

La convenzione di moratoria

Avv. Vittorio Lupoli

Genova, 18 giugno 2021



BonelliErede

with LOMBARDI

Inquadramento generale e finalità

- La convenzione di moratoria è stata introdotta con l'art. 182-*septies*, commi 5-8, della l. fall. dal **d.l. 27.6.2015, n. 83**.
- L'istituto rappresenta uno strumento di **regolazione provvisoria della crisi**, finalizzato a regolare i rapporti tra il debitore, che si trovi in stato di crisi, e i suoi creditori finanziari, nella fase che precede l'individuazione del mezzo di soluzione definitiva della crisi (piano di risanamento, accordo di ristrutturazione dei debiti, concordato preventivo; ecc.).
- La struttura della convenzione di moratoria ricalca *sia* quella del *pactum de non petendo* *sia* dell'accordo di *standstill*, presentando, tuttavia, quale peculiarità, l'estensione coattiva dei propri effetti (al ricorrere di determinate condizioni) ai creditori finanziari non aderenti, in **deroga al principio della relatività del contratto**, di cui all'art. 1372 c.c. e alla disciplina del **contratto a favore di terzo**, ai sensi dell'art. 1411 c.c., ma tale deroga viene mitigata dalla garanzia che i creditori coartati risultino soddisfatti in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili.
- Il CCII ha introdotto significative novità, come l'estensione dell'ambito applicativo della convenzione di moratoria anche ai creditori non finanziari (v. *infra*).

Contenuto tipico e ambito di applicazione

- La convenzione di moratoria, in base all'attuale legge fallimentare, non ha un contenuto minimo obbligatorio e tipicamente contiene una o più delle seguenti pattuizioni (i) l'impegno del creditore a non richiedere il pagamento dei crediti scaduti (in alcuni casi del solo capitale; in altri casi anche degli interessi), (ii) l'impegno a non promuovere azioni cautelari ed esecutive nei confronti del debitore e dei garanti, (iii) il mantenimento – e il divieto di revoca - delle linee di credito b/t (in particolare autoliquidanti) nei limiti degli importi «utilizzati», (iv) il divieto per il debitore di compiere atti di straordinaria amministrazione (come la concessione di nuove garanzie, contrarre o effettuare nuovi finanziamenti, ecc...), (v) obblighi di comunicazione da parte del debitore, e (vi) cause risolutive e/o di recesso e/o di decadenza dal beneficio del termine.
- La convenzione di moratoria si applica all'impresa che ha debiti verso **banche e intermediari finanziari**.
- Per intermediari finanziari si intendono i soggetti, diversi dalle banche, indicati negli artt. 106 e 107 T.U.B., ai quali è riservato «l'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma».

Requisiti per l'estensione della convenzione di moratoria ai creditori finanziari non aderenti

Ai sensi dell'art. 182-*septies*, comma 5, 1. fall., l'estensione della convenzione di moratoria ai creditori finanziari non aderenti si verifica a condizione che:

1. sia individuata una categoria di creditori finanziari aventi **posizione giuridica ed interessi economici omogenei**, della quale facciano parte creditori aderenti che vantano **almeno il 75%** dei crediti della categoria;
2. sia emessa una relazione di un **professionista** in possesso dei requisiti di cui all'**art. 67, comma 3, lett. d, 1. fall.**, che attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici tra creditori della medesima categoria;
3. i creditori non aderenti siano stati informati dell'**avvio delle trattative** e siano stati posti in condizione di parteciparvi in **buona fede**.

La suddivisione dei creditori finanziari in categorie

- L'art. 182-*septies*, comma 5, l. fall. prevede che i creditori finanziari potenzialmente interessati ad aderire alla convenzione di moratoria debbano avere posizione giuridica ed interessi economici omogenei.
- La formazione delle categorie è funzionale a evitare che l'estensione degli effetti della convenzione nei confronti di un creditore finanziario dissenziente possa comportare un pregiudizio causato da una sostanziale diversità di trattamento.
- Le categorie formate dal debitore sono oggetto di attestazione da parte del professionista (v. *infra*) e, solo a seguito di opposizione da parte di uno dei creditori dissenzienti, possono essere sindacate dal Tribunale (v. *infra*).

La posizione giuridica e gli interessi economici

I **criteri di formazione** delle categorie - ossia l'**omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici** - sono nella sostanza i medesimi previsti *sia* dall'art. 182-*septies* l. fall., in tema di accordo di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa, *sia* dall'art. 160, comma 1, lett. c, l. fall., in tema di “classi” nel concordato preventivo.

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

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).

