

N. 1878/2013 R. G.

LA CORTE D'APPELLO DI VENEZIA
Sezione 1^a civile

Rep. 2605/2013

composta dai Magistrati:

dott. Vittorio ROSSI	Presidente
dott. Liana M.T. ZOSO	Consigliere
dott. Guido SANTORO	Consigliere rel.

ha pronunciato il seguente

DECRETO

nella causa di reclamo ex art. 26 l.fall. promossa con ricorso depositato in data 20 settembre 2013

da [redacted] da [redacted]
con l'avv. [redacted] elettivamente domiciliato presso lo studio degli avv. [redacted]
[redacted] in Venezia-Mestre via [redacted]

- parte reclamante -

contro

[redacted] in liquidazione 01171380262
con [redacted] in persona del liquidatore, con gli avv. [redacted]
[redacted] Treviso e [redacted] di [redacted] elettivamente domiciliata presso lo
studio di quest'ultimo in Mestre, via [redacted]

- parte resistente -

Oggetto: reclamo ex art. 26 l. fall. avverso il provvedimento di sospensione ai sensi dell'art. 169 bis l.fall. pronunciato dal tribunale di Treviso il 23-7-2013.

Causa discussa all'udienza del 14 novembre 2013.

Premesso che

1. Con ricorso depositato in cancelleria il 20-9-2013 [redacted] ha proposto reclamo ex art. 26 l.fall. avverso il provvedimento con il quale il tribunale di Treviso, in data 23 luglio 2013, in accoglimento della relativa istanza del 22-7-2013, ha disposto ai sensi dell'art. 169 bis l.fall. la sospensione per 60 giorni di "tutti i contratti bancari pendenti con gli istituti di credito meglio indicati nell'elenco creditori allegato al ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall. depositato dalla società [redacted] s.p.a. in liquidazione e così anche di eventuali clausole di compensazione e, con impossibilità per gli istituti di credito di procedere a compensazione o far data dal 17-7-2013 e obbligo di rimettere alla società [redacted] s.p.a. in liquidazione gli incassi successivi, fermo restando l'obbligo di successiva rendicontazione".

1.1. Con il primo motivo di reclamo si deduce la inapplicabilità al concordato "con riserva" della previsione di cui all'art. 169 bis l.fall. relativamente alla possibilità di sospendere l'esecuzione dei contratti in corso (nella specie di quelli bancari di conto corrente).

1.2. Con il secondo motivo si sostiene la inammissibilità della immediata efficacia del provvedimento con il quale il tribunale ha disposto la sospensione e/o l'interruzione dell'esecuzione dei contratti in corso, in quanto provvedimento da ritenersi sospensivamente condizionato all'ammissione della società alla procedura di concordato.

1.3. Il terzo motivo deplora che la decisione sull'istanza di autorizzazione sia stata assunta dal tribunale senza neppure procedere alla determinazione dell'indennizzo di cui al secondo comma dell'art. 169 bis l.fall.

1.4. Con il quarto motivo si deduce la inammissibilità della sospensione dei contratti bancari *de quibus* e dell'ordine di rimettere alla società [redacted] le somme incassate a far data dal 17/2/13, sottolineandosi come i contratti di anticipazione bancaria con patto di compensazione, residuando unicamente la obbligazione del cliente di restituzione dell'importo già anticipato, non possano [redacted] nell'ambito dei "contratti in corso di esecuzione" di cui all'art. 169 bis l.fall.

1.5. Il quinto motivo censura il provvedimento del tribunale per aver adottato [redacted] di sospensione dei contratti in corso non in linea con quello desumibile dall'art. 169 bis l.fall., in quanto si tratterebbe di provvedimento con un effetto di sostanziale artificiosa creazione di liquidità a favore dell'impresa, ma in nessun modo coerente con e imprescindibile per la realizzazione del piano concordatario (non ancora presentato).

