

**I CONTRATTI PENDENTI NEL CONCORDATO
PREVENTIVO:
QUESTIONI IRRISOLTE O IRRISOLVIBILI?
Una proposta di modifica dell'Art. 169^{bis} L.F.**

di

Francesco Pedoja

(Presidente del Tribunale di Pordenone)

SOMMARIO: *1. Premessa. | 2. Il Contraddittorio e l'impugnazione. I provvedimenti della Corte di Appello di Trieste | 3. Conclusioni. Proposta di modifica normativa.*

1. PREMESSA:

La l. n.134/2012 – Legge di conversione del cd. Decreto sviluppo – ha introdotto una specifica disciplina dei contratti pendenti in ipotesi di C.P. in continuità che opera sin dalla proposizione della domanda con riserva e che può comportare su specifica domanda del debitore e previa autorizzazione del Tribunale la sospensione o lo scioglimento dei contratti, con ciò anticipando gli effetti previsti dall'art. 72 L.F. nell'eventuale successivo fallimento.

Va osservato che nel percorso normativo di privatizzazione delle procedure concorsuali iniziato dal 2005 il decreto cd. sviluppo si presenta come un'inversione di tendenza prevedendo un pregnante ed invasivo controllo giudiziario nella fase della cd. riserva,

anche con la nomina anticipata del Commissario giudiziale, giacché a fronte di effetti protettivi per il debitore (cd. sterilizzazione dei crediti) si innescano effetti limitativi sui poteri del debitore medesimo e si determinano potenziali conseguenze negative (in caso di rinuncia alla domanda o di sua dichiarata inammissibilità).

In precedenza, in assenza di norma espressa, per il concordato preventivo si affermava comunemente il principio della prosecuzione dei rapporti contrattuali pendenti, non ritenendosi applicabili analogicamente gli artt. 72 e seguenti ad una procedura diversa dal fallimento e caratterizzata da una più accentuata funzione conservativa dell'impresa, oltre che dallo spossessamento soltanto attenuato del debitore.

La prosecuzione *ex lege* creava peraltro problemi pratici evidenti con potenziale influenza negativa sul contenuto del piano e della proposta concordatari: i rapporti la cui permanenza si presentasse pregiudizievole o inutile potevano comportare l'emersione di poste passive superiori a quelle che si produrrebbero, per effetto della disciplina sopra richiamata, nel fallimento. La sorte dei rapporti pendenti andava allora gestita, di preferenza, negozialmente, essendo possibile la risoluzione consensuale o un accordo transattivo sulla sorte del rapporto e sulle conseguenze dell'eventuale suo prematuro scioglimento.

In alternativa, il debitore poteva essere indotto a provocarne la risoluzione per proprio inadempimento prima dell'accesso alla procedura al fine della cristallizzazione dei crediti destinati ad essere pagati in moneta concorsuale.

Restavano (e restano per regola generale) in ogni caso a disposizione del contraente *in bonis* i tipici rimedi contrattuali all'inadempimento, ed in particolare l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460, la facoltà di sospensione di cui all'art. 1461 c.c. e gli ordinari strumenti risolutivi del rapporto.

La citata riforma del 2012 ha introdotto la rilevante novità dell'art. 169bis:

Lo scopo per il debitore è di (a) liberarsi da contratti inutili e dannosi e (b) concorsualizzare il diritto del creditore *in bonis* all'indennizzo.

Va peraltro sottolineato come la formula lessicale dell'art. 169 bis («contratti in corso di esecuzione») si distingue da quella dell'art. 72 l.fall. («se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti») e lascia chiaramente intendere che lo spettro sia più ampio, tanto da coinvolgere anche i contratti unilaterali.

Lo scopo suddetto dell'introduzione dell'art.169 bis L.F. comporta la necessità di anticipare al momento del deposito del ricorso la domanda di autorizzazione a sciogliersi dal (o a sospendere il) contratto, indipendentemente dal momento in cui la richiesta sarà poi autorizzata .

