

SUL CONTRATTO DI CUI ALL' ART. 11, COMMA 1, LETT. A), LEGGE N. 147/2021 *

GIUSEPPE FAUCEGLIA

SOMMARIO: 1. La peculiarità del contratto idoneo ad assicurare la continuazione aziendale. – 2. Il contenuto e la causa concreta del contratto.

1. La peculiarità del contratto idoneo ad assicurare la continuazione aziendale

L'art. 11 L. n. 147/2021 disciplina, come è noto, la fase delle conclusioni delle trattative, condotte sotto la guida dell'esperto, con particolare riferimento alle soluzioni alternative prospettate per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale ed economico finanziario dell'impresa. In questa sede, si affronterà la soluzione indicata dalla lett. a) dell'art. 11, ovvero la conclusione *“di un contratto, con uno o più creditori, che produce gli effetti di cui all'art. 14 se, secondo la relazione dell'esperto di cui all'art. 5, comma 8, è idoneo ad assicurare la continuazione aziendale per un periodo non inferiore a due anni”*.

Il tema merita di essere affrontato attraverso le sue molteplici implicazioni e nei suoi plurimi intrecci, considerata la connotazione *“multidimensionale”* che il contratto in oggetto assume nell'ordito della L. n. 147/202. Si allude alla conclusione delle trattative, come sviluppo positivo di un procedimento contrattuale in cui possono essere coinvolti tutti i creditori che abbiano ritenuto di addivenire all'accordo, come definito dalla norma, oppure, alternativamente, che a detto accordo siano addivenuti solo

* Il testo riproduce, con l'aggiunta delle note, la relazione tenuta il 14 maggio 2022 al Convegno organizzato dall'Università degli Studi della Tuscia, *“L'adeguamento alla Direttiva Insolvency tra norme in vigore e riforma in itinere”* Il testo riproduce, con l'aggiunta delle note, la relazione tenuta il 14 maggio 2022 al Convegno organizzato dall'Università degli Studi della Tuscia, *“L'adeguamento alla Direttiva Insolvency tra norme in vigore e riforma in itinere”*

alcuni dei creditori, e, ciò nonostante, il contratto è ritenuto comunque idoneo ad assicurare la continuità aziendale.

Si è osservato che “la disposizione parla inappropriatamente di contratto stipulato dalle parti con uno o più creditori, da un lato ampliando astrattamente, ma non realmente, la sfera soggettiva di uno dei contraenti, laddove pone appunto le ‘parti’ e non il solo imprenditore come ‘controparte’ dei ‘creditori’, e, dall’altro, restringendo, al tempo stesso, questa volta concretamente, la platea dei contraenti, che possono essere, in ultima analisi, a fronte dell’imprenditore, solo ‘creditori’ e non anche ‘parti interessate’¹.

Invero, il primo allinea del 1° comma dell’art. 11 utilizza correttamente il termine “*parti*”, posto che la continuazione dell’attività di impresa – che costituisce il dato essenziale e determinante del contratto in oggetto – potrebbe essere assicurata anche attraverso l’autorizzazione resa dal tribunale di trasferire in qualunque forma l’azienda o uno o più dei suoi rami (art. 10, 1° comma, lett. d)², ciò implicando che il cessionario possa intervenire nel contratto in oggetto; dall’altra che la conclusione del contratto vede necessariamente non già l’intervento di “*parti*” (espressione genericamente riferibile ai soggetti che hanno partecipato, in una fase preventiva, alle trattative), ma solo ed esclusivamente di coloro che aderiscono all’accordo raggiunto, facendone propri gli effetti negoziali; non escludendo – in via di principio – anche l’intervento di eventuali “*terzi*” finanziatori, posto che in ragione della provvista da loro fornita potrebbe, in uno ad altre pattuizioni, essere assicurata la continuità.