1.6. Il sesto motivo si incentra sulla violazione del principio del contraddittorio, per non essere stata la Banca resa partecipe in alcun modo al procedimento che ha condotto al provvedimento dell'art. 169 bis l.fall.

1.7. La reclamante ha chiesto la dichiarazione di nullità e/o di illegittimità del provvedimento reclamato "nella parte in cui si statuisce la sospensione dei contratti bancari in essere con la [redacted] e si sospendono gli effetti di tali contratti".

2. Si è costituita in causa la società [redacted] eccependo pregiudizialmente la tardività del reclamo e opponendosi, nel merito all'accoglimento di esso con richiesta di rigetto.

3. All'udienza del 14 novembre 2013, all'esito della discussione, la Corte si è riservata la decisione.

Considerato che

1. Il reclamo solleva una articolata serie di compresse questioni, fra di loro variamente collegate e interferenti, relative alla applicabilità dell'art. 169 bis l.fall. al concordato c.d. "in bianco" di cui al sesto comma dell'art. 161 l.fall. alla individuazione - in caso positivo - delle condizioni e dei limiti in cui una tale ammissibilità può essere ritenuta, ai criteri in base ai quali va condotta la decisione sull'istanza di autorizzazione allo scioglimento, alla necessità della partecipazione del contraente *in bonis* al procedimento diretto al conseguimento dell'autorizzazione allo scioglimento del contratto.

2. Punto di partenza della disamina (trattandosi di questione che varrebbe a chiudere *ab imis* ogni ulteriore profilo) è la considerazione che non si può escludere, in termini generali e astratti, la compatibilità delle ipotesi di scioglimento e/o sospensione del contratto di cui all'art. 169 bis l.fall. con l'esito del concordato c.d. prenotativo e ciò alla luce del richiamo contenuto nella disposizione normativa indicata all'art. 161 l.fall. senza alcuna distinzione (e, dunque, anche al sesto comma di esso).

3. Ciò posto, si presenta allora come prioritariamente includibile, per la valutazione sia dell'eccezione di tardività del reclamo che del sesto motivo di doglianza formulato dalla banca, la questione in ordine alla individuazione del modello procedimentale da adottarsi per pervenire alla autorizzazione ex art. 169 bis l.fall. e, in particolare, della natura di esso e della identificazione delle necessarie sue parti.

3.1. E con il sesto motivo di reclamo si deduce proprio che la mancata partecipazione del contraente *in bonis* alla procedura all'esito della quale è stata disposto il provvedimento ex art. 169 bis l. fall. costituirebbe violazione del principio del contraddittorio, determinando la nullità del provvedimento di sospensione adottato.

3.2. La parte reclamata ha sul punto osservato che l'art. 169 bis l.fall. "*non prescrive che il giudice debba necessariamente sentire il contraente in bonis*", sottolineando come l'urgenza della decisione da assumere era incompatibile con la convocazione delle parti e sostenendo che "*la natura solo provvisoria del provvedimento di sospensione ... e le esigenze di celerità che comportano gli istituti volti alla definizione della crisi d'azienda ben possono legittimare una attenuazione del principio del contraddittorio*".

4.1. Il collegio osserva che il richiamo alla circostanza che si tratti di un provvedimento di "*gestione della crisi*" non pare apportare decisivi elementi contrari alla necessità di assicurare nella fase che conduce alla autorizzazione allo scioglimento dei contratti ex art. 169 bis l.fall. il contraddittorio, in quanto si tratta di formula che non può valere di per sé sola e una volta per tutte a escludere l'obbligo del rispetto del principio del contraddittorio, esigendo invece che essa sia calata nella concretezza delle vicende che portano a "*gestire la crisi*" per verificare, avendo riguardo alla eventuale presenza di contrapposte posizioni soggettive tutelate dall'ordinamento e, dunque, alla presenza di controinteressati titolari di un diritto inciso dal provvedimento autorizzatorio assunto per il governo dell'insolvenza del debitore.