La prassi adottata da quasi tutti i Tribunali è quella di non autorizzare lo scioglimento dal contratto prima del deposito della proposta e del piano, anche al fine di verificare la effettiva volontà del debitore di proseguire nella domanda di C.P. (o di percorrere la strada alternativa dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art.182bis L.F. che non consentirebbe lo scioglimento dai contratti in corso).

In primo luogo è necessario ribadire i rapporti intercorrenti tra le norme di cui agli artt.72 (contratti pendenti nel fallimento), 169 BIS (contratti in corso di esecuzione nel C.P.) e 186 BIS L.F. (contratti in corso di esecuzione nel C.P. in continuità), concludendo che l'area di operatività dell'art.169 bis è molto più ampia di quella di cui all'art.72 anche in considerazione della diversa relazione tra i contraenti entrambi *in bonis* nel C.P.(in senso improprio in quanto mantiene un potere gestorio significativo sul suo patrimonio).

Va premesso che la norma trova applicazione sia nei concordati liquidatori che in quelli in continuità o parzialmente liquidatori (questi ultimi secondo la previsione di cui all'art.186 c.1): nel concordato liquidatorio lo scioglimento costituisce un effetto anticipatorio della liquidazione e trova pertanto giustificazione nell'effetto positivo per la massa dei creditori dell'esclusione *medio-tempore* di effetti negativi sul patrimonio del debitore; nel concordato in continuità la giustificazione logica appare ancora più evidente in quanto la continuità sussiste in linea di massima solo in presenza di una ristrutturazione aziendale; inoltre vi è

una giustificazione letterale nella L. F. in quanto l'art.186 bis richiama espressamente l'art.169 bis (*"fermo quanto previsto nell'art.169 bis"*).

La domanda di sospensione o scioglimento presenta dei limiti temporali, atteso che testualmente si dice nella norma che la domanda deve essere presentata con il ricorso – e quindi anche in quello ex art.161 c.6 –.

Ci si chiede peraltro se la domanda di scioglimento possa essere contenuta per motivi sopravvenuti anche nella modifica della proposta depositata in corso di procedura ma prima dell'adunanza dei creditori per il voto, e la risposta non può che essere positiva, atteso lo stretto nesso teleologico esistente tra istanza e piano.

Quanto alla decisione del Tribunale la stessa appare ampiamente discrezionale, ma trova giustificazione – come appena chiarito – nel collegamento funzionale con il piano.

E' questo uno tra i motivi per cui la giurisprudenza ha limitato l'operatività della norma alla sola ipotesi della sospensione – con riserva di scioglimento – in assenza di proposta e piano definitivi.

Va sottolineato che lo scioglimento è in sostanza un recesso anticipato unilaterale che ha comunque effetti irreversibili anche in ipotesi di successivo fallimento o di successivo passaggio alla procedura di cui all'art.182 bis L.F. (che non prevede la possibilità di scioglimento dai contratti) – motivo in più per ponderare bene la decisione di scioglimento anticipato da parte del giudice –.

Infatti, nel passaggio dalla fase concordataria dichiarata in ipotesi inammissibile a quella fallimentare, i contratti già scioltisi per autorizzazione del Tribunale – e che evidentemente non possono rivivere – saranno considerati sciolti sin da prima della dichiarazione di fallimento e pertanto a loro non si applicherà la disciplina di cui all'art.72 e ss. L.F..

Con riferimento al già citato indennizzo, va sottolineato che lo stesso ha natura diversa dal risarcimento del danno conseguente allo scioglimento unilaterale, anche se non può escludersi una equivalenza quantitativa tra le due ipotesi.

La determinazione è rimessa al Giudice con giudizio ordinario, giacché nel concordato perché non vi è una fase di accertamento dei diritti, salvo non vi sia già una previsione convenzionale (forse anche in ipotesi di caparra convenzionale) o non vi sia una clausola compromissoria od arbitrale (perché come visto in questo caso rimane valida la clausola contrattuale).

