

Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa

Avv. Vittorio Lupoli

Genova, 18 giugno 2021



BonelliErede

with LOMBARDI

La posizione giuridica e gli interessi economici (art. 182-*septies* l. fall.)

I **criteri di formazione** delle “categorie” previste dall’art. 182-*septies* sono i medesimi di quelli previsti per la formazione delle “classi” del concordato preventivo dall’art. 160, comma 1, lett. c, l. fall., ossia l’**omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici**.

L’omogeneità della **posizione giuridica** riguarda la «*natura oggettiva del credito e concerne le qualità intrinseche delle pretese creditorie*» (Cass., 16.4.2018, n. 9378), individuabili in base a vari indici, quali:

- forma tecnica del finanziamento (mutuo; scoperto di conto corrente ecc.) (Cass., 16.4.2018, n. 9378; Cass., 26.7.2012, n. 13284) e scadenza del credito (crediti a breve termine; crediti a medio-lungo termine);
- rango del credito (privilegiato o chirografario) (Cass., 16.4.2018, n. 9378; Cass., 26.7.2012, n. 13284; Trib. Milano, 11.2.2016);
- eventuale esistenza di contestazioni nella misura o nella qualità del credito (Cass., 16.4.2018, n. 9378; Cass., 26.7.2012, n. 13284);
- garanzie concesse (anche da parte di terzi) e relativa tipologia (Trib. Napoli, 30.11.2016);
- eventuale titolo esecutivo (Cass., 16.4.2018, n. 9378; Cass., 26.7.2012, n. 13284).

(segue) La posizione giuridica e gli interessi economici
(art. 182-*septies* l. fall.)

L'omogeneità degli **interessi economici** è individuabile in base a vari indici, quali:

- il peculiare interesse del creditore, in ragione dell'entità del credito rispetto all'indebitamento complessivo e dell'eventuale interesse alla prosecuzione del rapporto con l'imprenditore in crisi (Cass., 6.4.2018, n. 9378);
- la tipologia delle garanzie ottenute dai creditori (Trib. Forlì, 5.6.2016; Trib. Napoli, 30.11.2016).

* * *

In taluni casi, la giurisprudenza considera il medesimo elemento quale indice di omogeneità *sia* della posizione giuridica *sia* dell'interesse economico (es. esistenza di garanzie).

(segue) La posizione giuridica e gli interessi economici
(art. 182-*septies* l. fall.)

- L'**omogeneità** della posizione giuridica e degli interessi economici non deve consistere nell'assoluta identità e coincidenza delle caratteristiche, ma nella **concorrenza di tratti comuni di importanza preponderante**, che rendano di secondario rilievo gli elementi differenzianti e giustifichino, secondo criteri di ragionevolezza, una comune sorte soddisfattiva delle posizioni riunite all'interno della medesima categoria (Cass., 16.4.2018, n. 9378).
- Non si tiene conto delle «**ipoteche giudiziali** iscritte banche e dagli intermediari finanziari nei **novanta giorni** che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese».

Rispetto degli obblighi di informazione e buona fede nel corso delle trattative (art. 182-*septies* l. fall.)

L'estensione degli effetti dell'accordo ai creditori finanziari non aderenti è subordinata alla condizione che «tutti i creditori della categoria siano stati informati dell'**avvio delle trattative** e **siano stati in messi in condizione di parteciparvi in buona fede**» e, in particolare, il debitore dovrà:

- assicurare ai creditori finanziari una **informazione completa e aggiornata** «sulla **situazione patrimoniale, economica e finanziaria** del debitore nonché sull'accordo e suoi effetti» (inclusa la rappresentazione che la proposta si inserisce nell'ambito di un accordo ai sensi dell'art. 182-*septies* l. fall., con la conseguente efficacia “estesa” sui creditori non aderenti);
- tenere aggiornati i creditori sullo **stato delle trattative con altri creditori** (Trib. Milano, 11.2.2016).

Il giudizio di omologazione (art. 182-*septies* l. fall.)

- La produzione degli effetti estensivi verso i non aderenti si verifica **a seguito dell'omologazione** dell'accordo da parte del Tribunale.
- Il Tribunale omologa l'accordo previo accertamento, avvalendosi ove occorra di un **ausiliario**, oltre che del corretto svolgimento delle trattative, della legittimità della formazione delle categorie e della soddisfazione del creditore finanziario non aderente **in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili**. Con riferimento a tale ultimo requisito, il Tribunale deve effettuare un giudizio di c.d. **cram down**, ossia una **valutazione comparativa** del contenuto soddisfattivo dell'accordo rispetto alle alternative concretamente applicabili.

Il giudizio del Tribunale sulla formazione delle categorie (art. 182-*septies* l. fall.)

- Il Tribunale deve verificare la **ragionevolezza dei motivi di formazione delle categorie**.
- il Tribunale **non può riqualificare autonomamente una categoria** predisposta in sede di **accordo** secondo i criteri dell'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici; in forza del principio contrattuale di conservazione del contratto, è **ammessa una prova di resistenza**, per verificare la tenuta degli effetti dell'accordo ove le categorie non fossero state create correttamente (Trib. Prato, 30.3.2020).