4.2. E, nella specie, alla corte appare indubitabile che il procedimento che conduce alla decisione sulla autorizzazione allo scioglimento (o alla sospensione) dei contratti ex art. 169 bis l.fall. è un procedimento – sia pure di volontaria giurisdizione, ma – certamente *idoneo a incidere sul diritto soggettivo potenzialmente contrapposto* del contraente, con effetti anche tendenzialmente irreversibili (o comunque – nel caso che ci occupa, di sospensione – certamente rilevantissimi nell'ambito dell'economia dei singoli affari).

4.3. Va, innanzi tutto e subito, escluso che sia fondatamente predicabile la *disciplina in tema di scioglimento dai contratti pendenti prevista per il curatore del fallimento*: va constatato che non vi è alcun richiamo a tale disciplina. E ciò differentemente da quanto stabilito in tema di amministrazione straordinaria, laddove l'art. 50, co. 1, della l. 270/99, nello stabilire la disciplina dei rapporti pendenti ha espressamente previsto che "*i diritti dell'altro contraente nel caso di scioglimento o di subentro nel contratto del commissario straordinario nei contratti non ancora eseguiti o non interamente eseguiti alla data di apertura dell'amministrazione straordinaria, sono regolati dalle disposizioni della sezione IV del capo III del titolo II della legge fallimentare*".

Inoltre non può non risalire ai fini che qui rilevano, ossia con riguardo alla sorte dei contratti in corso non esauriti, la diversità fra una procedura concorsuale definitivamente approdata all'esito liquidatorio affidato al curatore e una procedura di concordato ancora *in itinere* e del tutto incerta nei suoi esiti finali.

4.4. E la legge stessa, del resto, a sancire il distinguo, laddove prevedendo la necessità che il

debitore in concordato – diversamente dal curatore – si munisca dell'autorizzazione dell'organo giudiziario marca la differenza specifica fra le due ipotesi e rivela come l'intervento del giudice (salvo ridurlo – ma non pare in alcun modo ammissibile – a una mera presa d'atto dei deliberati del debitore) non possa che rappresentare il segnale non solo della presenza di un contro-interessato, ma soprattutto dell'esistenza di un procedimento che devolve al giudice il bilanciamento di interessi contrapposti.

In altri termini la necessità dell'intervento del giudice in tal caso in tanto si giustifica in quanto occorra prendere in disamina l'interesse della procedura al suo esito più favorevole e l'eventuale contrapposto interesse del contraente *in bonis* alla prosecuzione del rapporto per operare un contemperamento di tali antitetici interessi.

4.5. Che il principio del contraddittorio, sancito in linea generale dall'art. 101 c.p.c., debba essere applicato anche nei procedimenti di volontaria giurisdizione, tutte le volte che sia identificabile un contrinteressato, è insegnamento ormai non più seriamente discutibile e più volte ribadito dalla s.corte, anche in consonanza con i principi costituzionali in tema di giusto processo, con riferimento a svariati procedimenti regolati dagli artt. 738 ss. c.p.c. (appello in materia di divorzio: Cass. 565/2007; Cass. 11319/2005; procedimento di dichiarazione di paternità naturale di minore: Cass. 11351/2005; procedimento per l'equa ripartizione a seguito di violazione del termine di ragionevole durata del processo: Cass. 16053/2003; procedimento di liquidazione del compenso del curatore dell'eredità giacente: Cass. 12286/2002; procedimento di ammissibilità della dichiarazione giudiziale di paternità: Cass. 9084/2002).