Si discute se detto indennizzo imponga la previsione di una classe obbligatoria, atteso l'evidente conflitto di interessi tra creditore avente diritto all'indirizzo e creditori concorrenti.

Attese le considerazioni di carattere generale già espresse dalla giurisprudenza del S.C. escluderei detta obbligatorietà (in ogni caso la previsione della classe non potrebbe che essere solo eventuale e subordinata alla decisione del Tribunale in ordine allo scioglimento). Comunque va indicato l'importo preventivato nel piano (o con inserimento del contraente in una classe autonoma facoltativa o con un appostamento in un fondo chirografario o privilegiato a seconda della natura originaria del credito).

Rammento che l'art.169 bis non trova applicazione nei rapporti di lavoro subordinato, nei preliminari di vendita trascritti, nei contratti di locazione di immobile se C.P. del locatore e nell'ipotesi di finanziamento per uno specifico affare – cc.dd. rapporti contrattuali protetti –.

2. IL CONTRADDITTORIO E L'IMPUGNAZIONE:

I PROVVEDIMENTI DELLA CORTE D'APPELLO DI TRIESTE.

Ulteriori problemi sono quelli in ordine 1) alla necessità o meno di un preventivo contraddittorio con il creditore in bonis - *ma la novità legislativa della possibile audizione dei creditori da parte del Tribunale ha solo natura informativa e non è diretta ad instaurare un necessario contraddittorio* – e 2) agli strumenti processuali riservati al creditore di fronte al

provvedimento di accoglimento della domanda di sospensione o scioglimento da parte del Giudice.

I. Sul primo punto.

Si discute della natura del diritto del debitore concordatario e cioè se si tratti di un diritto potestativo -laddove il potere autorizzatorio del Tribunale si limiterebbe ad una presa d'atto- o di un diritto\oggetto a valutazione del Giudice in contraddittorio quindi con il creditore *in bonis* da esercitarsi previa comunicazione con termine per deposito parere o previa fissazione d'udienza.

Si deve infatti notare che l'istanza ex art. 169 bis non è espressione di un contenzioso oggetto di una decisione che il giudice debba assumere sentite le parti (processuali) interessate; l'autorizzazione del tribunale è della stessa natura di altre che l'ufficio emette nel corso della procedura – si pensi all'autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione ex art. 167 l.f. al cui *genus*, a ben vedere, è riconducibile la specifica ipotesi in esame – e che pure possono incidere sull'interesse di qualche terzo; essa ha l'effetto di necessaria **integrazione del potere concesso dalla legge al debitore** o, se si preferisce, di rimozione dell'ostacolo legale al relativo esercizio ed assume come punto di riferimento gli interessi della massa dei creditori, non la posizione individuale delle parti e tantomeno quella del contraente *in bonis*.

Ritengo che la autorizzazione del Tribunale debba tener conto in maniera assorbente dell'interesse del debitore concordatario cristallizzato nel piano concordatario; si tratta di un diritto di recesso anticipato previsto espressamente dalla Legge che ha come solo limite la sua riferibilità alla proposta ed al piano concordatari, cioè la sua funzione strumentale di congelamento della situazione debitoria al fine di evitare che nelle more della procedura vi siano degli ingiustificati effetti a favore di solo alcuni dei creditori .

Di diverso avviso il decreto 21/1/2015 della CdA di Trieste¹ che ha ritenuto la sussistenza di un controinteresse del contraente *in bonis* tale da giustificare la necessità di un contraddittorio preventivo alla decisione del Tribunale.

Figuriamoci cosa accadrebbe se le Banche fossero preavvertite congruamente della domanda del debitore concordatario!?

Ma è l'evidente errore interpretativo che vizia la decisione di cui sopra, perché qui non vi sono due diritti/interessi contrapposti e paritetici, ma un solo interesse rilevante – se sussistente – e cioè quello del debitore concordatario.

La stessa decisione in esame contiene poi un ulteriore errore “prospettico” in quanto ha ritenuto non tardivo il reclamo presentato dalla Banca Popolare di Vicenza perché depositato sì oltre il termine di 10 gg. dalla comunicazione fattane dal contraente, ma non oltre quello utile dalla comunicazione dell'Ufficio – unica comunicazione valida ai fini del decorso del termine impugnatorio –.

Va, infatti, chiarito che il provvedimento autorizzatorio del Tribunale non necessita di comunicazione d'ufficio, ma va comunicato con efficacia recettizia unitamente alla domanda di sospensione/scioglimento a cura dello stesso debitore, con decorrenza del termine di eventuale sospensione a decorrere da detta comunicazione, che diviene condizione necessaria per l'esecutività del decreto del Tribunale.

In tal senso sembra essersi orientata la CdA di Trieste con successivo decreto 4/3/2015² che ha ritenuto la tardività del reclamo presentato dopo il decorso del termine di 10 gg. dalla notifica eseguita dal debitore concordatario.

II. Sul secondo punto.

Tenuto peraltro conto che i creditori hanno comunque sempre un diritto generale ad un riesame delle decisioni giudiziali, anche in considerazione dell'eventuale natura

¹ Pubblicato nella presente Rivista all'URL: <http://www.fallimentiesocieta.it/sites/default/files/S20C-415040313140.pdf>.

² Anche tale arresto è stato già pubblicato nella presente Rivista all'URL: <http://www.fallimentiesocieta.it/sites/default/files/150427203457%281%29.PDF>.

strumentale ed elusiva della richiesta del debitore, non vedo giustificabile l'esclusione della reclamabilità degli atti autorizzatori (peraltro principio processuale generale).

In tal senso il decreto 8/10/2014 della CdA di Trieste³ ha ribadito la reclamabilità sotto il profilo dell'esame *“della concreta convenienza della sospensione – nella specie autorizzata dal Tribunale – ai fini del buon esito del piano concordatario, nonché della concreta utilità in relazione al proprio assetto di interessi ed in genere alla propria posizione giuridica”*.

Nella fattispecie la CdA ha rigettato il reclamo in quanto non conteneva *“alcun riferimento ad una fattispecie concreta rimasta irrimediabilmente indistinta e non precisata”* traducendosi *“in una mera interlocuzione circa gli orientamenti che in proposito la Corte possa avere maturato”*.

3. CONCLUSIONI. Proposta di modifica normativa

Le questioni interpretative risultano ancora irrisolte e le soluzioni divergenti ed opposte. Appare necessario un intervento legislativo chiarificatore che qui si propone:

ART.169BIS L.F. (Proposta modifica)

Comma 1- Il debitore nel ricorso di cui all'art.161, *e comunque sino al deposito della proposta e del piano od al deposito della eventuale modifica alla proposta*, può chiedere che il Tribunale o dopo il decreto di ammissione il G.D., lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione, *ancorché se eseguiti da una sola parte*. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di 60 giorni prorogabili una sola volta, *i cui effetti decorrono dalla comunicazione del provvedimento autorizzativo a cura del debitore*. *Sino al deposito della proposta e del piano può essere autorizzata solo la sospensione del contratto*.

³ Pronuncia rinvenibile anche nella presente Rivista all'URL:
<http://www.fallimentsocieta.it/sites/default/files/150427231233%281%29.PDF>

Comma 1 bis- *La decisione del Tribunale o del G.D. è presa, sulla base della inerenza al piano, senza necessità di contraddittorio col contraente in bonis ed il decreto autorizzativo o reiettivo può essere reclamato nei termini di cui all'art.26 .*

(Resta immutata l'ulteriore parte della norma).