Già tale elemento induce a ritenere che il segmento finale altro non sia se non il risultato di un rilevante effetto contrattuale, che si realizza – tra debitori e creditori – sotto la guida dell’esperto e presuppone una fase teoricamente definibile come interlocutoria (che si interseca, eventualmente, con i possibili provvedimenti interinali resi dal giudice e richiesti dal debitore medesimo, i.e. misure protettive disciplinate dall’art. 6), la quale converge in un complesso dispositivo, in cui si innesta, con funzione anche di integrazione del risultato volitivo, la relazione

¹ Così: F. LAMANNA, *Composizione negoziata e nuove misure per la crisi d’impresa, Officine del Diritto. Il Civilista*, Milano, 2021, p. 94.

² A livello empirico, giova sin da subito osservare che la via maestra seguita nel corso delle trattative deporrà nel senso di un trasferimento d’azienda; L. PANZANI, *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del Covid*, in *Dir. crisi*, 24 agosto 2021, p. 9: “L’accento è posto sulla possibilità di trasferimento dell’azienda o di rami di essa prendendo atto che l’esperienza insegna che la ristrutturazione ed il ripristino della continuità aziendale nella maggioranza dei casi sono possibili soltanto con la continuità indiretta”. Sulla limitazione delle regole concorsuali che una soluzione siffatta di riassetto pone: G. D’ATTORRE, *La concorsualità “liquida” nella composizione negoziata*, in *Fall.*, 2022, p. 301 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

dell'esperto, destinata a valutare nel concreto le prospettive del risanamento nel contesto della programmata continuità aziendale.

In limine, può osservarsi che all'esperto chiamato a vagliare i margini di utilità delle trattative si chiederà di valutare se l'azienda risulti o meno riallocabile sul mercato³ ovvero se sussistano i presupposti per la continuazione dell'attività, all'esito di un "test" pratico sulla ragionevole perseguibilità del risanamento"⁴; da ciò potendo desumersi che l'ipotesi di inutilità dell'avvio delle trattative ricorra esclusivamente allorquando sussista (con evidenza) l'assenza di valore del compendio aziendale.

Del resto, il fulcro vero del procedimento di composizione negoziale della crisi resta quello della "risanabilità" dell'impresa⁵, che rappresenta non solo l'indefettibile requisito per accedere alla composizione, ma, per quanto qui riguarda, configura pure il risultato finale della valutazione dell'esperto, in uno agli effetti propri che il contratto in oggetto persegue, e, in questo senso, la relazione ne diventa parte integrante (ciò ricavandosi dall'espressione utilizzata dalla norma, "secondo la relazione dell'esperto").

Se questo è il risultato di un processo contrattuale, deve ritenersi che l'esito della trattativa si presenta differente rispetto alle altre ipotesi di soluzione indicate dalla norma, ed in particolare si intende far riferimento non tanto al piano attestato e alle altre fattispecie di "risanamento" (provvisorie o meno) ivi delineate, quanto al concordato c.d. semplificato.

Il concordato semplificato esprime l'accertamento del "fallimento" delle ipotesi di "risanamento" o di continuità aziendale (intesa l'espressione in senso stretto)⁶, *recte* una presa di consapevolezza avente rilevanza

³Per la valorizzazione del ruolo dell'esperto di propulsore della composizione negoziata, v. R. RANALLI, *Il comportamento dell'imprenditore ed il ruolo dell'esperto anche alla luce del decreto dirigenziale*, in *Fall.*, 2021, p. 1513 ss., ad avviso del quale "la presenza di un soggetto terzo che operi effettivamente in modo imparziale, nell'interesse di tutte le parti al tavolo, dovrebbe rimuovere la diffidenza dei creditori rispetto alle richieste del debitore ed essere un presupposto necessario di credibilità e, di conseguenza, di celerità nell'avanzamento delle trattative che, nella composizione della crisi". Per ulteriori riflessioni sulla terzietà dell'esperto, si veda F. MICHELOTTI, *La gestione dell'impresa e il ruolo dell'esperto*, in *Fall.*, 2021, pp. 1565-1566.

⁴La formula, di indubbia efficacia espressiva, si deve a R. RANALLI, *Il comportamento dell'imprenditore ed il ruolo dell'esperto anche alla luce del decreto dirigenziale*, cit., p. 1516.

⁵Sul tema: V. MINERVINI, *La nuova "composizione negoziata" alla luce della direttiva "Insolvency". Linee evolutive (extracodicistiche) dell'ordinamento concorsuale italiano*, in *Dir. fall.*, 2022, I, specie p. 261 ss.

⁶In argomento, G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in *Fall.*, 2021, p. 1603 ss.; S. AMBROSINI, *Il concordato semplificato: primi appunti*, in *Ristrutturazioniaziendali.it*, 23 settembre 2021, p. 4; G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147*

processuale di un esito non positivo del dialogo instaurato tra debitore e creditori.

Se questo è vero, il profilo che ne deriva attiene alle conseguenze che l'esito delle trattative conservano in ordine alla disciplina concorsuale, con riferimento alla crisi dell'impresa nella sua più peculiare conformazione "processualistica" (e non contrattualistica o negoziale), posto che l'estremo ricorso al concordato semplificato (liquidatorio) resta connaturato da elementi processuali distanti dalle altre soluzioni caratterizzate da evidente natura contrattuale. In questa sede può essere solo ricordato che l'ipotesi esaminata (che potrebbe definirsi "contrattuale in senso stretto") si distanzia dalle altre che, pur essendo contraddistinte da un più o meno rilevante dato negoziale, richiedono, con diversa intensità, l'intervento valutativo del Giudice.

2. Il contenuto e la causa concreta del contratto

Innanzitutto, il presupposto di ogni conclusione delle trattative coincide con l'individuazione di una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi o pre-crisi indicata dall'art. 2, comma 1; più precisamente, si tratta, nella specie, di una soluzione la quale resta il risultato del "dialogo contrattuale" che si è svolto sotto la guida dell'esperto. Il primo elemento che si ricava è indubbiamente connesso al risultato di tipo (esclusivamente) "volitivo" (i.e. di autonomia negoziale), che si rinviene nel contratto con uno o più creditori, il quale "produce gli effetti di cui all'art. 14 (che, però, non possono essere considerati i soli "effetti conseguibili"), se, secondo la relazione dell'esperto di cui all'art. 5, comma 8, esso è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni⁷.

Attraverso la "scomposizione" della norma, si apprezza che la soluzione negoziale dà luogo ad un contratto; al quale possono partecipare uno o più creditori, dunque allo stesso non aderiscono tutti i creditori dell'impresa, e questo è un dato che vale a distinguerlo rispetto ad altre ipotesi di composizione negoziata, quale potrebbe essere lo stesso concordato preventivo, né è richiesto l'intervento di un numero di creditori che possano rappresentare la maggioranza dei crediti, come nel caso dell'accordo

del 2021, in *Dirittodellacrisi.it*, 9 novembre 2021, p. 4. Sulla controversa attitudine del concordato semplificato ad integrare un tipo concorsuale autonomo, v. S. AMBROSINI, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, cit., pp. 922-923.

⁷ Sulla perdita della continuità aziendale, cfr. L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia, le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, p. 135 ss.; M. MIOLA, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1199 ss.

(generale) di ristrutturazione dei debiti. È infatti sufficiente notare che nel concordato preventivo i creditori non aderenti sono assoggettati alle regole della maggioranza e, poi, con il definitivo decreto di omologa, viene a realizzarsi quella soluzione (o, secondo altri, effetto) latamente “negoziale” che finisce per coinvolgere e riguardare tutti i creditori⁸. Nella fattispecie all’esame, di contro, sono coinvolti solo uno o più creditori: ciò significa che, nello svolgersi delle trattative, è emerso che la crisi dell’impresa è prodotta – in realtà – da una disfunzione contrattuale riferibile proprio ad uno o più creditori (i.e. “rapporti”), ovvero che la dinamica della crisi e l’individuazione della sua soluzione è subordinata al raggiungimento dell’accordo con questi. In questa prospettiva, viene dato atto della rilevanza oggettiva di quei creditori assolutamente determinanti ai fini della continuità aziendale, e, con questi viene raggiunto un qualsiasi tipo di accordo (il cui contenuto rimane affidato alla determinazione della volontà degli aderenti)⁹.