Nell'ipotesi di cui all'art. 169 *bis* l.fall. si tratta, a ben vedere, di fattispecie autorizzatoria assimilabile – sotto l'indicato profilo – a quelle ipotesi di autorizzazioni che intervengono in una situazione di conflitto di interessi (come, ad esempio, quella prevista dall'art. 181 c.c. per l'autorizzazione al compimento di un atto di straordinaria amministrazione in presenza del rifiuto di un coniuge) e per le quali si riscontra la presenza di procedimenti bi o plurilaterali, tramite i quali viene al giudice demandata una valutazione di opportunità sulla conclusione del negozio.

E si è in dottrina ritenuto che, trattandosi di situazioni nelle quali l'esercizio del potere giudiziale di gestione incide su di un diritto altrui, vi è la conseguente necessità di conformare il procedimento in termini di procedimento "in confronto di più parti" (art. 739, co. 2, ultima parte, c.p.c.).

4.6. Va inoltre rilevato che la disposizione dell'art. 26 l.fall. prevede espressamente in tema di "comunicazione" e "notificazione" del provvedimento, che essa vada compiuta con riguardo (oltre al curatore, al fallito e al comitato dei creditori) a "chi ha chiesto o nei confronti di chi è stato chiesto il provvedimento", e non può dubbio che il contraente nei cui confronti è stato chiesto lo scioglimento rientri in tale categoria di soggetti. La previsione della decorrenza del termine per il reclamo ex art. 26 l.fall. dalla comunicazione o dalla notificazione evoca quella dell'art. 739 comma 2 c.p.c. e, in particolare, quella relativa al provvedimento dato "in confronto di più parti", con la conseguenza che – pare sotto tale ulteriore profilo – si deve ritenere che anche il procedimento a quo debba seguire le regole del rito camerale e dunque prevedere l'attuazione del "giusto processo camerale", con l'evidente conseguenza della necessità di instaurare il contraddittorio.

4.7. La stessa previsione di un indennizzo (in moneta concordataria) a favore del contraente in caso di rilascio dell'autorizzazione allo scioglimento postula che costui sia presente in quella fase di determinazione dell'ammontare del credito concorsuale che gli viene riconosciuto in conseguenza del venir meno del contratto del quale era parte (ferma restando, in caso di contestazione, l'esigenza di dar corso a un procedimento ordinario a cognizione piena).

4.8. Ne viene che la partecipazione di quel necessario contraddittore ai fine di interloquire sulla sorte e comunque sull'efficacia del contratto del quale è parte appare imprescindibile, in quanto anche condizione dell'adozione di una decisione che, per essere il risultato dell'apporto conoscitivo e argomentativo di tutte le parti coinvolte, possa risultare tendenzialmente "giusta".

4.9. Nè il carattere di *urgenza* che potesse ritenersi connotare o essere comunque presente nelle fattispecie *de quibus* potrebbe rappresentare un effettivo ostacolo alla attuazione del principio del contraddittorio nel procedimento di autorizzazione allo scioglimento o di sospensione dei contratti *ex art. 169 bis l.fall.*, non fosse altro in quanto anche per i procedimenti cautelari è sancita la medesima necessità di rispetto del principio di cui all'art. 101 c.p.c., prevedendosi anche le forme processuali idonee a contemperare l'esigenza dell'urgenza con la garanzia del contraddittorio (e certamente mutuabili, se del caso, anche alla fattispecie *qui di interesse*).

4.10. La possibilità che il *contraddittorio* si attui soltanto in fase di *gravame* appare una compromissione dei diritti del contraente *in bonis* non solo in contrasto con l'art. 111 Cost., ma anche contraria agli interessi dei creditori concorsuali (non risultando funzionale la previsione generalizzata che in sede di *gravame*, allorquando il giudice possa contare sull'apporto della controparte, si pongano le basi per una riforma di quel provvedimento adottato *inaudita altera parte*).