Il giudizio di c.d. *cram down* (art. 182-*septies* l. fall.)

- Il Tribunale deve **in ogni caso** effettuare un giudizio di c.d. *cram down*, anche **in assenza di opposizioni**, a differenza di quanto avviene nel concordato preventivo, fattispecie in cui il Tribunale potrà effettuare il giudizio di convenienza della proposta al ricorrere delle condizioni previste dall'art. 180, comma 4, l. fall. (quali la presentazione dell'opposizione da parte di un creditore appartenente a una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, da parte dei creditori dissenzienti che rappresentino il 20% dei crediti ammessi la voto).

(segue) Il giudizio di c.d. *cram down* (art. 182-*septies* l. fall.)

- Il giudizio di c.d. *cram down* del Tribunale investe:
 - (i) **l'individuazione dell'alternativa concretamente praticabile** in base *sia* alle prospettive possibili *sia* alla situazione contingente (fallimento; fallimento con esercizio provvisorio di impresa; concordato preventivo liquidatorio; concordato in continuità; accordo di ristrutturazione; convenzione di moratoria ai sensi dell'art. 182-*septies*, comma 5, l. fall.);
 - (ii) **la valutazione comparativa degli effetti dell'accordo** rispetto all'alternativa concretamente praticabile (la misura, i tempi, modi della soddisfazione e i relativi profili di rischio).

Gli effetti degli accordi con creditori finanziari (art. 182-*septies* l. fall.)

A seguito della pubblicazione dell'accordo ai sensi dell'art. 182-*septies* l. fall. nel registro delle imprese, **si producono i medesimi effetti previsti con l'avvio della procedura di omologazione dell'accordo** di cui all'art. 182-*bis* l. fall. e, in particolare:

- l'inibitoria delle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore;
- il divieto di acquisto di titoli di prelazione non concordati.

In nessun caso possono essere imposti ai creditori non aderenti:

- l'esecuzione di **nuove prestazioni**;
- la concessione di **affidamenti**;
- l'**utilizzo di affidamenti esistenti per gli importi accordati ma non utilizzati** (ma si ritiene consentito l'impegno a mantenere le linee autoliquidanti nei limiti dell'importo "utilizzato", con conseguente possibilità di utilizzo di tali linee nella modalità "*revolving*");
- l'erogazione di **nuovi finanziamenti**.

**(segue) Gli effetti degli accordi con i creditori finanziari
(art. 182-*septies* l. fall.)**

Sono, invece, **atti coercibili** (i) il riscadenziamento del debito; (ii) le clausole di *waterfall*; (iii) le clausole di infallibilità e il *pactum de non petendo*; (iv) la remissione del debito; (v) le clausole di *debt/equity swap*; (vi) le rinegoziazioni dei tassi di interesse; e (vii) l'utilizzo di **linee di credito autoliquidanti** nei limiti degli importi **utilizzati**.

L'opposizione da parte del creditore non aderente (art. 182-*septies* l. fall.)

- Il creditore finanziario non aderente può proporre **opposizione** nei **30 giorni** successivi alla notifica del ricorso per l'omologa e della documentazione di cui all'art. 182-*bis*, comma 1, l. fall. da parte del debitore, chiedendo al Tribunale che l'estensione non produca effetti nei suoi confronti.
- È discusso se il Tribunale possa omologare l'accordo di ristrutturazione senza estensione degli effetti ove l'accordo rimanga fattibile anche nello scenario derivante dalla mancata estensione ai non aderenti.

Novità introdotte dall'art. 61 CCII

Il nuovo art. 61 CCII introduce alcune **novità** rispetto al precedente art. 182-*septies* l. fall.:

1. ampliamento del campo di applicazione degli accordi in estensione a **qualsiasi categoria di creditori** tenendo conto dell'**omogeneità di posizione giuridica e interessi economici**, coinvolgendo, pertanto, anche **soggetti diversi** dai creditori bancari e finanziari (art. 61 comma 1);
2. **natura non liquidatoria** dell'accordo perché si produca l'estensione a qualsiasi categoria di creditori (art. 61, comma 2, lett. b);
3. valutazione della convenienza dell'accordo **esclusivamente** rispetto alla **liquidazione giudiziale** (art. 61, comma 2, lett. c);
4. **eliminazione** della regola in base alla quale **non si deve tenere conto delle ipoteche giudiziali** iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei novanta giorni precedenti la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

L'accordo ad efficacia estesa “speciale” per i creditori finanziari (art. 61 CCII)

- L'art. 61, comma 5, CCII disciplina l'accordo ad efficacia estesa c.d. “tradizionale”, accessibile quando almeno **metà dell'indebitamento complessivo** sia verso **banche o intermediari finanziari** e i creditori non aderenti a cui viene esteso appartengano esclusivamente a questa tipologia di imprese.
- Presenta una **disciplina analoga** a quella prevista *ante* riforma dall'art. 182-*septies* l. fall..
- Può assumere, a differenza di quanto previsto nella fattispecie di accordo di cui ai primi commi dell'art. 61 CCII, anche **carattere liquidatorio**.