Appare verosimile ritenere che non possa farsi esclusivo riferimento ad un (mero) accordo di definizione del debito, secondo l’assetto tradizionale del *pactum de non petendo*, della novazione parziale, della remissione parziale del debito, posto che nulla osta a che si configuri un accordo in grado di assicurare all’impresa proprio la permanenza di quei rapporti determinanti al fine della continuità aziendale. Si pensi, ad esempio, ad un’impresa che sconta una posizione di dipendenza economica rispetto ad un’altra (“dominante”): ebbene, l’accordo raggiunto – nonostante il significativo ritardo nei pagamenti – può prevedere, da una parte, la regolazione delle obbligazioni scadute, dall’altra, la continuazione delle forniture e delle somministrazioni.

In quest’ottica, ci troviamo dinanzi ad un contratto che, per il suo contenuto, non è sovrapponibile a quello che può individuarsi in altre ipotesi negoziali¹⁰: se si considera, ad esempio, la struttura della ristrutturazione dei debiti di cui all’art. 182-*bis* L. Fall., in questo si riscontra un contenuto che si esaurisce (in genere) nella sola regolazione delle modalità attraverso le quali quel debito può essere adempiuto (in parte). Viceversa, qui la prospettiva contrattuale è molto più ampia, perché

⁸Sul coinvolgimento di una cerchia sempre più vasta di soggetti: S. PACCHI, *La ristrutturazione dell’impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. fall.*, 2019, I, p. 1259 ss.:

⁹Sui molteplici interessi coinvolti nelle iniziative volte ad assicurare la conservazione della continuità aziendale, cfr. A. JORIO, *Attività di impresa e gestione della crisi: breve storia degli interessi coinvolti*, in *Nuovo dir. soc.*, 2022, p. 491 ss.

¹⁰Sul diverso aspetto della non neutralità dell’avvio della composizione negoziata rispetto alle (eventuali) procedure concorsuali successive, cfr. M. FERRO, *La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il D.L. n. 118/2021*, in *Fall.*, 2021, pp. 1588-1589.

non si limita soltanto alla regolazione del debito, per quanto questa possa rappresentare – nelle ipotesi più frequenti – l’elemento contenutistico di maggior rilievo, ma può prevedere una serie di prestazioni ulteriori da compiersi al fine di assicurare la continuità aziendale e il superamento di quei presupposti che avevano condotto all’accesso al procedimento negoziato (in ciò si intravede l’elemento determinante della relazione dell’esperto)¹¹.

A tal proposito, si impone un riferimento alle ipotesi che hanno determinato l’accesso alla procedura di composizione negoziata: si allude alla differenza tra insolvenza c.d. fortuita e insolvenza c.d. oggettiva (quella accolta nell’art. 5 L. Fall.); si tratta di un distinguo che non ricorre nell’ordinamento italiano e che si dubita possa essere introdotto in via surrettizia o, comunque, in via di mera interpretazione, ma che è invece – ad esempio – presente nella legge concorsuale portoghese.

Dunque, da questo punto di vista, può affermarsi che l’accesso alla procedura di composizione della crisi è tanto più evidente ed importante a fronte dei casi di insolvenza fortuita ovvero ascrivibile ad eventi strutturali e macro economici¹². In ipotesi siffatte, l’accordo che conclude la fase delle trattative può presentare un contenuto ben diverso e più ampio di quello normalmente rintracciabile nelle soluzioni negoziali rientranti nell’alveo dell’attuale legge fallimentare.

In realtà, nell’ipotesi qui considerata ci troviamo di fronte ad un contratto, che risulta *ex se* idoneo ad assicurare la continuità aziendale; si tratta di un contratto che si caratterizza non solo in virtù dell’accordo raggiunto tra uno o più creditori e debitore, ma in ragione della circostanza che l’assetto di interessi così raggiunto ha positivamente superato il “vaglio” dell’esperto, cioè risulta essere stato sottoposto ad una valutazione *in itinere* – sia con riferimento alla fase di formazione, sia alla fase conclusiva, oltre che con riferimento al profilo contenutistico – che assume una portata molto più significativa, se comparata finanche a quanto previsto nelle successive ipotesi indicate dall’art. 11.

Non vi è dubbio che il contratto così concluso resta fortemente inciso dallo sviluppo e dall’esito delle trattative, cui alle stesse si conforma, in assenza di qualsiasi valutazione o intervento di soggetti o parti alle stesse

¹¹S. FORTUNATO, *Insolvenza, crisi e continuità aziendale nella riforma delle procedure concorsuali: ovvero la commedia degli equivoci*, in *Dir. fall.*, 2021, p. 3 ss.; F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi d’impresa*, Milano, 2017, p. 163 ss. e p. 273 ss.

¹²F. DI MARZIO, *Obbligazione, insolvenza e impresa*, Milano, 2019, p. 11 ss.; V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Società*, 2017, p. 324 ss.

rimaste estranee¹³. Si tratta, infatti, di una valutazione (quella dell'esperto) non solo di tipo giuridico, ma pure economico, patrimoniale-aziendalistico, perché, soprattutto laddove sono previste ulteriori prestazioni da parte di uno dei creditori nella prospettiva innanzi delineata, è evidente che l'esame, con prognosi positiva, debba appuntarsi sulla circostanza che queste nuove prestazioni, anche in continuità con quelle già rese, siano oggettivamente idonee, almeno *ex ante*, al superamento della crisi e, con esso, assicurare la continuità aziendale.

Il fenomeno è di particolare evidenza: si pensi ad una grande impresa che si trova in difficoltà a causa dell'aumento improvviso dei costi dell'energia elettrica, utilizzata esclusivamente per far fronte alle prestazioni da rendere, in ragione di interessi pubblici essenziali, in favore degli utenti (es. impianti di distribuzione delle acque). È evidente che, in tal caso, resterebbe rilevante il conseguimento di un accordo con la società che fornisce l'energia, con il quale quest'ultima non solo assume l'impegno di assicurare le somministrazioni necessarie per la continuazione dell'attività aziendale, ma si impegna pure a ridurre il prezzo e, magari, anche a rinunciare ad una parte della già maturata pretesa creditoria.

Dunque, siamo in presenza di un contratto, che rappresenta l'esito di trattative svoltesi sotto il controllo dell'esperto, la cui causa concreta è quella di assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni (limite temporale della valutazione), rispetto al quale occorrerebbe esaminare i possibili effetti concorsuali, ma l'impianto che ne deriva resta sicuramente idoneo a superare l'orientamento tradizionale in tema di valutazione dell'insolvenza, con riferimento alle istanze presentate, nell'arco dei due anni, sia da creditori aderenti al contratto sia da creditori ad esso estranei¹⁴. Si tratta, però, di ipotesi che configurano una vera e propria "Ucrania", ovvero "storie virtuali" o "controfattuali", che vennero stroncate, con un certo fastidio, da c", il quale non concesse loro neppure la dignità di un gioco.

¹³ Non a caso, l'art. 4, facendo riferimento ai "doveri delle parti" e l'art. 5 richiamando le "parti interessate alle trattative", assume la rilevanza dei soli creditori interessati al processo di risanamento e prospetta le possibili strategie flessibili che possono concretizzarsi nel corso delle trattative (sul tema: N. MANZINI-F. CARELLI, *Il ruolo dei creditori nella composizione negoziata*, in *Questa Rivista.*, 27 marzo 2022). V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 26 ottobre 2021, il quale si interroga se gli istituti previsti dal 1° comma dell'art. 11 integrino vere e proprie soluzioni della crisi ovvero rappresentino soluzioni interinali in vista del successivo superamento della stessa con altri mezzi.

¹⁴ Sul tema, si rinvia a G. FAUCEGLIA, *Le conclusioni delle trattative: riflessioni sull'art. 11, 1° comma, lett. a)*, L. n. 147/2021, in corso di pubblicazione in *Dir. fall.*, nn.3/4 del 2022.