4.11. *In definitiva*, sul punto, non può affatto ritenersi che non ci sia alcun interesse confliggente e perciò non debba trovare applicazione il contraddittorio, in quanto si tratta di tesi in manifesto contrasto con la posizione del contraente *in bonis*, con il suo potenziale interesse in antitesi con quello del debitore concordatario, con la pacifica natura di diritto soggettivo connessa e conseguente alla esistenza di un rapporto contrattuale e all'interesse al mantenimento di esso, con la previsione di un intervento giudiziale proprio in merito alla concessione dell'autorizzazione e della sospensione, con l'incidenza di tale provvedimento autorizzatorio o di sospensione sulle posizioni del terzo contraente.

5. La riscontrata mancata evocazione in giudizio del necessario contraddittore impedisce l'instaurazione, in primo grado, di un rapporto processuale tra le parti, comportando la radicale nullità del procedimento e del provvedimento conclusivo di esso, il che vale anche a escludere ogni possibilità di annettere rilievo all'invio della lettera raccomandata dal debitore (e che la reclamata, con una evidente forzatura, pretenderebbe di assimilare, per cercare di accreditare l'equiparazione dell'effetto notificatorio contemplato dal terzo comma dell'art. 26 l.fall., alla comunicazione eseguita dal curatore, sostituito a costui *naturalmente* il legale rappresentante della società in fase di pre-concordato). In assenza della partecipazione della controparte, l'invio di quella raccomandata deve ritenersi *tamquam non esset* fino della decorrenza del termine per proporre reclamo.

6. Va pure ritenuto che la mancata notificazione non può costituire motivo per la rimessione della causa al primo giudice, dato che l'elencazione delle ipotesi in cui, ai sensi degli artt. 353 e 354 c.p.c., la causa deve essere rimessa dal giudice (di appello, ma anche in sede di reclamo *ex art. 739 c.p.c.*) a quello di primo grado ha carattere tassativo (Cass. 22.5.1995, n. 5612) con la conseguenza che allorché il giudice di secondo grado rileva non la nullità della notifica dell'atto introduttivo del giudizio (ipotesi contemplata dall'art. 354 c.p.c., comma 1), ma l'inesistenza della stessa notificazione (ipotesi non contemplata dalla predetta norma), deve limitarsi a dichiarare la nullità del primo giudizio e del conseguente provvedimento, senza rimettere la causa al primo giudice, come invece previsto, per i casi di nullità della notificazione, dal combinato disposto dell'art. 354 c.p.c., comma 1 e art. 160 c.p.c. (Cass. 12-1-1999 n. 259; Cass. 12-4-2006, n. 8608; Cass.

19358/2007; Cass. 3547/2009).

Il provvedimento reclamato va, dunque, revocato, ferma la pacifica reiterabilità dell'istanza accolta con il provvedimento qui fatto oggetto di impugnazione.

7. La novità delle questioni sollevate con il reclamo induce la corte a ritenere ricorrenti nella specie quelle eccezionali ragioni alla presenza delle quali è concessa al giudice la facoltà di disporre la integrale compensazione delle spese processuali.-

per questi motivi

in accoglimento del reclamo come sopra proposto avverso il provvedimento di sospensione ai sensi dell'art. 169 bis l.fall. pronunciato dal tribunale di Treviso il 23-7-2013, revoca il predetto decreto nella parte in cui si statuisce la sospensione dei contratti bancari in essere con [redacted] e si sospendono gli effetti di tali contratti e si dispongono le conseguenti statuizioni;

dichiara integralmente compensate fra le parti le spese processuali.-

Venezia, così deciso il 20 novembre 2013.-

Il presidente

CORTE D'APPELLO DI VENEZIA
DEPOSITATO IN CANCELLERIA
03 DIC 2013

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Claudia C. P. [redacted]

DATO AVVISO
TELEMATICO
Oggi 03/12/13
IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Claudia C. P. FOLLON

COPIA RILASCIATA AD USO
PROSECUZIONE GIUDIZIO

COPIA CONSERVATA ALL'ORIGINALE

Venezia, il 10 DIC 2013
L'ASSISTENTE GIUDIZIARIO