La relazione di attestazione del professionista

- Mancando una verifica giurisdizionale riguardo al contenuto della convenzione di moratoria – in quanto il controllo del Tribunale è solo *eventuale*, a seguito dell'opposizione di un creditore non aderente (v. *infra*) – è necessario, ai fini dell'efficacia estensiva della convenzione, che un **professionista**, dotato dei requisiti previsti dall'art. 67, comma 3, lett. d, l. fall. **attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici** fra i creditori della medesima categoria.
- Il compito del professionista è quello di verificare l'omogeneità dei crediti degli aderenti e dei non aderenti e, secondo alcuni, strumentale all'analisi dell'omogeneità è l'esame da parte del professionista della genuinità e coerenza del piano di tesoreria e la verifica dell'affidabilità dei dati contabili (quale elemento cardine dell'informativa), nonché la mancata conoscenza da parte del medesimo *sia* di elementi indicatori dell'assenza delle condizioni di legge nella conduzione delle trattative da parte del debitore *sia* di circostanze che inducano a ritenere svantaggiosa, rispetto alle alternative concretamente praticabili, la coercizione dei creditori non aderenti.

Rispetto degli obblighi di informazione e di buona fede nel corso delle trattative

- L'estensione dell'efficacia della convenzione di moratoria ai creditori non aderenti è subordinata alla circostanza che l'imprenditore abbia informato delle trattative tutti i creditori finanziari potenzialmente interessati alla convenzione e che li abbia posti in condizione di partecipare alla negoziazione in buona fede.
- Il debitore, pertanto, dovrà (i) *invitare* tutti i creditori finanziari agli incontri (che ovviamente si *svolgeranno* con quelli disponibili), e (ii) trasmettere a tutti i creditori finanziari le informazioni relative alla propria situazione patrimoniale, economica e finanziaria nonché il contenuto delle soluzioni elaborate ai fini del superamento dello stato di crisi.
- Costituisce violazione di buona fede la circostanza che il debitore occulti ai creditori finanziari un fatto idoneo ad incidere sulla formazione della convenzione, come la mancata indicazione dell'importo, della consistenza e capienza delle garanzie collaterali che assistono il credito (Trib. Napoli 30.11.2016).

L'opposizione del creditore finanziario non aderente

La convenzione di moratoria diventa efficace (i) nei confronti dei creditori aderenti alla data della sottoscrizione, (ii) nei confronti dei creditori non aderenti alla data della ricezione, tramite lettera raccomandata o posta elettronica certificata, della convenzione medesima, accompagnata dalla relazione del professionista.

Il creditore finanziario non aderente che non intenda subire gli effetti dell'estensione potrà proporre opposizione, ai sensi dell'art. 182-*septies*, comma 6, l. fall. nei **30 giorni successivi** alla ricezione della convenzione e della relazione di attestazione, sollevando eccezioni relative:

- alla buona fede nella conduzione delle trattative, riguardo alla trasparente attivazione delle stesse e alla completezza e aggiornamento informativo (potranno assumere rilievo, ad esempio, le modalità di convocazione alle riunioni, il ruolo svolto dall'eventuale agente delle banche, la formale trasmissione della documentazione);
- alla carenza di omogeneità di posizione giuridica e interessi economici rispetto ai creditori che hanno aderito alla proposta;
- alla convenienza della convenzione di moratoria rispetto alle alternative concretamente praticabili.

(segue) L'opposizione del creditore finanziario non aderente

- L'accoglimento dell'opposizione non inficia l'intera convenzione di moratoria, ma esclude unicamente l'estensione degli effetti nei confronti del creditore opponente.
- L'art. 182-*septies*, comma 6, l. fall., non indica né quale sia il tribunale competente a decidere le opposizioni né quale sia il rito applicabile.
- In mancanza di indicazioni normative, si è ritenuto che (i) il giudizio assume la forma di procedimento camerale generale (in quanto il Tribunale decide con decreto), ai sensi degli artt. 737 e ss. c.p.c., e che (ii) il tribunale competente deve individuarsi in base ai criteri previsti dagli artt. 19 c.p.c. (foro in cui ha residenza il convenuto) e 20 c.p.c. (foro corrispondente al luogo in cui l'obbligazione è sorta o deve essere eseguita).
- L'alternatività dei fori competenti nel diritto delle obbligazioni potrebbe far sorgere il rischio che contro una medesima convenzione si pronuncino più tribunali, ma non pare possibile configurare un contrasto di giudicati, in quanto ciascuna pronuncia riguarderà la posizione del singolo creditore opponente.

