

La composizione negoziata della crisi e il rapporto con gli intermediari creditizi

14 marzo 2022

Avv. Gianpaolo Ciervo

BonelliErede

with LOMBARDI

Il ruolo delle banche e degli intermediari finanziari nelle trattative

- Durante le trattative le parti si comportano secondo **buona fede** e **correttezza** (art. 4 co. 4). Le banche e gli intermediari finanziari, i loro mandatarî e i cessionari dei loro crediti sono tenuti a partecipare alle trattative in modo **attivo** e **informato** (art. 4 co. 6).
- Da notare:
 - i. richiamo ai principi civilistici di obbligazioni contrattuali (art. 1175 e 1337 c.c.) sottolineando **natura negoziale** e **collaborativa** della composizione negoziata;
 - ii. obbligo generale di correttezza e buona fede + doveri specifici per determinati soggetti coinvolti, quali le banche e gli intermediari finanziari;
 - iii. intento di scoraggiare atteggiamenti opportunistici da parte di alcuni istituti a discapito di altri (stessa *ratio* del *cram down* erariale e degli accordi ad efficacia estesa);
 - iv. favorire la partecipazione **proattiva** dei creditori al fine della ricerca di una soluzione negoziale.

Il ruolo delle banche e degli intermediari finanziari nelle trattative

Come gli altri creditori che divengono parti delle trattative, banche e intermediari finanziari devono (**art. 4 co. 7**):

- i. collaborare **lealmente** e in modo **sollecito** con l'imprenditore e con l'esperto;
- ii. rispettare l'obbligo di **riservatezza** sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative;
- iii. dare **riscontro** alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta **tempestiva** e **motivata**.

Il ruolo delle banche e degli intermediari finanziari nelle trattative

Le responsabilità connesse a tali obblighi:

- i. il creditore bancario è obbligato a tenere una **condotta proattiva** finalizzata a favorire la composizione, il che potrebbe giustificare un **maggior rigore** nella valutazione di una possibile responsabilità precontrattuale, oltre il semplice canone della buona fede (così FILIPPONI – GALLIZZI);
- ii. il comportamento del creditore si inserisce nell'ambito delle molteplici situazioni dalle quali emerge, e si rafforza, il **generale dovere di attivarsi al fine di impedire eventi di danno** e che impongono doveri e regole d'azione, la cui inosservanza integra gli estremi di un'omissione imputabile e la conseguente responsabilità civile, in termini di *culpa in omitendo* (così ARTUSO);
- iii. più cauto STANGHELLINI per il quale **non** essendo prevista una **sanzione** per questo comportamento è difficile delineare una responsabilità civile.

Gli effetti della composizione negoziata sugli linee di finanziamento operative all'apertura della composizione negoziata

L'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce **di per sé** causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore (**art. 4 co. 6**):

- i. conseguenza del principio di *debtor in possession*, sia per gestione ordinaria che straordinaria;
- ii. applicazione del generale dovere di **corretta attuazione** del rapporto obbligatorio (così STANGHELLINI);
- iii. parimenti **non impedisce il pagamento** di quanto dovuto dal debitore ai sensi di tali contratti;
- iv. il divieto ha effetto soltanto **dal momento in cui la banca viene resa edotta** dell'esistenza della composizione negoziata e quindi con l'invito fatto dall'esperto a quest'ultima di partecipare ai tavoli delle trattative (così CIPOLLA);
- v. impedisce ai creditori finanziari di interrompere i finanziamenti, far decadere dal beneficio del termine, chiedere ulteriori garanzie per eventi successivi al ricorso alla composizione negoziata? No, purché ciò avvenga in buona fede, quindi solo in presenza di chiari e fondati motivi, adeguatamente istruiti e giustificati (così ARTUSO).

