

I CONTRATTI PENDENTI NEL CONCORDATO PREVENTIVO: SOSPENSIONE E SCIoglIMENTO

di

Francesco Pedoja

(Presidente del Tribunale di Pordenone)

SOMMARIO: 1. Premessa. | 2. Introduzione. | 3. L'art. 169 bis L.F. | 4. Il contraddittorio e l'impugnazione. | 5. L'art. 186 bis L.F. | Questioni problematiche.

1. PREMESSA

La l. n.134/2012 – L. 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. dell'eventuale successivo fallimento.

Va osservato che nel cammino 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).

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

Lo scopo dell'introduzione dell'art.169 bis L.F. è quello di permettere al debitore di liberarsi da contratti inutili e dannosi e di concursualizzare il diritto di credito - ora diritto all'indennizzo - del contraente in bonis. Ciò 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 molti 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..

2. INTRODUZIONE

In primo luogo è necessario verificare 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).

1- L'art.72 L.F. si riferisce testualmente a contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti e si riferisce necessariamente ai soli contratti bilaterali e sinallagmatici.

2- L'art.169 bis L.F. contempla i contratti in corso di esecuzione genericamente e pertanto può e deve riferirsi anche ai contratti unilaterali o con prestazioni a carico di una sola parte(es. mutuo; lodo arbitrale inadempito e contratto di arbitrato pendente)

3- L'art.186 bis c.3 L.F. anch'esso menziona i contratti in corso di esecuzione, con conclusioni identiche a quanto appena detto per l'art.169 bis.

Si tratta di espressioni diverse ma che indicano una identica situazione contrattuale?

Se la diversa terminologia – *ed il Legislatore aveva ben presente la disciplina dell'art. 72 L.F. modificata poco tempo prima* - indica al contrario una situazione diversa si può concludere 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).

Inoltre l'art.169 bis prevede all'u.c delle eccezioni alla regola della sospendibilità o della scioglibilità.

Ciò è confermato anche dal confronto in materia di clausola compromissoria tra la norma di cui all'art. 83bis (se il contratto è sciolto non può essere proseguito il giudizio arbitrale) ed il c. 3 dell'art. 169bis (lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria).

L'art.72 prevede poi 3 ipotesi diverse di regolamento dei contratti pendenti al momento della dichiarazione di fallimento:

- a) sospensione automatica seguita dalla scelta del Curatore;
- b) scioglimento automatico (es. mandato);
- c) subentro automatico (es. assicurazione, locazione).

Va precisato che l'art.72 non si applica (perché incompatibile) in ipotesi di continuità aziendale quale quella dell'esercizio provvisorio anche in ipotesi di fallimento.

Tali considerazioni non fanno che ribadire **la sostanziale diversità di trattamento e di ambito** tra contratti pendenti alla data della dichiarazione di fallimento e quelli pendenti

alla data della pubblicazione della domanda –anche con riserva ex art.161 c.6- di Concordato preventivo.

3. ART. 169 BIS L.F.

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 -; ma questo limite temporale trova giustificazione anche in principi di ordine costituzionale, come ampiamente evidenziato da Massimo Fabiani in relazione alla natura concorsuale dell’indennizzo previsto in ipotesi di scioglimento che non sarebbe giustificata se riferita ad effetto successivo alla domanda di concordato ed a scelta del debitore.

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.

Se fosse corretto il ragionamento di Giuseppe Bozza (in *Il Fallimento* 2013 n.9 pp. 1121 e ss.) e cioè se vi fosse incompatibilità in assenza di richiamo legislativo espresso della disciplina della sospensione/scioglimento dei contratti in ipotesi di concordato con

riserva, in tal caso non sarebbe mai possibile chiedere tale beneficio/opzione in quanto l'eventuale domanda presentata con il deposito della successiva proposta e con il piano non sarebbe ammissibile perché tardiva rispetto alla domanda.

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

E' questo uno dei 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.

Il giudice si trova, poi, a dover valorizzare comparativamente:

- a) l'opzione di scioglimento (o sospensione) del debitore;
 - b) i diritti del contraente in bonis;
 - c) l'impatto dello scioglimento del contratto sul miglior soddisfacimento dei creditori (prendendo come modello valutativo quello di cui all'art. 182 quinquies l.fall.);
- il tutto
- d) in relazione al perseguimento del piano concordatario.

Problematiche particolari si pongono poi in materia di sospensione dei contratti di leasing, laddove si tratti di leasing traslativo, dovendosi distinguere la parte di canone corrispettivo del godimento da quella relativa all'anticipazione del prezzo di trasferimento – in quanto non è possibile sospendere il godimento del bene – soprattutto se immobile-.

Va sottolineato che lo scioglimento (in sostanza recesso anticipato unilaterale) 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 (ma con giudizio ordinario o nell'ambito concordatario? – no nel concordato perché non vi è una fase di accertamento dei diritti –) qualora non vi sia già una previsione convenzionale (forse anche in ipotesi di caparra convenzionale) o non vi sia una clausola compromissoria od arbitrare (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).

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* –.

4. IL CONTRADDITTORIO E L'IMPUGNAZIONE

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.

Sul primo punto:

Si discute su la 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 con il creditore in *bonis* da esercitarsi previa comunicazione con termine per deposito parere o previa fissazione d'udienza.

Ritengo, come deciso sia dal Tribunale di Salerno in data 25\10\2013- e confermato dalla Corte d'Appello di Salerno -, 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 procedurali siano degli ingiustificati effetti a favore di solo alcuni dei creditori .

Così pure si è espresso di recente anche il Tribunale di Pordenone con decreto 12\02\2014.

In senso contrario Corte d'Appello di Venezia 3 dicembre 2013 n.2605/2013 che ha ritenuto applicabile il principio del contraddittorio sancito in linea generale dall'art.101 c.p.c.; peraltro nella fattispecie siamo al di fuori di un processo, trattandosi di un provvedimento autorizzatorio sul piano sostanziale.

Sul secondo punto:

il citato decreto della Corte d'Appello di Salerno ha escluso - a differenza del decreto "lagunare" succitato - la reclamabilità del provvedimento precisando che *"il debitore... ha diritto di ottenere dal Tribunale, sulla base del vaglio della sua sola istanza, un provvedimento di*

autorizzazione allo scioglimento di uno o più contratti in corso senza che su quell'istanza le sue controparti, eventualmente portatrici di contrapposti interessi al mantenimento dei rapporti contrattuali, abbiano diritto di interloquire partecipando al procedimento”.

Tenuto peraltro conto che i creditori hanno comunque sempre un diritto generale (quali controinteressati) ad un riesame delle decisioni giudiziali, anche in considerazione dell'eventuale natura strumentale ed elusiva della richiesta del debitore, non vedo giustificabile l'esclusione della reclamabilità degli atti autorizzatori (peraltro principio processuale generale).

In tal senso si è espressa di recente la Corte d'Appello di Trieste, pur arrivando nel merito a decisione non condivisibile, avendo ritenuto che l'intervenuto fallimento successivo al provvedimento di scioglimento del contratto avesse comportato la caducazione di tale provvedimento (senza rendersi conto che l'effetto dello scioglimento è irreversibile!)

Vi è pertanto un obbligo di comunicazione del decreto ai creditori controparti contrattuali; peraltro si discute se vi sia un termine massimo per detta notifica (adunanza dei creditori, omologa?) e se il superamento del termine determini la caducazione del provvedimento autorizzatorio e comunque se la comunicazione sia condizione necessaria per l'esecutività del decreto.

5. ART.186 BIS

La norma trova applicazione solo in ipotesi di concordato in continuità (o parzialmente liquidatorio).

La norma del II c. esclude che in contratti in corso di esecuzione si risolvano per effetto dell'apertura della procedura (e quindi anche con il solo deposito della domanda con riserva?): si tratta della risoluzione per inadempimento, per eccessiva sopravvenuta onerosità e per espressa previsione contrattuale.

Va sottolineato che la risoluzione è effetto diverso dallo scioglimento perché può riguardare anche i contratti non sinallagmatici.

I contratti pubblici continuano – in caso di provvedimento di ammissione al C.P. - solo se vi è l’attestazione della loro conformità al piano e della ragionevole capacità di adempimento. Quindi si tratta di regola generale di segno opposto agli altri contratti (rilevando non solo l’interesse dei creditori ma anche quello della P.A.)

Di tale agevolazione può godere anche la società cessionaria o conferitaria d’azienda o di rami d’azienda, cui i contratti siano trasferiti (tale norma conferma l’incompatibilità dell’affitto d’azienda -non menzionato- con il concordato in continuità).

Ciò a differenza di quanto avviene ex art.169 bis dove sia l’affittuaria che la cessionaria non possono chiedere la sospensione o lo scioglimento dei contratti, trattandosi di contraente estraneo ed *in bonis*)

Dopo il deposito della domanda con riserva di C.P. il comma 7 dell’art.161 prevede che l’imprenditore possa compiere tutti gli atti di ordinaria amministrazione senza necessità di autorizzazione, mentre per gli atti urgenti di straordinaria amministrazione gli stessi possono essere compiuti solo previa autorizzazione del Tribunale collegiale (non vi è infatti ancora un G.D.) che può però assumere informazioni sulla necessità degli atti straordinari.

Il comma in esame prevede che “i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto di atti legalmente computi dal debitore sono prededucibili ai sensi dell’art.111 c.2 L.F.”.

Il comma 3 dell’art.168 L.F. prevede poi che i diritti di prelazione possano essere acquisiti solo su autorizzazione del Giudice (naturalmente del Collegio prima del decreto di ammissione).

Il comma 4 dell’art.182 quinquies L.F. prevede che nell’ipotesi di concordato con continuità aziendale il pagamento dei crediti anteriori al C.P. possano essere adempiuti solo previa autorizzazione del Tribunale.

Per quanto riguarda i crediti da lavoro dipendente, al fine di non creare difficoltà per i dipendenti, appare opportuno regolarizzare i pagamenti prima del deposito della domanda ex art.161 c.6 L.F., anche perché il pagamento dei crediti da lavoro non potrebbero in

alcun modo essere comunque autorizzati dal Tribunale attesa la dizione restrittiva dell'art.182 quinquies c.4 L.F. che dichiara autorizzabili esclusivamente “i pagamenti di crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi”.

Infine l'art.186 bis L.F. stabilisce che sempre in ipotesi di C.P. con continuità aziendale la prosecuzione dell'attività – indipendentemente dal fatto che trattasi di attività autorizzanda o meno – comporta il generarsi di prededuzione. Ne consegue per i crediti da lavoro dipendente che gli stessi saranno liberamente adempiuti per il periodo post deposito domanda.

Diversa la soluzione se all'esito del maturare del termine fosse depositata una domanda di accordo di ristrutturazione ex art.182 bis L.F. a cui successivamente seguisse la dichiarazione di fallimento, atteso che la procedura ex art.182 bis L.F. ancora non può essere qualificata ”procedura concorsuale” (nonostante la possibilità di passaggio da tale procedura al C.P. e viceversa, ma con esclusione pertanto della consecuzione delle procedure).

6. QUESTIONI PROBLEMATICHE

1 - Esecuzione dei contratti in pendenza di domanda di concordato:

a)- l'art.161 c.7 – norma valida per tutti i tipi di concordato – prevede che possano essere autorizzati gli atti urgenti di straordinaria amministrazione e quindi anche i pagamenti e specificatamente i licenziamenti (questi ultimi esclusi dall'art.169 bis)?

b)- l'art.182 quinquies – norma valida solo per i concordati in continuità – prevede la possibilità dell'autorizzazione al pagamento (integrale o secondo percentuale chirografaria?) dei crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi- previa attestazione – con esclusione quindi dei crediti da retribuzione lavorativa.

Vi è incongruità tra le due norme o la prima si riferisce esclusivamente ai crediti post concordato?

2 – In pendenza di concordato l'inibizione da azioni esecutive e cautelari, che è totale nel fallimento ai sensi dell'art.51 L.F. anche in ipotesi di esercizio provvisorio (*La strumentalità del nuovo procedimento, che ai sensi dell'art.168 L.F. fa divieto ai creditori per titolo o causa anteriore di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese – pubblicità che viene d'ufficio eseguita dalla Cancelleria -, appare evidente qualora sia già stata presentata una istanza di fallimento o vi siano pendenti delle esecuzioni individuali*) riguarda anche gli strumenti di autotutela – artt.1460 e 1461 C.C. - del creditore *in bonis* per rapporti contrattuali pendenti? sono esonerate dal divieto le azioni di adempimento od inadempimento?

Le clausole risolutive espresse (al di fuori dei limiti di cui all'art.186 bis –atteso che solo nel C.P. in continuità non sono validi i patti contrari alla non risoluzione del contratto per ricorso al C.P.-) e la proposizione della domanda di risoluzione contrattuale sono esercitabili in pendenza di domanda di C.P.?

Non vi è alcuna limitazione normativa per le azioni di impugnativa negoziale? e per il giudizio arbitrale? Ma autorizzazione per l'attivazione del giudizio o per la non opposizione al lodo?

Nel corso di tali giudizi possono essere richieste misure cautelari?