Il giudizio del Tribunale sull'opposizione del creditore finanziario non aderente

- L'intervento del Tribunale è **eventuale**, poiché subordinato all'opposizione da parte dei creditori finanziari non aderenti.
- Il Tribunale deve effettuare gli stessi accertamenti richiesti ai fini dell'omologazione degli accordi di ristrutturazione cd. ad "efficacia estesa", di cui all'art. 182-*septies*, comma 4 terzo periodo, ossia la verifica che (i) sia stata raggiunta la maggioranza qualificata del 75% dei crediti della categoria, (ii) le trattative si siano svolte in buona fede, (iii) ricorra l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici nella formazione delle categorie e che un professionista designato a norma dell'art. 67, terzo comma, lett. d, l. fall. lo abbia attestato, (iv) i creditori non aderenti abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sulla convenzione e i suoi effetti e siano stati messi in condizioni di partecipare alle trattative, e che (v) i creditori non aderenti possano risultare soddisfatti in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili (v. *infra*).
- Il Tribunale si pronuncia con decreto, **reclamabile in Corte di Appello**, ai sensi dell'art. 183 l. fall., nel termine di **15 giorni** dall'avvenuta comunicazione.

La soddisfazione non inferiore rispetto alle alternative praticabili

- Tenuto conto che la convenzione di moratoria ha la finalità di gestire in via provvisoria gli effetti della crisi, attraverso la temporanea inesigibilità del credito, e non quella di soddisfare i creditori in una misura piuttosto che in un'altra, occorre dare una diversa lettura al richiamo, effettuato dall'art. 182-*septies*, comma 6, l. fall., circa la *soddisfazione* dei creditori non aderenti in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili di cui all'art. 182-*septies*, comma 4, l. fall.
- Il Tribunale dovrà verificare che la convenzione di moratoria apporti ai creditori non aderenti «*qualche vantaggio*» o quanto meno che sia «*tesa a non arrecare loro pregiudizio alla scadenza del relativo termine*» (Trib. Napoli, 30.11.2016).
- Pertanto, il Tribunale dovrà accertare che il sacrificio imposto al creditore estraneo – in termini di provvisoria inesigibilità del proprio credito – sia compensato da **maggiori utilità derivanti dall'esecuzione della convenzione** medesima, operando un confronto tra i rimborsi che otterrebbero i creditori nel caso di esecuzione immediata rispetto a un rimborso differito al momento della scadenza della convenzione di moratoria (e del successivo piano di risanamento/ristrutturazione).

Gli effetti della convezione di moratoria

- Al ricorrere delle condizioni previste, il creditore finanziario non aderente alla convenzione può subire il differimento dell'esigibilità del proprio credito.
- Ai sensi dell'art. 182-*septies*, comma 7, l. fall. in nessun caso possono essere imposti ai creditori non aderenti:
 - (i) l'esecuzione di nuove prestazioni (non si considera nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati);
 - (ii) la concessione di nuovi affidamenti;
 - (iii) il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti (ma si ritiene consentito l'impegno a mantenere in essere le linee autoliquidanti nei limiti dell'importo «utilizzato»);
 - (iv) l'erogazione di nuovi finanziamenti.

Novità introdotte dall'art. 62 CCII

Il nuovo art. 62 CCII introduce alcune **novità** rispetto al precedente art. 182-*septies*, commi 5-8, l. fall.:

1. l'applicabilità della convenzione a **qualsiasi categoria di creditori** (art. 62, comma 1, CCII);
2. la specificazione del contenuto della convenzione, che deve avere ad oggetto la **dilazione della scadenza dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia la credito** (art. 62, comma 1, CCII);
3. l'ampliamento dell'oggetto dell'attestazione rilasciata dal professionista indipendente, la quale dovrà attestare (i) **la veridicità dei dati aziendali**, (ii) **l'idoneità della convenzione** a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi, e (iii) **la sussistenza di concrete prospettive** che i creditori non aderenti della categoria possano risultare **soddisfatti**, all'esito della convenzione di moratoria, **in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale** (art. 62, comma 2, lett. d, CCII);

(segue) Novità introdotte dall'art. 62 CCII

4. la comunicazione della convenzione di moratoria, unitamente alla relazione del professionista, ai creditori non aderenti tramite **lettera raccomandata con avviso di ricevimento o presso il domicilio digitale** (art. 62, comma 4, CCII);
5. la pronuncia del Tribunale, a seguito della proposizione di opposizioni, con **sentenza** resa in **camera di consiglio** (art. 62, comma 6, CCII);
6. **il mancato del richiamo dell'attestazione**, da parte del professionista, circa **l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici delle categorie**; tuttavia tale assenza **non esclude** che l'attestatore debba comunque analizzare tale aspetto, posto che si tratta di una condizione funzionale *sia* al giudizio relativo alle alternative concretamente praticabili *sia* alla valutazione sull'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi.