

**SCIOGLIMENTO E SOSPENSIONE DEL CONTRATTO IN CORSO
DI ESECUZIONE NEL CONCORDATO AI SENSI DELL'ART. 169-BIS
L.FALL.: IL CONTRADDITTORIO DEVE ESSERE ESTESO ALLA
CONTROPARTE CONTRATTUALE *IN BONIS*?**

di BRUNO INZITARI e VINCENZO RUGGIERO

1. Con il provvedimento in commento¹ la Corte d'Appello di Milano ha accolto il reclamo proposto da un Istituto di credito avverso il decreto con cui il Tribunale di Varese aveva autorizzato una società ammessa alla procedura di concordato preventivo con riserva ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l.fall., a sospendere l'esecuzione di alcuni contratti di apertura di credito in essere con la Banca.

Invero, la Corte d'Appello ha ritenuto che il provvedimento di autorizzazione alla sospensione dei contratti di apertura di credito in discorso fosse radicalmente viziato in quanto emesso dal Giudice di prime cure *inaudita altera parte*, in difetto di contraddittorio con l'Istituto di credito interessato e, perciò, emanato in violazione del diritto di difesa della banca, quale controparte contrattuale interessata, e, almeno astrattamente, pregiudicata dalla sospensione del contratto in corso.

Il Giudice dell'impugnazione, aderendo all'orientamento espresso da alcuni Tribunale di merito², ha fondato la propria decisione sull'assunto che, nel giudizio promosso con istanza *ex art. 169-bis l.fall.*, sussista una "incontestabile" necessità di dar luogo al contraddittorio tra il debitore concordatario istante per lo scioglimento e la controparte contrattuale sulla quale gli effetti del provvedimento di scioglimento e/o sospensione ricadono, atteso che "*non è dubbio che ogniqualevolta si sia in presenza, come nella specie, di un provvedimento volto a dirimere un contrasto tra contrapposte posizioni soggettive il contraddittorio deve essere esteso a coloro che saranno i destinatari degli effetti della decisione*", anche alla luce del fatto che "*uno dei principi ispiratori delle recenti riforme della materia fallimentare è quello di garantire sempre il rispetto del principio costituzionale del contraddittorio (v. in particolare gli artt. 15 e 162 l. fall.)*."

¹ Decreto Corte App. Milano, 8 agosto 2013, reperibile su questo sito.

² Cfr. Trib. Piacenza, 5 aprile 2013, in www.ilcaso.it, il quale ha statuito che "*l'autorizzazione allo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione nell'ambito del concordato preventivo deve contemperare l'interesse del debitore con quello della controparte contrattuale, alla quale deve essere riconosciuto un indennizzo commisurato al risarcimento del danno derivante dal mancato adempimento nonché il diritto di esporre in contraddittorio le proprie eventuali ragioni di opposizione all'accoglimento della richiesta.*"; Trib. Novara, 27 marzo 2013, in www.ilcaso.it, a mente della quale "*la valutazione in ordine all'opportunità, prevista dall'articolo 169 bis L.F., di autorizzare lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione non può prescindere dalla instaurazione del contraddittorio con le controparti contrattuali, alle quali deve essere dato modo di esprimere le proprie considerazioni in relazione alla determinazione dell'indennizzo previsto dalla citata norma*"; in termini, cfr. anche Trib. Monza, 21 gennaio 2013, in www.ilcaso.it.

La Corte d'Appello di Milano ha pertanto sancito che il giudice che autorizzi il debitore che abbia formulato domanda di concordato con riserva³ allo scioglimento ovvero alla sospensione dei contratti in corso di esecuzione deve tener conto di tutte le esigenze in gioco al fine di *“pervenire ad un contemperamento di dette esigenze in un contesto in cui la regola è l'automatica prosecuzione dei contratti pendenti anche dopo la presentazione della domanda di concordato preventivo”*, come pure ha concluso che il presupposto imprescindibile di tale contemperamento di interessi *“è che ciascuna parte sia posta in condizione di difendersi e di poter previamente interloquire facendo valere appunto le rispettive esigenze e ragioni prima che il Tribunale si pronunci e a prescindere dalla possibilità di reagire all'eventuale provvedimento sfavorevole”*.

2. La soluzione adottata dalla Corte d'Appello di Milano – seppur suggestiva, in quanto fondata su un generico riferimento ad un principio cardine dell'ordinamento, di rango costituzionale, quale quello contraddittorio –, non coglie nel segno, in quanto travisa la *ratio* e lo stesso dettato dell'art. 169-bis l.fall.

Come è noto, con il d.l. 22 giugno 2012 n. 83, convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134, il legislatore ha introdotto la disposizione di cui all'art. 169-bis l.fall., a mente della quale *“il debitore nel ricorso di cui all'art. 161 può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato, lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso”*, ovvero anche può domandare *“la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta”*. In tali casi, tuttavia, *“il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento”* e tale indennizzo deve essere soddisfatto in moneta concordataria, quale credito anteriore al concordato medesimo.

Nel contesto concordatario, nel quale il debitore non subisce lo spossessamento e la conseguente perdita di disponibilità dei propri beni, proseguendo al contempo – seppur sotto il pieno controllo degli organi della procedura e del Tribunale –, l'attività di impresa, il legislatore ha avvertito l'esigenza di disciplinare espressamente la sorte dei contratti in corso di esecuzione in pendenza della procedura di concordato preventivo.

E ciò ha fatto attribuendo al debitore concordatario la facoltà di formulare un'apposita istanza volta ad ottenere l'autorizzazione del Tribunale a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione ovvero a sospenderne l'esecuzione per il tempo massimo di 120 giorni dalla data del provvedimento autorizzativo⁴, secondo un

³ Nella specie, la Corte d'Appello ha evidentemente aderito alla tesi, prevalente in giurisprudenza, secondo cui lo scioglimento e/o la sospensione del contratto in corso di esecuzione può avvenire anche ove il debitore abbia depositato domanda di concordato con riserva *ex art. 161, sesto comma, l.fall.* in tutta la fase di c.d. “pre-concordato” (cfr., in termini, Trib. Bergamo, 7 giugno 2013; Trib. Piacenza 5 aprile 2013; Trib. Piacenza, 1° marzo 2013; Trib. Busto Arsizio, 11 febbraio 2013; Trib. Monza, 16 gennaio 2013, tutte reperibili su www.ilcaso.it; cfr. anche Trib. Bologna, 26 aprile 2013, in www.ildirittodegliaffari.it).

⁴ Lo scioglimento del contratto e la conseguente liberazione del debitore concordatario dalle relative obbligazioni, tuttavia, non è definitivo, atteso che la definitività del venir meno del vincolo

meccanismo operativo diametralmente speculare rispetto a quello previsto per l'ipotesi del fallimento del debitore, allorquando, a mente dell'art. 72 l.fall., l'esecuzione del contratto rimane sospesa sino a quando il Curatore, esercitando un proprio diritto potestativo, previa autorizzazione del Comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendone i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal rapporto stesso.

Ratio giustificatrice di tale previsione normativa – con la quale, secondo la dottrina⁵, il legislatore ha inteso trovare un punto di incontro tra i divergenti interessi del debitore concordatario, dei creditori dell'impresa in concordato e della controparte contrattuale del debitore stesso nel contratto di cui si richiede lo scioglimento ovvero la sospensione –, è quella di impedire che la protrazione nel tempo degli effetti dei contratti in essere, con conseguente obbligo in capo al debitore concordatario di adempiere le relative obbligazioni e di sostenerne i costi, possa diminuire sensibilmente, se non azzerare, il patrimonio del debitore medesimo, rendendo addirittura impossibile, nei casi più estremi, la stessa presentazione di una domanda per l'ammissione alla procedura ai sensi dell'art.161 l. fall.

Come si è dianzi accennato, la decisione in commento si pone in linea con l'orientamento di un modesto numero di pronunce di merito le quali si sono espresse nel senso che il contraddittorio con la controparte contrattuale sia fase necessaria del procedimento di scioglimento e/o sospensione dei contratti in corso di esecuzione di cui all'art. 169-bis l.fall, sulla base dell'assunto che il giudizio di deliberazione del Tribunale, in sede di autorizzazione, debba dirimere un “contrasto tra contrapposte posizioni soggettive”.

Diversa è, tuttavia, a parere di chi scrive, la *ratio* della norma di cui all'art.169-bis l.fall. e la struttura del procedimento ivi delineato.

La norma in commento, infatti, impone al Giudice di valutare, all'esclusivo fine di consentire il corretto svolgimento della procedura concordataria e nel solo interesse dei creditori concordatari, se vi sia o meno convenienza nello scioglimento ovvero nella sospensione dei contratti in essere, vale a dire, in altre parole, se tale soluzione sia efficiente e funzionale ai fini della predisposizione e dell'esecuzione del piano concordatario.

Il Tribunale è dunque chiamato a valutare se, sulla base del piano concordatario, sia maggiormente conveniente mantenere in essere il contratto, con

contrattuale si verifica solo al momento dell'omologazione della proposta concordataria da parte del Tribunale.

⁵ In questo senso, cfr. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi di impresa*, in www.ilcaso.it, II, 303. L'attualissima questione ha subito interessato la dottrina: cfr. tra le tante, INZITARI, *Contratti in corso di esecuzione nel concordato: art. 169-bis l.f.*, in *Il Fallimentarista*, 2013; PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Il Fallimento*, 2013, 3, 261-273; CASSESE, *Domanda di concordato con riserva e sospensione dei contratti in corso di esecuzione*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2013, 1, 156-159; JEANTET, *I contratti pendenti nel concordato con riserva: applicabilità dell'art. 169-bis e giudizio del Tribunale in sede autorizzativa*, in *Il Fallimentarista*, 2013.

conseguente diminuzione del patrimonio a disposizione della Procedura, ovvero sospenderlo e/o scioglierlo, come richiesto dal debitore concordatario, sollevando in tal modo la Procedura dall'onerosità del contratto stesso e tenendo in debita considerazione che il risparmio economico così ottenuto può comportare, da un lato, un sensibile vantaggio per i creditori medesimi in termini di soddisfacimento dei rispettivi crediti, ovvero, dall'altro lato, può essere utilizzato (*rectius*, reinvestito) allo scopo di consentire la continuazione dell'impresa.

Ne discende che, allorché il Tribunale si trovi di fronte ad un'istanza per lo scioglimento o la sospensione del contratto in corso di esecuzione *ex art. 169-bis* l.fall., l'interrogativo che lo stesso deve porsi non è se vi sia un interesse della controparte contrattuale "lesa" dallo scioglimento e/o sospensione del contratto prevalente rispetto a quello del debitore concordatario, ma soltanto se sussista o meno un effettivo interesse del debitore stesso a sciogliersi dal contratto, come pure se l'istanza formulata in tal senso sia realmente funzionale e servente alla realizzazione del piano concordatario, in termini di riduzione dei costi di gestione dell'attività di impresa, al punto da giustificare il "sacrificio" del contraente *in bonis*.

In questi termini, dunque, deve essere inteso il contemperamento di interessi operato dal legislatore con l'introduzione dell'*art. 169-bis* l.fall..

Il Tribunale dovrà autorizzare lo scioglimento e/o la sospensione in tutti quei casi in cui la richiesta del debitore concordatario sia necessaria ed utile alla realizzazione del piano concordatario: in presenza di un siffatto interesse, l'autorizzazione dovrà essere accordata, senza che essa possa incontrare un limite nell'eventuale controinteresse specifico della controparte contrattuale *in bonis*.

Come affermato dalla dottrina⁶, infatti, il diritto ad ottenere lo scioglimento del contratto in corso di esecuzione di cui all'*art. 169-bis* l. fall. è un diritto potestativo, attribuito dalla legge al debitore concordatario subordinatamente soltanto alla condizione dell'autorizzazione del Tribunale, che dovrà limitarsi a valutare se sia economicamente conveniente e sostenibile per il debitore concordatario la prosecuzione del contratto ovvero se quest'ultima si riveli eccessivamente onerosa.

Ed invero la posizione giuridica soggettiva del debitore concordatario è, nella specie, certamente riconducibile all'alveo del diritto potestativo, atteso che, la modificazione della sfera giudica della controparte contrattuale *in bonis* – che si trova in uno stato di soggezione giuridica, tale da non consentirgli di impedire l'effetto modificativo richiesto dal titolare del diritto –, si verifica in conseguenza del solo esercizio del diritto medesimo e, dunque, della volontà in tal senso espressa dal debitore concordatario.

Ne discende che il Tribunale è chiamato soltanto ad operare uno scrutinio in ordine ai requisiti di applicabilità dell'istituto dello scioglimento e/o sospensione e

⁶ Cfr. INZITARI, *op. cit.*, 2; cfr. anche JEANTET, *op. cit.*, 2.

a valutarne la funzionalità ai fini del piano di concordato, in termini di non contraddizione con lo stesso⁷.

