

FOCUS
ON

I contratti pendenti nella composizione negoziata della crisi

Riflessioni critiche sulla sorte dei contratti in corso di esecuzione nel caso di applicazione di misure protettive nella composizione negoziata della crisi

**LE NUOVE
FRONTIERE
DELLA
LEGGE**

www.lexant.it

Riflessioni critiche sulla sorte dei contratti in corso di esecuzione nel caso di applicazione di misure protettive nella composizione negoziata della crisi

Sappiamo che il nuovo Codice della crisi di impresa entrerà parzialmente in vigore dal 15/05/2022 e nella sua interezza dal giorno 1/1/2024. Il Legislatore tuttavia, se da un lato ha inteso ritardare la entrata in vigore del CCII per evitare che i sistemi di allerta ivi previsti potessero generare un effetto deflagrante sul tessuto socio economico nazionale, ulteriormente provato dalla crisi pandemica, ha inteso anticipare alcuni istituti che ha ritenuto maggiormente congeniali a favorire la continuità aziendale delle imprese che si trovino in una situazione di squilibrio economico finanziario ritenuto (e vagliato come tale dal cosiddetto “esperto negoziatore”) reversibile. Ecco, dunque, il decreto-legge n. 118/2021 del 24 agosto 2021, convertito poi in legge 147/2021. Per effetto di questo intervento normativo, dal 15/11/2021 è in vigore la cosiddetta composizione negoziata della crisi di impresa, che nell'intento del Legislatore dovrebbe essere funzionale a garantire in massima misura la continuità aziendale, con meccanismi tuttavia, come vedremo a breve, maggiormente penalizzanti, rispetto ai contraenti in bonis, di quanto accada negli analoghi istituti di composizione stragiudiziale della crisi di impresa, come il concordato preventivo tradizionale.

A tale proposito, concentrando il focus di questa breve riflessione sulla sorte dei contratti di durata pendenti al momento del deposito della istanza di composizione negoziata, consideriamo tale rimedio nella sua declinazione qualificata dalla contestuale richiesta delle misure protettive che il debitore può chiedere al Tribunale, poiché soltanto in questa ipotesi valgono le considerazioni che seguono, sulle quali naturalmente non si sono ancora creati precedenti giurisprudenziali.

Il d.l. n. 118/2021, all'art. 6 prevede che l'imprenditore possa chiedere, con l'istanza di nomina dell'esperto o con successiva istanza presentata con le medesime modalità, l'applicazione di misure protettive del patrimonio. L'istanza è pubblicata nel registro delle imprese unitamente all'accettazione dell'esperto e, dal giorno della pubblicazione, i creditori non possono acquisire diritti di prelazione, se non concordati con l'imprenditore, né possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa.

Sebbene, stando alla formulazione letterale dell'art. 6 d.l. n. 118/2021, l'istanza di applicazione delle misure sia rivolta, al pari di quella avente ad oggetto la nomina dell'esperto, al segretario generale della camera di commercio dove ha sede legale l'impresa, il successivo art. 7, comma 1, chiarisce che le misure protettive sono soggette a conferma, revoca o modifica da parte del tribunale competente, tramite ricorso presentato lo stesso giorno della presentazione dell'istanza alla camera di commercio.

Ciò sta a significare che l'effetto protettivo, pur producendosi immediatamente in forza di una mera espressione di volontà dell'imprenditore (esternata attraverso la pubblicità camerale), ha natura provvisoria, perché destinato a venir meno in mancanza di un intervento dell'autorità giurisdizionale.

Va detto che a bilanciamento di questa automatica applicazione delle misure protettive (cosiddetto automatic stay) è previsto che, entro i successivi 30 giorni al deposito del ricorso in Tribunale, sia annotato nel registro delle imprese e quindi nella visura camerale della impresa richiedente, anche il numero di Ruolo Generale del procedimento giurisdizionale instaurato volto alla conferma, modifica o revoca della misura, e se ne intuisce la ragione: ovvero per consentire, attraverso la descritta pubblicità notizia, ai singoli creditori di dispiegare intervento volontario nel procedimento al fine di opporsi o fare osservazioni sulla concessione e/o estensione di tali misure protettive.

L'area ed i contenuti delle misure protettive utilizzabili nel contesto della composizione negoziata della crisi d'impresa sono sensibilmente più ampi di quanto previsto dalla legge fallimentare e dal CCII.

In sintesi, devono considerarsi misure "protettive", in quanto poste a presidio del tentativo di composizione negoziata della crisi:

- 1) la possibilità per l'imprenditore di effettuare i pagamenti (ovvero qualunque pagamento), senza richiedere la preventiva autorizzazione del tribunale, e, ovviamente, senza pericolo di revocatoria per chi li riceve, nè esposizione dell'imprenditore che li dispone a fattispecie penalistiche di bancarotta (salvo espresso dissenso al pagamento da parte dell'esperto);
- 2) l'impossibilità di dichiarare il fallimento o di accertare lo stato d'insolvenza fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata della crisi: ciò vuol dire che, durante questo periodo, la domanda di fallimento o di accertamento dello stato d'insolvenza può essere introdotta ma che comunque non può essere decisa nel senso del suo accoglimento;
- 3) il divieto fatto ai creditori interessati dalle misure protettive di rifiutare unilateralmente l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, o di anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori alla presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto.