Gli effetti della composizione negoziata sugli linee di finanziamento operative all'apertura della composizione negoziata

Art. 6, co. 1 - 4

1. L'imprenditore può chiedere, con l'istanza di nomina dell'esperto o con successiva istanza presentata con le modalità di cui all'articolo 5, comma 1, **l'applicazione di misure protettive del patrimonio**. L'istanza di applicazione delle misure protettive 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. **Non sono inibiti i pagamenti**.
2. Con l'istanza di cui al comma 1, l'imprenditore inserisce nella piattaforma telematica una dichiarazione sull'esistenza di misure esecutive o cautelari disposte nei suoi confronti e un aggiornamento sui ricorsi indicati nella dichiarazione resa ai sensi dell'articolo 5, comma 3, lettera d) .
3. Sono esclusi dalle misure protettive i diritti di credito dei lavoratori.
4. Dal giorno della pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1 e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata.

Gli effetti della composizione negoziata sugli linee di finanziamento operative all'apertura della composizione negoziata

I **creditori interessati dalle misure protettive** non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro **crediti anteriori** rispetto alla pubblicazione dell'istanza di richiesta delle misure protettive (**art. 6 co. 5**)

→ l'espresso riferimento alla impossibilità di anticipare la scadenza delle obbligazioni, **esclude** che la banca possa ricorrere al meccanismo della **decadenza dal beneficio del termine ex art. 1186 c.c.**, nonostante l'emersione del rischio di insolvenza e persino se vi sia già stata la violazione dei termini di rientro (Così FILIPPONI – GALLIZZI)

Autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili

Su richiesta dell'imprenditore il **tribunale**, verificata la **funzionalità** degli atti rispetto alla **continuità** aziendale e alla **migliore soddisfazione** dei creditori, può (**art. 10 co. 1**):

- a) autorizzare l'imprenditore a contrarre **finanziamenti prededucibili** ai sensi dell'articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;
- b) autorizzare l'imprenditore a contrarre **finanziamenti dai soci prededucibili** ai sensi dell'articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;
- c) autorizzare una o più società appartenenti ad un **gruppo di imprese** a contrarre **finanziamenti prededucibili** ai sensi dell'articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267

Autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili

I procedimenti di cui ai commi 1 e 2 si svolgono innanzi al **tribunale competente** ai sensi dell'articolo 9 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, che, sentite le parti interessate e assunte le informazioni necessarie, provvedendo, ove occorre, ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile (nomina di ausiliari, *ndr*), **decide in composizione monocratica.**

Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Il **reclamo si propone al tribunale** e del **collegio** non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.

Autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili

Elementi caratterizzanti del finanziamento ex art. 10 sono:

- (i) la detipizzazione della nozione di finanziamento;
- (ii) la sua destinazione funzionale alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori;
- (iii) l'autorizzazione del tribunale;
- (iv) la prededuzione.

→ la *ratio* della norma è quella che la nuova finanza potrebbe rivelarsi indispensabile per permettere all'impresa di mantenere la continuità aziendale già durante la composizione negoziata (così BENEDETTI);

Autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili

- per “finanziamento” deve darsi una interpretazione ampia seguendo l’interpretazione attribuita agli artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l.f. per cui si intende come tale l’operazione in qualsiasi forma effettuata che determini l’insorgere o la modifica di un diritto di credito nei confronti del debitore;
- l’autorizzazione può essere chiesta sia per finanziamenti necessari alla gestione interinale che per quelli funzionali all’attuazione dello strumento di risanamento concordato (così BENEDETTI);

Autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili

- la **prededuzione** cui si fa riferimento ha effetto solo nella eventuale successiva procedura concorsuale. Nel corso della composizione negoziata l'impresa è *in bonis*;
- la prededuzione **non è sindacabile** nella procedura concorsuale successiva in quanto sarebbe contrario alla *ratio* della norma, che richiede la stabilità di tale vantaggio;

l'eventuale erogazione di nuova finanza, ancorché “protetta” (ad esempio da azioni revocatorie) e qualificabile come prededucibile, a favore di un'impresa classificata in Stage 3 (in conseguenza al deterioramento dei crediti pregressi) ha costi in termini di assorbimento patrimoniale ed accantonamento in conto economico da valutare, nonostante il merito di credito

Autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili

Trib. Treviso, 22 dicembre 2021, Est. Casciarri

«In ambito di composizione negoziata della crisi, la mancata nomina dell'esperto non è condizione ostativa all'autorizzazione ex art. 10 D.L. n. 118/2021 in favore dell'impresa a contrarre finanziamenti prededucibili. Invero, diversamente dall'art. 7 del decreto in parola, che richiede espressamente l'accettazione dell'esperto per la conferma delle misure cautelari e protettive, l'art. 10 si limita a prescrivere una verifica di funzionalità dell'atto rispetto alla continuità aziendale e alla miglior soddisfazione dei creditori»

Autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili

Gli atti autorizzati dal tribunale ai sensi dell'art. 10 conservano i propri effetti se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione dei debiti **omologato**, un concordato preventivo **omologato**, il **fallimento**, la **liquidazione coatta amministrativa**, l'**amministrazione straordinaria** o il **concordato semplificato** per la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 18 (**art. 12**)

- la *ratio* è che i finanziamenti accordati nella composizione negoziata siano prededucibili negli accordi e nel concordato soltanto ove abbiano consentito di raggiungere una soluzione concordata della crisi;
- nel caso di fallimento riemerge, invece, la prededucibilità dell'art. 10 (in questo senso **BENEDETTI**).

Autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili

3. Gli **atti di straordinaria amministrazione** e i **pagamenti** effettuati nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto sono in ogni caso soggetti alle azioni di cui agli articoli 66 e 67 del regio decreto n. 267 del 1942, **se, in relazione ad essi, l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 9, comma 4, o se il tribunale ha rigettato la richiesta di autorizzazione presentata ai sensi dell'articolo 10.**
4. Nelle ipotesi disciplinate dai commi 1, 2 e 3 resta ferma la responsabilità dell'imprenditore per gli atti compiuti.
5. Le disposizioni di cui agli **articoli 216, terzo comma, e 217** del regio decreto n. 267 del 1942 **non si applicano** ai pagamenti e alle operazioni compiuti nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto in coerenza con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell'impresa valutata dall'esperto ai sensi dell'articolo 5, comma 5, nonché **ai pagamenti e alle operazioni autorizzati dal tribunale a norma dell'articolo 10.**

Rinegoziazione dei contratti a esecuzione continuata, periodica o differita

La rinegoziazione dei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita (art. 10 co. 2), può avvenire:

- su **invito dell'esperto** se la prestazione è divenuta **eccessivamente onerosa** a causa della pandemia;
- in mancanza di accordo, su **domanda del debitore**, con **decreto** del Tribunale previo **parere** dell'esperto: in tal caso il tribunale può **rideterminare equamente le condizioni del contratto per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale.**

Rinegoziazione dei contratti a esecuzione continuata, periodica o differita

- in presenza di tali rigorosi presupposti la **banca è tenuta a subire tale variazione delle condizioni contrattuali**, potendo eventualmente ottenere la corresponsione di un **indennizzo**;
- si ritiene che la banca (e, in generale, il terzo contraente) **non possa recedere** a causa della rideterminazione del contratto;
- la rideterminazione **opera solo durante la pendenza della procedura e per il tempo strettamente necessario secondo il tribunale**, giacché al suo esito, *ex art. 12*, conservano i propri effetti solo gli atti autorizzati dal tribunale *ex art. 10 co. 1* e non la rideterminazione prevista dal secondo comma;
- il tribunale deve indicare il **periodo strettamente necessario e indispensabile di efficacia della rideterminazione**, comunque entro il termine di pendenza della procedura di composizione negoziata, all'esito della quale il contratto non interessato dalla rinegoziazione tornerà ad essere disciplinato dalle condizioni previgenti.

Grazie dell'attenzione!

BonelliErede

with LOMBARDI