Considerato che, come abbiamo detto, il Tribunale è chiamato a valutare soltanto l'opportunità dello scioglimento o della sospensione del contratto ai fini della buona riuscita della procedura concordataria, non dovendo soffermarsi sull'analisi del controinteresse della controparte contrattuale *in bonis*, nessuna problematica di litisconsorzio può porsi dal punto di vista processuale e il provvedimento autorizzativo potrà ben pronunciarsi *inaudita altera parte*.

Peraltro, a tale riguardo, merita rilevare che il (non divisibile) *iter* argomentativo della Corte d'Appello di Milano, se portato alle sue estreme conseguenze, conduce a soluzioni palesemente irragionevoli, ponendo in luce tutti i suoi limiti.

Invero, se si volesse per assurdo accedere alla tesi del Giudice dell'impugnazione secondo la quale la controparte contrattuale *in bonis* interessata dallo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione dovrebbe essere considerata litisconsorte nel giudizio di autorizzazione allo scioglimento stesso, in quanto portatrice di un interesse alla conservazione del contratto, se ne dovrebbe astrattamente concludere che pure tutti gli altri creditori del concordato dovrebbero assumere la medesima veste di litisconsorti necessari in detto giudizio, in quanto a loro volta portatori di un interesse – analogo a quello del debitore concordatario e, pertanto, di segno opposto a quello del creditore reclamante –, a veder sciolto il contratto, per non doverne sopportare oneri e costi.

Per questa via si giungerebbe, dunque, all'assurda conclusione che il contraddittorio nel giudizio di autorizzazione *ex art. 169-bis l.fall.* dovrebbe essere esteso non soltanto alla controparte contrattuale *in bonis*, ma piuttosto a tutti i creditori concordatari, con conseguente allungamento dei tempi autorizzativi, che potrebbero anche risultare incompatibili con la necessaria celerità della procedura concorsuale.

Per altro verso, la lettura interpretativa dell'*art. 169-bis l.fall.* fornita dalla Corte d'Appello di Milano presenta un ulteriore limite. Essa tradisce, infatti, la stessa *ratio* della norma, preferendo l'interesse di uno soltanto dei creditori concordatari – ossia la controparte contrattuale *in bonis*, in quanto destinataria degli effetti dello scioglimento e/o della sospensione del contratto –, a quello dell'intera massa dei debitori concordatari, portatori di un controinteresse, evidentemente consimile a quello del debitore istante, a ridurre gli esborsi per non diminuire le risorse economiche disponibili in sede concorsuale.

Sotto altro profilo, va osservato che la necessità del contraddittorio con la controparte contrattuale *in bonis* nel procedimento di autorizzazione allo scioglimento e/o sospensione dei contratti in corso di esecuzione nel concordato *ex art. 169 l.fall.* è esclusa anche da ulteriori dirimenti argomentazioni.

⁷ In questo senso si è espressa la più recente giurisprudenza: cfr. Trib. Pistoia, 9 luglio 2013, in *www.ilcaso.it*.

In primo luogo, merita rilevare che l'effetto risolutivo ovvero sospensivo del contratto discendente dal decreto emanato dal Giudice di prime cure a seguito dell'istanza *ex art. 169-bis l.fall* non ha carattere definitivo. La definitività di tale provvedimento, come pure gli effetti che ne conseguono, si producono infatti soltanto a seguito all'omologazione del concordato da parte del Tribunale, previa approvazione dei creditori con le maggioranze stabilite dall'art. 177 l.fall.

E dunque soltanto in questa sede i creditori del concordato – e, in particolare, la controparte contrattuale del rapporto oggetto del decreto di scioglimento e/o sospensione *ex art. 169-bis l.fall.* –, potranno esprimere il proprio parere sfavorevole alla proposta di concordato, negando il proprio consenso al piano ivi incluso⁸.

Nella specie, dunque, il contraddittorio tra il debitore concordatario che insta per lo scioglimento e la sua controparte contrattuale trova esplicazione in un momento temporalmente successivo all'intervenuta autorizzazione da parte del Tribunale – vale a dire al momento del computo delle maggioranze richieste per l'omologazione – non essendo necessaria l'integrazione del contraddittorio già nel giudizio di autorizzazione *ex art. 169-bis l.fall.*

Sotto altro profilo, merita altresì rilevare che il Tribunale, nel giudizio *ex art. 169-bis l.fall.* assume esclusivamente la veste di “giudice dell'autorizzazione” al compimento dell'atto cui l'istanza del debitore concordatario è rivolta (vale a dire lo scioglimento o la sospensione del contratto in corso di esecuzione).