Cosa accade ai contratti pendenti e qual è il quid novi rispetto al concordato tradizionale?

Precisa l'art. 6, comma 5 del D.L. 118/2021, convertito nella L. 147/2021, che i creditori interessati dalle misure protettive non possono unilateralmente: 1) rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti, 2) provocarne la risoluzione, 3) anticiparne la scadenza o 4) modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori alla richiesta delle misure protettive.

Il disposto della norma, in assenza di indicazioni normative contrarie, autorizza la conclusione per cui in assenza di richiesta (e concessione da parte del Tribunale) di misure protettive da parte del ricorrente (debitore), i contratti pendenti vadano regolarmente adempiuti, ed in ciò questo nuovo istituto della composizione negoziata si presenta più agile e meno problematico per il contraente in bonis.

I contratti pendenti cui si riferisce la norma sono sia quelli essenziali per l'esercizio dell'impresa, sia quelli non essenziali: quindi la formula è particolarmente ampia e deve riferirsi a tutti i contratti di durata, e ciò evidentemente per prevenire l'interruzione delle prestazioni sulla base di pretestuose eccezioni dell'altro contraente circa la natura essenziale o meno della prestazione; interruzioni che potrebbero pregiudicare l'operatività quotidiana dell'impresa.

A ben vedere il descritto meccanismo non è ignoto al nostro ordinamento: l'art. 1460, comma 2, c.c. prevede infatti che una parte non può avvalersi dell'eccezione di inadempimento, cioè non può rifiutarsi di adempiere la propria prestazione, nel caso in cui l'altra non adempia se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario a buona fede.

Alcuni osservatori hanno osservato che essa è applicabile al concordato preventivo, considerato che l'imprenditore non adempie il pagamento dei debiti pregressi a causa di un divieto di legge e non invece per una scelta deliberata, e che, oltretutto, il credito di controparte gode della prededuzione.

La disciplina codicistica non pare applicabile, invece, nella composizione negoziata, dove al debitore si lascia la facoltà di pagare i crediti anteriori (e ciò per evitare un effetto-domino; art. 6, comma 1), e la controparte è in una posizione non tutelata, poiché non gode di prededuzione, né può avviare azioni esecutive e cautelari sui nuovi crediti

Infatti, l'art. 5, comma 1 del D.L. 118/2021, nell'inibire le azioni esecutive e cautelari, non limita il divieto ai crediti "per titolo o causa anteriori", come invece disposto dall'art. 168 l. fall.

Si giustifica dunque, nella composizione negoziata, una norma che impedisca esplicitamente l'eccezione di inadempimento.

Dunque, in caso di composizione negoziata della crisi di impresa, la continuazione coattiva dei contratti pendenti pregiudica l'altro contraente (in bonis), poiché lo costringe a continuare a rifornire un'impresa in crisi e quindi ad accumulare ulteriore credito e altri rischi.

Le salvaguardie potrebbero consistere nelle misure, previste nella legge fallimentare e nel CCI, ma non dal D.L. 118/2021, della prededuzione e del recupero coattivo dei nuovi crediti.

In ultima analisi il contraente in bonis che veda incrementato ma non incassato il proprio credito sulle nuove prestazioni potrebbe ricevere un soddisfacimento peggiore rispetto a quanto conseguibile con la liquidazione dell'impresa.

È bene precisare che solo i contratti pendenti sono oggetto di prosecuzione coattiva, ovvero quelli ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti (definizione quasi identica a quella utilizzata nell'art. 169 bis di cui sopra)

Pertanto, generalmente un fornitore di beni che non sia somministrante potrà rifiutare le nuove forniture; non così però se tra le parti intercorra un accordo avente ad oggetto una quantità predeterminata di cose o prestazioni da fornirsi in più riprese (si pensi al contratto di somministrazione di lavoro o alla vendita ad esecuzione frazionata).

La norma rende la controparte vincolata dal contratto di durata soltanto in caso di mancato pagamento di crediti anteriori alle misure protettive; poiché nulla dice in relazione al mancato pagamento di crediti "posteriori", qualora ciò si verifichi è ragionevole ritenere che tornino ad essere liberamente esercitabili i diritti dell'altro contraente di eccepire l'inadempimento e sciogliersi dal vincolo contrattuale.

Conclusioni

La prosecuzione forzosa dei contratti pendenti espone la controparte al rischio di credito sulle nuove forniture, e pertanto dovrebbe accompagnarsi alla previsione della prededuzione (come previsto per il concordato), magari autorizzata giudizialmente, ed al libero esercizio delle azioni esecutive e cautelari per i crediti così sorti: nell'attesa di auspicati interventi correttivi da parte del legislatore, o dei frequenti suppletivi interventi interpretativi della giurisprudenza, è quantomeno prudente procedere in questa navigazione a vista con il supporto di un professionista.

Avv. Gianmaria Albano