuova disciplina delle «convenzioni di moratoria» e l'intervento del professionista attestatore*, cit., p. 567.

⁽⁷⁸⁾ In proposito, G. FALCONE, *La nuova disciplina delle «convenzioni di moratoria» e l'intervento del professionista attestatore*, cit., p. 567 ritiene che «il contenuto del richiamo [alla predetta disposizione: n.d.r.] parrebbe essere privo di senso» e, in ogni caso, «parrebbe lecito porsi un serio interrogativo circa l'effettiva utilità della previsione normativa della convenzione di moratoria».

⁽⁷⁹⁾ Si veda in argomento, *ex multis*, Cass., 24 giugno 2010, n. 226, in *Foro it.*, 2010, 10, I, p. 2587.

⁽⁸⁰⁾ Giova infatti ricordare come in tema di interpretazione della norma giuridica la Cass., 26 gennaio 2012, n. 1111, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 1, p. 77, abbia affermato che «Secondo la giurisprudenza di questa Corte è fondamentale canone di ermeneutica, sancito dall'art. 12 preleggi, che la norma giuridica deve essere interpretata, innanzi tutto e principalmente, dal punto di vista letterale, non potendosi al testo "attribuire altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse", pertanto, nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, mercé l'esame complessivo del testo, della *mens legis*, specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma, così come

Pertanto, il tribunale dovrà accertare, valutando le caratteristiche della concreta fattispecie, che il sacrificio - per definizione temporaneo - imposto al creditore non aderente ma destinatario degli effetti sia ricompensato da una concreta e ragionevole prospettiva di poter conseguire, allorché sarà elaborato da parte del debitore un definitivo piano di ristrutturazione, un trattamento uguale o migliore di quello che otterrebbe in assenza di moratoria⁽⁸¹⁾.

È evidente come si tratti di un giudizio per nulla agevole e che esigerà sovente l'ausilio di un C.T.U., atteso che il tribunale è chiamato a raffrontare non già differenti ipotesi di soddisfacimento conseguibili *hic et nunc* al momento della proposta, ma differenti soluzioni su piani temporali comprendenti un orizzonte di medio-lungo periodo, avendo quindi riguardo

inequivocabilmente espressa dal legislatore; soltanto qualora la lettera della norma medesima risulti ambigua (e si appalesi altresì infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario), l'elemento letterale e l'intento del legislatore, insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano un ruolo paritetico in seno al procedimento ermeneutico, cosicché il secondo funge da criterio comprimario e funzionale ad ovviare all'equivocità del testo da interpretare». La norma quindi non può essere sempre il risultato di un'esegesi puramente letterale, essendo imprescindibile l'individuazione della sua giustificazione funzionale, assiologica e sistematica nell'ambito dell'intero ordinamento. Non a caso, la migliore dottrina ritiene che l'interpretazione sistematica e assiologica rappresenti il superamento storico e culturale dell'interpretazione letterale di cui all'art. 12 delle preleggi (in tal senso, *ex multis*, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 583).

⁽⁸¹⁾ Sul punto, M. FABIANI, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, cit., p. 1277, ritiene che «l'accordo di moratoria può produrre i suoi effetti verso i terzi in quanto negozio vantaggioso per quei terzi che non vi hanno aderito. Il tribunale, di fronte alla sollecitazione che gli proviene dal terzo, deve indagare sulla convenienza dell'accordo rispetto a tutti e, dunque, deve verificare che il sacrificio provvisorio imposto al creditore estraneo è compensato dalle maggiori utilità che proprio dall'esecuzione dell'accordo possono derivare. In questo modo si rispetta appieno l'art. 1372 c.c.». Analogamente, M. AIELLO, *La convenzione di moratoria: un nuovo strumento tipico di regolazione provvisoria della crisi*, cit., p. 35 osserva che «si rende necessario adottare una interpretazione in chiave logico-sistematica, la quale tenga conto, da un lato, dell'impossibilità - anche per le già esaminate ragioni di rispetto del dettato costituzionale - di allocare ingiusti sacrifici sul creditore non aderente; dall'altro, che l'imposizione sul terzo di un (temporaneo) onere non è vietata quando essa sia compensata da un (successivo e stabile) beneficio, il medesimo - a ben vedere - cui mirano i creditori che abbiano sottoscritto il patto. Essi, infatti, tollerano la momentanea compressione dei propri diritti (acconsentendo ad astenersi dall'azionarli per un determinato lasso di tempo), non già per spirito di liberalità verso il debitore, bensì solo in virtù della ragionevole aspettativa di poter fruire, a valle dell'elaborazione del piano da parte del debitore e della negoziazione dell'accordo definitivo, di un trattamento migliore». Infine, giova sottolineare la lucida osservazione di M. SPIOTTA, *Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, cit., p. 1023, secondo la quale l'art. 182-septies legge fallim. «consente la propagazione di effetti pur sempre favorevoli (dato il c.d. principio del "no creditor worse off"), ma non percepiti come tali e dunque "nonostante il rifiuto del terzo"».

anche alla diversa stabilità degli atti dispositivi in caso di continuità d'impresa o di fallimento.

Non rileva quindi il mero confronto tra i flussi che deriverebbero per i creditori in caso di liquidazione senza la convenzione e quelli che sarebbero prodotti alla scadenza della stessa, ma un giudizio complessivo che abbia riguardo sì all'eventuale distruzione di valore ma che consideri altresì il possibile realizzo in seguito all'ipotetico accesso a soluzioni di continuità. Ovviamente, tale comparazione sarebbe tanto più agevolata quanto più definito sia il piano di ristrutturazione, di modo che sia possibile valutare i rischi di fattibilità dello stesso.

In ogni caso, si tratta di un vaglio permeato da elementi non sempre oggettivi e destinato a confrontarsi con dati futuri ed eventuali.

Infatti, occorre appurare in concreto come incida sulle ragioni creditorie il lasso temporale compreso tra l'inizio di moratoria e il suo termine d'efficacia, verificando che la convenzione - essenzialmente (benché non esclusivamente) fondata su un temporaneo *pactum de non petendo* - alla luce della posizione assunta dalla maggioranza dei creditori finanziari, consenta di evitare l'apertura di una procedura concorsuale dalla quale deriverebbe, oltre al rischio revocatorio per i pagamenti effettuati nell'immediato, un livello di soddisfacimento dei creditori inferiore a quello ipotizzabile in seguito ad un piano di ristrutturazione definitivo cui è funzionale la convenzione di moratoria⁽⁸²⁾.

Se dunque in sede di giudizio di opposizione il debitore è in grado di provare che, considerando le prospettive concretamente realizzabili, la posizione creditoria dell'intermediario finanziario opponente potrà ricevere in forza della moratoria un beneficio in termini quantitativi ma soprattutto qualitativi non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili, il tribunale respingerà l'opposizione confermando l'ultrattività degli effetti della convenzione.

9. *Brevi osservazioni conclusive.*

Nell'analisi che precede si è tentato di concentrare l'attenzione sul profilo del meccanismo che consente, a determinate condizioni, l'incisione dei diritti dei creditori non aderenti, ai quali sono estesi gli effetti della convenzione stipulata tra il debitore in crisi e gli intermediari bancari.

⁽⁸²⁾ Per un'approfondita disamina sulla misurazione della convenienza della convenzione si veda l'analisi di R. RANALLI, *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182-septies*, cit., p. 894.

Tale problematica - propria degli istituti introdotti con il nuovo art. 182-*septies* legge fallim. - conferma la stretta affinità che caratterizza le soluzioni negoziali e la crisi d'impresa, rapporto che si concreta nella promozione del paradigma contrattuale come funzionale alla composizione dell'insolvenza⁽⁸³⁾.

La vocazione alla ragionevolezza propria del diritto privato consente ed esalta l'applicazione nella disciplina fallimentare dell'abuso del diritto, il quale esige la definizione del limite di un diritto nell'effettività rigorosa del suo esercizio in relazione ad una contrapposta situazione⁽⁸⁴⁾. Nella fattispecie si osserva la contrapposizione tra l'interesse perseguito dall'imprenditore in crisi che propone la convenzione di moratoria - idonea in presenza di alcuni presupposti ad avere effetto anche sui terzi intermediari finanziari - e l'interesse del creditore che può scegliere se aderire o meno all'accordo.

Pertanto, come il diritto del debitore e del creditore a stipulare una convenzione di moratoria deve mantenersi, nel suo esercizio, aderente alla propria giustificazione razionale, così il rifiuto dell'intermediario finanziario ad essere destinatario degli effetti di tale convenzione non deve trascendere in atto emulativo.

Non deve stupire come il fenomeno dell'abuso sia stato spinto - nel presente contributo - fino a riguardare il rifiuto a contrarre: l'abuso è invero intimamente collegato alla necessità di contemperare interessi opposti, nel quadro del più generale criterio della buona fede oggettiva, quale canone deputato ad escludere l'illimitatezza del diritto⁽⁸⁵⁾, dunque anche del diritto a rifiutare di essere parte di un contratto. Se infatti tale

⁽⁸³⁾ In merito infatti F. DI MARZIO, *Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sulla insolvenza dell'impresa*, in *La nuova legge fallimentare "rivista e corretta"*, a cura di S. BONFATTI-G. FALCONE, Milano, 2008, p. 18, individua quale finalità della riforma fallimentare quella di «incentivare il contratto sulla crisi d'impresa, premiando i suoi protagonisti; e dunque di favorire la composizione negoziale della crisi, nel mercato e secondo le regole del contratto». Si vedano tuttavia le riflessioni di D. RESTUCCIA, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis l.fall.*, in *Riv. not.*, 2012, p. 1257, e M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p. 8, il quale ammonisce del possibile «pericolo che un eccessivo investimento sulle scelte dei privati possa condurre a soluzioni paradossalmente meno avanzate, perché astrette da un eccessivo individualismo in un ambiente nel quale, invece, la pluralità delle componenti e degli interessi non è mai assente, quasi che ad un eccesso di autonomia possa corrispondere, in negativo, una sorta di anomalia sociale».

⁽⁸⁴⁾ Torna alla mente il passo del Digesto (D 50,17,1) secondo cui «*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*».

⁽⁸⁵⁾ Si vedano in proposito le riflessioni di L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione*, Milano, 1994, pp. 56-60.

rifiuto - astrattamente legittimo - costituisce l'esercizio di un diritto, è inevitabile un controllo sulle facoltà del suo esercizio, il quale - nel contesto del fatto - si potrà qualificare come abusivo alla luce del metro della buona fede.

Lo studio del profilo dell'efficacia verso terzi proprio della convenzione di moratoria - al pari degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari - assume ancora più rilevanza atteso che il recente disegno di legge di riforma "delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza" (basato sulle conclusioni della Commissione Rordorf)⁽⁸⁶⁾ ipotizza che il meccanismo di estensione degli effetti ai terzi ora previsto dall'art. 182-*septies* legge fallim. sia applicato anche all'accordo di ristrutturazione non liquidatorio ovvero alla convenzione di moratoria stipulati 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.

Tale incentivo si rivela quanto mai opportuno dato che l'esperienza pratica dimostra come il debitore abbia maggiori difficoltà a raccogliere l'adesione dei piccoli e medi creditori, quali i fornitori e i dipendenti, o dei creditori c.d. "involontari", ossia istituti previdenziali e terzi danneggiati. In particolare, i fornitori non sono in grado di procurarsi adeguate informazioni a costi ridotti, né di ottenere garanzie supplementari o di possedere gli strumenti per la copertura del rischio, né semplicemente di farsi assistere da un *legal advisor*. Questi creditori sono spesso di numero elevato e ontologicamente poco restii al coordinamento, in quanto portatori di diversi interessi particolari non necessariamente convergenti tra loro⁽⁸⁷⁾. Per tutto ciò, è evidente l'elevata complessità per l'imprenditore in crisi di negoziare la ristrutturazione dei debiti più nei loro confronti che verso i creditori bancari.

È dunque da salutare con favore che il disegno di legge di riforma agevoli la conclusione di un accordo di ristrutturazione ovvero di una

⁽⁸⁶⁾ Cfr. le analisi di M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, cit., p. 253; G. LO CASCIO, *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, cit., p. 385, nonché, più in particolare, C. TRENTINI, *Accordi di ristrutturazione e piano attestato, le soluzioni alternative al declino del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2016, p. 1095.

⁽⁸⁷⁾ Si vedano in proposito le osservazioni di L. GUATRI, *Turnaround: declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, P. PAJARDI, *La ristrutturazione del debito*, in *Gestione della crisi aziendale dei processi di risanamento. Prevenzione e diagnosi, terapie, casi aziendali*, a cura di A. DANOVÌ - A. QUAGLI, Milano, 2008, p. 252; T.M. UBERTAZZI, *Gli accordi per i risanamenti delle imprese in crisi. Profili civilistici*, Napoli, 2014, p. 13.

convenzione di moratoria con creditori, anche diversi da banche e intermediari finanziari.

ABSTRACT: The article analyses the new standstill agreement with financial intermediaries, introduced by Article 182-septies of the Italian bankruptcy law, as a new legal instrument in business and corporate rescue. Firstly, the article examines the possible content of such agreements and highlights the importance of information flows. Secondly, it determines how and to what extent non-participating creditors are affected by the standstill agreement, especially by providing an innovative interpretation of the newly introduced derogation to Articles 1372 and 1411 of the Italian Civil Code. Lastly, by emphasising the legal protection granted to the non-participating creditors, the Author focuses on the reasoning of the Court's decision at the opposition proceedings, notably by examining the interpretation of the requirement for creditors' satisfaction "to be not less than the substantially feasible alternatives".