Posto che, come abbiamo visto, lo stesso Tribunale è chiamato soltanto a valutare la funzionalità dello scioglimento del contratto ai fini della procedura concordataria, ne consegue che avanti tale Giudice la controparte contrattuale *in bonis* non potrà giammai opporre valutazioni attinenti al merito del contratto da sciogliere o sospendere, le quali potranno essere fatte valere soltanto in un distinto giudizio ordinario di cognizione⁹.

Al contempo, la controparte contrattuale *in bonis*, avanti il Tribunale chiamato a giudicare dello scioglimento e/o sospensione del contratto ai sensi dell'art. 169-bis l.fall., non potrà argomentare in ordine all'eventuale pregiudizio che egli potrebbe subire in esito al decreto autorizzativo, come pure non potrà

⁸ Cfr. Trib. Pistoia, 9 luglio 2013, *cit.*, la quale ha statuito che “*lo scioglimento o la prosecuzione del contratto pendente prevista dall'articolo 169 bis L.F. integra anche una questione di convenienza, come tale rimessa ai creditori nell'ambito della più ampia valutazione della proposta concordataria, diritto, questo, che non può essere espropriato senza negare la funzione stessa del concordato preventivo. Ne consegue che il luogo deputato a valutare se sia conveniente una prospettiva concordataria con lo scioglimento dei contratti o un'alternativa ove nel patrimonio del debitore sia ancora presente un rapporto contrattuale altrimenti destinato alla risoluzione, non può che essere quello dell'approvazione del concordato mediante il conseguimento delle maggioranze di cui all'articolo 177 L.F.*”.

⁹ Merita precisare che la controparte contrattuale *in bonis* potrebbe essere astrattamente ammessa ad intervenire nel giudizio di autorizzazione *ex art. 169-bis l.fall.* soltanto all'esclusivo fine di rilevare avanti il Tribunale elementi tali da ingenerare in quest'ultimo il convincimento che lo scioglimento e/o la sospensione del contratto non siano utili, funzionali e necessari alla fattibilità e realizzabilità della proposta concordataria.

domandare in quella sede la liquidazione dell'indennizzo previsto in proprio favore dalla medesima disposizione: detto indennizzo – di valore pari al danno conseguente al mancato adempimento, da pagare, quale credito anteriore al concordato, in moneta concordataria –, potrà infatti essere quantificato soltanto in un apposito giudizio di cognizione avanti il Giudice ordinario.

3. Appare dunque censurabile l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte d'Appello di Milano nella parte in cui ha ritenuto necessaria l'integrazione del contraddittorio nel giudizio di autorizzazione *ex art. 169-bis l.fall.* sulla base dell'assunto che in tale sede il Tribunale sia chiamato a dirimere una controversia tra due soggetti privati in ordine al rapporto medesimo, revocando il provvedimento di sospensione reso *inaudita altera parte* dal Giudice di prime cure.

Per converso, come abbiamo avuto modo di dire, il Tribunale, in sede di autorizzazione allo scioglimento e/o alla sospensione dei contratti in corso di esecuzione nel concordato ai sensi dell'*art. 169-bis l.fall.*, dovrà esclusivamente vagliare la funzionalità della richiesta formulata dal debitore in rapporto al buon esito della procedura concordataria, senza che un eventuale diniego possa dipendere da uno specifico interesse della controparte contrattuale *in bonis*, la quale potrà solo eventualmente esprimere un parere negativo in sede di approvazione della proposta di concordato.

Diversamente opinando, infatti, si tradirebbe la stessa *ratio* dell'*art. 169-bis l.fall.*, come pure la struttura del procedimento autorizzativo ivi delineato, preferendo l'interesse specifico di uno soltanto dei creditori concordatari – la controparte contrattuale *in bonis* –, interessato alla prosecuzione del contratto, all'interesse diffuso di tutti gli altri creditori concordatari a non dover sostenere l'onere economico derivante dal contratto medesimo.

Nessun problema di litisconsorzio si pone, dunque, in sede di autorizzazione allo scioglimento e/o alla sospensione dei contratti in corso di esecuzione *ex art. 169-bis l.fall.* e, diversamente da quanto ritenuto dalla Corte d'Appello di Milano nel provvedimento in commento, tale autorizzazione potrà ben essere rilasciata *inaudita altera parte*.